
FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL



Junta General del Principado de Asturias

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

FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL

COMITÉ DE HONOR

Excmo. Sr. Presidente de la Junta General del Principado de Asturias
Excmos. Sres. Miembros de la Mesa de la Junta General del Principado de Asturias
Rector Magnífico de la Universidad de Oviedo

DIRECTORES

Ramón Punset Blanco, Francisco J. Bastida Freijedo y Joaquín Varela Suanzes-Carpegna

CONSEJO EDITORIAL

Juan Luis Requejo Pagés, Ignacio Villaverde Menéndez, Paloma Requejo Rodríguez,
Miguel Presno Linera, Benito Aláez Corral e Ignacio Fernández Sarasola

Junta General del Principado de Asturias

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

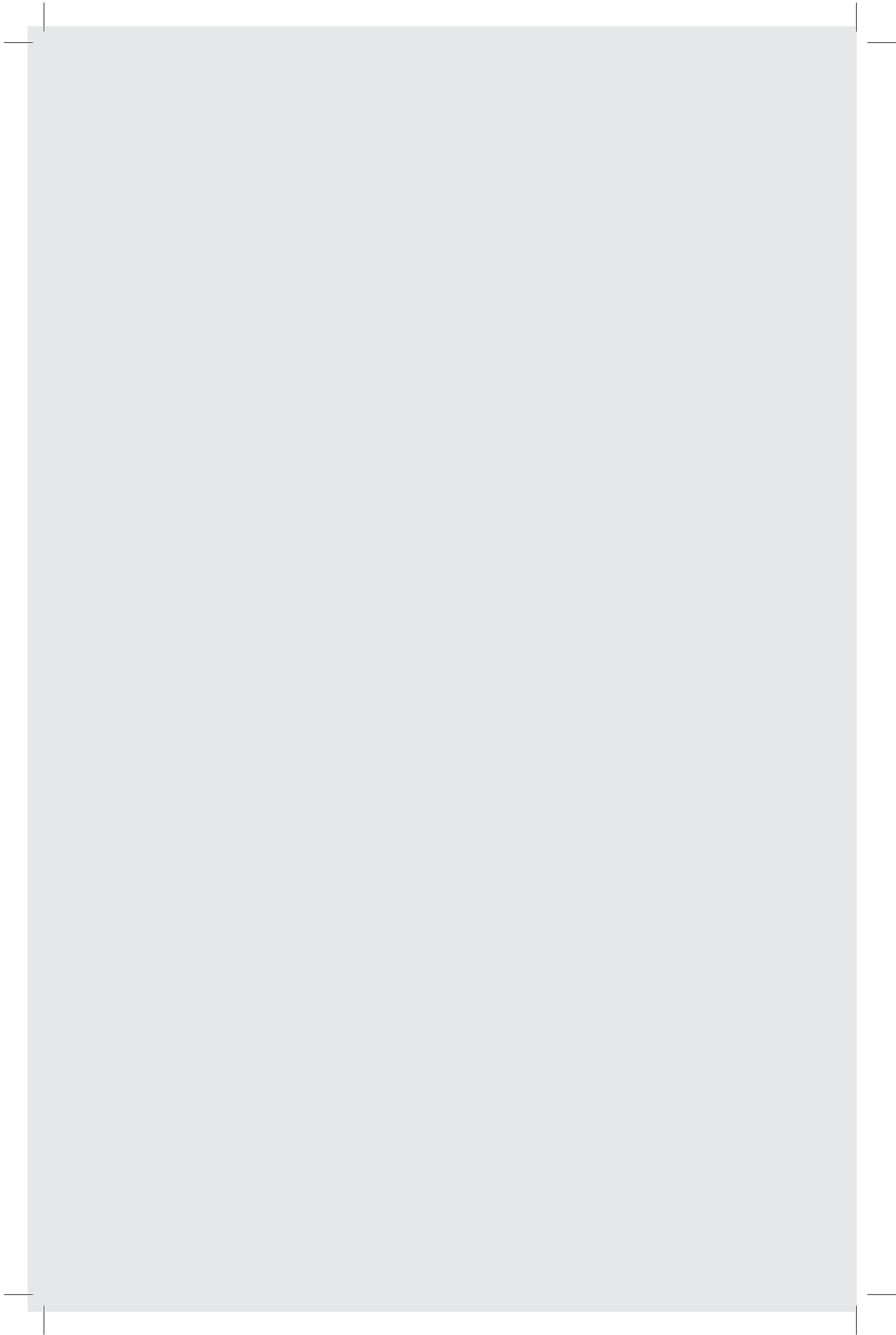
LA METAMORFOSIS DEL DERECHO Y DE LOS DERECHOS

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 metamorfosis del Estado y el Derecho

PRESENTACIÓN

Miguel Ángel Presno Linera/Patricia García Majado



En buena medida, los volúmenes precedentes de *Fundamentos* no han dejado de ocuparse de manera monográfica de algunas de las transformaciones que han venido experimentando el Estado y el Derecho: así, en el primer volumen, coordinado por el profesor Ramón Punset, se analizó en profundidad la cuestión esencial de la soberanía, desde la doctrina de la soberanía del monarca (de 1250 a 1700) hasta la situación en la que se encuentra la soberanía constitucional en el proceso de integración europea, pasando por su tratamiento en las diferentes dogmáticas y sus implicaciones en el Estado constitucional, el Estado democrático y el Estado autonómico; en el volumen segundo, coordinado por el profesor Joaquín Varela Suanzes, se examina la evolución de algunos de los ordenamientos constitucionales más significativos en la historia constitucional, empezando por el británico, continuando con los modelos norteamericano y francés, siguiendo con el español de 1812 y su proyección europea e iberoamericana, el constitucionalismo alemán del siglo XIX, para concluir con las constituciones de entreguerras en Europa Central y la Constitución española de 1931.

El volumen tercero, coordinado por el profesor Francisco Bastida, se dedicó al origen y evolución de una institución tan relevante para el Estado como la representación, combinando estudios generales sobre la teoría clásica y moderna con trabajos sobre aspectos concretos y actuales. El siguiente número de *Fundamentos*, coordinado por Juan Luis Requejo, se centró en el análisis de la jurisdicción constitucional desde una triple perspectiva: histórico-conceptual, institucional y prospectiva, con la que se quiso dar cuenta de los presupuestos políticos, ideológicos y doctrinales que están en el origen de esa peculiar institución, así como de las variables que ha experimentado su puesta en planta durante los últimos doscientos

años, aventurando alguna conjetura sobre los derroteros que cabe esperar en el desarrollo de los modelos ahora conocidos.

El volumen quinto, coordinado por el profesor Punset, volvió a un asunto clásico como es el la división de poderes y su evolución desde la ideal del Estado mixto hasta la actualidad; en ese libro se encuentra perfecta justificación de por qué hay que seguir ocupándose de esas cuestiones, no en vano C. J. Vile sostiene que, aunque el contexto es diferente y las dimensiones del problema han cambiado, se puede concluir que los problemas de siglos pasados siguen siendo actuales. En esa misma línea, el volumen sexto, coordinado por los profesores Fernández Sarasola y Varela Suanzes, se ocupa de los diversos conceptos de Constitución que se sostuvieron a lo largo de un proceso histórico que abarca casi tres siglos: el concepto racional-normativo, el histórico y el sociológico.

Finalmente, el volumen séptimo, que coordinó el profesor Benito Aláez, analiza uno de los tres elementos del Estado en la teoría clásica: el Pueblo. Y lo hace estudiando, desde la perspectiva crítica de su inserción en el Estado constitucional-democrático, la nacionalidad y la ciudadanía, los dos institutos que han servido históricamente para conformar y caracterizar al conjunto humano sobre el que se dirige el poder coactivo del Estado.

En el presente caso, y como indica el título, este volumen de *Fundamentos* analizará las profundas transformaciones que están experimentando tanto la estructura y organización del Estado, como el Derecho que emana de ese Estado y de las fuentes de producción extraestatales. También algunos de los derechos que han venido siendo objeto de reconocimiento y garantía en los Estados sociales y democráticos avanzados, así como las circunstancias en las que los mismos pueden quedar en suspenso.

Y es que nos parece necesario reflexionar, desde distintas perspectivas jurídicas (la Historia del derecho, el Derecho constitucional, el Derecho administrativo, el Derecho penal) y politológicas, sobre las profundas transformaciones que han venido experimentado las estructuras estatales y jurídicas en los últimos años del siglo xx y en los primeros del siglo xxi, cuando podía parecer, a finales de los años ochenta de la pasada centuria, que se había asentado el Estado social y democrático de derecho después de los conflictos, algunos de ellos especialmente trágicos, vividos en las décadas precedentes.

Como señala en su estudio el profesor Esteve Pardo, en los últimos treinta años se ha venido reduciendo el dominio directivo del Estado al tiempo que una sociedad transnacional se ha fortalecido de forma conside-

nable. En esa nueva correlación entre Estado y sociedad se está recomponiendo la propia noción de Estado, de sus funciones, y también del alcance del Derecho, pues se empieza a tener conciencia de que muchas funciones públicas, tradicionalmente ejercidas por el Estado y sujetas a su Derecho, son ejercidas hoy por sujetos privados a los que habrían de aplicarse, en el ejercicio de estas funciones, las reglas fundamentales del Derecho público protectoras de los intereses generales.

Pero antes de estudiar esta metamorfosis del Estado y el Derecho se hace imprescindible recordar, primero, cómo se fue articulando a lo largo de la Historia esta organización estatal que conocemos como Estado de Derecho y, segundo, cómo puede abordarse su conocimiento en un contexto global y multicultural. A estas dos tareas se dedica la Primera Parte, de índole introductoria, de este libro, que incluye las colaboraciones de los profesores Michael Stolleis e Ignacio Gutiérrez.

En su estudio «La idea de Estado de Derecho», el profesor Michael Stolleis recuerda que la idea del Estado de Derecho surge durante los siglos XVIII y XIX en distintos países europeos, si bien de forma diferenciada en cada cultura jurídica particular. No obstante, todas las concepciones tienen algo en común: surgen para limitar el poder desorbitado y, en muchos casos, arbitrario de la monarquía absoluta entonces imperante. Así pues, para delimitar jurídicamente la esfera de cada individuo, se sometió el orden estatal a una serie de leyes adoptadas por mayoría. De esta forma, fue concibiéndose que el mejor Estado no era el que buscaba la justicia, el bien de sus ciudadanos o la seguridad de sus súbditos, sino el que conseguía adecuar su actuación a los principios jurídicos establecidos, sometiendo la acción estatal al yugo del Derecho.

A pesar del derrumbe que dicho ideal sufrió cuando Europa resultó sacudida por la Segunda Guerra Mundial, los consiguientes procesos nacionales emprendidos por los distintos Estados europeos para satisfacer las necesidades de paz, humanidad, democracia y libertad fueron haciendo surgir un modelo orientador de Estado de Derecho Europeo, cuyo núcleo duro es el reconocimiento y protección de una serie de derechos y libertades fundamentales, los cuales garantizan, y a su vez son garantizados, por el Estado de Derecho.

A continuación, en «Debates sobre la metodología del Derecho público con la perspectiva de la multiculturalidad y la globalización», el profesor Ignacio Gutiérrez Gutiérrez nos dice que la disputa sobre el método, que se

incardinó en el contexto de la República de Weimar, quedó solventada con la Ley Fundamental de Bonn y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Sin embargo, la discusión sobre los métodos del Derecho público se ha reavivado en las últimas décadas, alcanzando cierta institucionalización.

Las nuevas propuestas que tratan de darle respuesta a esta cuestión toman en consideración los retos sociales de la multiculturalidad y la globalización característicos de nuestro tiempo. Ante éstos, la clásica teoría constitucional del Estado social y democrático de Derecho y la pretensión de un ordenamiento jurídico pleno y unitario, se desintegran, pues ya no es posible buscar una única instancia desde la que se defina, para todo y todos, en qué consiste el Derecho.

Esto ha provocado el desdibujamiento de la funcionalidad del Derecho público, si éste es solamente entendido como criterio de ordenación social que se plasma en una serie de normas, las cuales se respetan o no. Sin embargo, la propuesta del profesor Gutiérrez consiste, precisamente, en dejar que sean los propios conflictos socio-políticos los que determinen la funcionalidad de esta ciencia, pues son ellos los que identificarán los valores conforme a los cuales haya de juzgarse la realidad, orientando de esta forma las consiguientes respuestas jurídicas.

En la Segunda Parte se analizan de manera pormenorizada las transformaciones que están afectando a la organización estatal: por una parte, cómo son hoy las relaciones entre Estado y sociedad y, por otra, entre los poderes del Estado y cómo se resuelven las tensiones entre el derecho y la política. También se estudiará el papel de los mercados económicos y financieros, y su capacidad para imponer cambios, incluso constitucionales, en el seno de los Estados, hasta el punto de que se podría pensar en ellos como el nuevo «Príncipe moderno». En tercer lugar, se presta atención al Estado regulador surgido en el último cuarto del siglo xx y que deja de gestionar directamente la gran mayoría de actividades económicas para limitarse a poner reglas de funcionamiento, organización y fiscalización de la prestación de los antiguos servicios públicos y de las actividades económicas, pasando de propietario-gestor a arbitro, para lo que se necesita un nuevo aparato administrativo, más técnico e independiente. Unos nuevos actores, los Organismos Reguladores, forman parte de la nueva Constitución de los Estados europeos que se establece a partir de los años 80 del siglo anterior y que es un precipitado del neoliberalismo, del Derecho comunitario y de la consiguiente crisis del Estado social, con su resultante final de liberalización y privatización.

Finalmente, por lo que respecta a esta Segunda Parte, se estudiaría en qué medida se puede hablar hoy, junto al hipertrofiado poder de los partidos políticos, de un nuevo poder dentro del Estado: el ejercido por unos movimientos sociales cada vez más activos, y que se sirven de los instrumentos de comunicación e información que aportan las herramientas tecnológicas. Cada vez hay más redes de comunicación e información que no dependen del control de los gobiernos pero que pueden incidir de manera muy relevante en procesos electorales y políticos de toma de decisiones, y pueden favorecer un poder contrademocrático, entendido como un poder democrático no institucionalizado, reactivo, que expresa de manera directa las expectativas y decepciones de nuestra sociedad.

Exponiéndolo con un poco más de detalle, el profesor José Esteve Pardo —«Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad»— parte de que, en las últimas décadas, la relación entre Estado y sociedad ha ido cambiando, y ello debido, principalmente, a la asunción de actividades con fines públicos por parte de sujetos privados. Esto ha provocado la pérdida de titularidad y dominio estatal sobre tareas públicas que han pasado a conformar, en muchas ocasiones, sectores autorregulados, los cuales, no obstante, han de quedar igualmente sometidos al ordenamiento jurídico para conservar su constitucionalidad.

Estos reajustes en el modelo social han hecho surgir nuevas concepciones del Estado: el Estado garante —aquél que trata de conseguir los fines que a él se le atribuyen sin disponer de los medios, pues éstos residen en la sociedad— y el Estado regulador —cuya función consiste en asegurar la competencia entre operadores privados oferentes de servicios públicos, para garantizar, así, la calidad de los mismos y los precios más ajustados para los usuarios—.

Este desplazamiento de actividades públicas a operadores privados ha puesto de manifiesto la necesidad de proteger los intereses generales —el bien común—, que pueden resultar comprometidos por dichas tendencias privatizadoras. Y se ha defendido que la mejor manera de hacerlo es extender la aplicación del Derecho público a los sujetos privados y a las relaciones que se establecen entre los mismos, si éstas derivan en servicios o afectan a materias que tengan una vertiente pública reconocida, y por tanto, unos fines de interés generales insoslayables.

A continuación, el profesor Roberto Bin —«Rapporti tra poteri nello Stato di Diritto del secolo XXI»— recuerda que si la imagen «liberal» del Estado

de Derecho pareció desvanecerse con la evolución constitucional del siglo xx, parecen resurgir aspectos de su significado ancestral y ofrecen un nuevo sentido en el contexto de la globalización: ha vuelto al centro del escenario el problema clásico del equilibrio en las relaciones de poder entre sujetos privados, del *homo homini lupus*. En esta nueva dimensión del siglo xxi, el Estado de Derecho ya no habla en alemán sino en inglés; no es ya el *Rechtsstaat* que se reproduce en las diversas lenguas nacionales del continente europeo, sino que es el concepto de *rule of law* el que pasa a ser de uso común sin traducción alguna, porque una traducción a otra lengua forzaría su sentido.

El objetivo del estudio del profesor Bin es indagar qué sentido puede tener hoy aquella noción a propósito de la relación entre *orden político* y *orden social*; es decir, el problema histórico en torno al que se desarrolla la teoría del Estado de Derecho. Y se pregunta qué papel tendrá ese Estado de Derecho en el siglo xxi cuando las reglas que pueden gobernar el ámbito interno —normas estables, transparencia de los procedimientos de toma de decisiones y responsabilidad de los que toman las decisiones— carecen de aplicabilidad a los mecanismos de decisión característicos del mercado globalizado.

En su estudio «Le teorie del costituzionalismo globale e la sfida dei mercati finanziari», el profesor Cesare Pinelli recuerda que influyentes escuelas de juristas europeos y norteamericanos llevan empeñados, desde hace algún tiempo, en el intento de ofrecer una perspectiva, desde la teoría constitucional, al fenómeno de la globalización. Tienen en común la doble convicción de que el nexo Estado-Constitución es una creación histórica, no un vínculo lógico o axiológico inexcindible, y es inútil pretender el diseño de una Constitución mundial.

Moviéndose en el espacio entre la dos negaciones, se proponen analizar cómo se puede interpretar la globalización en término constitucionales. En su trabajo, Cesare Pinelli analiza esas tentativas desde ópticas diferentes aunque complementarias: la capacidad de abordar la cuestión de la fragmentación del marco jurídico y político generada por la globalización, y la comprensión de la naturaleza del desafío que plantean los mercados financieros a los principios del constitucionalismo durante la crisis de la Eurozona.

Eduardo Vírgala Foruria estudia «Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del Siglo xxi: su independencia (especial referencia al caso español)». El Estado regulador, que nace en el último cuarto del siglo xx, se caracteriza por dejar de prestar directamente determinados servicios públicos, limitándose su función al establecimiento de las reglas y condi-

ciones bajo las cuales tal prestación privada debe hacerse, para asegurar así que la población pueda ver satisfechos los derechos sociales que tiene reconocidos.

Para llevar a cabo dicha labor de regulación se crearon los denominados Organismos Reguladores, que forman un cuerpo administrativo técnico cuyo objeto es organizar y fiscalizar la actividad de los llamados servicios públicos. Ahora bien, para que tales organismos puedan desempeñar satisfactoriamente su labor deben gozar de independencia, tanto orgánica como funcional, pues ésta se concibe como una garantía para que la función de fiscalización que se le encomienda a estos órganos sea verdaderamente tal y no se vea distorsionada por la intromisión de intereses políticos.

Sin embargo, tal independencia sólo es admisible en un Estado constitucional si va acompañada de los correspondientes controles, pues son ellos los que subsanan la falta de legitimación democrática de estos organismos y la ausencia de responsabilidad política; defendiéndose en el texto que es precisamente a estas notas de independencia y control a las que debe aspirar el organismo español de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Miguel Á. Presno Linera —«Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza»— recuerda que cualquier que sea el modelo constitucional en el que nos encontremos, a la hora de analizar las relaciones entre los poderes del Estado es imprescindible situarlas en el contexto de un concreto sistema de partidos. Y esta idea del partido como «parte total» se ha visto favorecida en su asentamiento institucional por la conversión de la tarea de coordinación en la labor fundamental de los sistemas políticos de finales del siglo xx y principios del siglo xxi; este fenómeno supone una de las transformaciones políticas y constitucionales más importantes de los últimos cien años.

No obstante, una vez culminado este proceso de consolidación institucional y constitucional de los partidos, y quizá también por ello, ese «Principio moderno» se ha visto afectado de manera cada vez más intensa por la creciente desafección social hacia una vida política que se percibe, por una parte importante de la sociedad, como un espacio poco transparente, donde la preocupación esencial es el puro ejercicio del poder y casi cualquier cosa vale para conservarlo, pues prima el partidismo y el cálculo sectario y, por si fuera poco, se está viendo afectado de manera cada vez más frecuente por casos de corrupción. Paralelamente se advierte un resurgimiento de los

movimientos ciudadanos como entidades de protesta frente a esos excesos pero, y aquí radica un matiz muy importante, también de propuesta de otras políticas y modos distintos de ejercicio del poder.

En este estudio se analiza, desde una perspectiva constitucional, qué papel están llamados a jugar partidos políticos y movimientos sociales (o ciudadanos) en un momento histórico caracterizado, por utilizar los títulos de dos libros bien conocidos de Ulrich Beck y Pierre Rosanvallon, por el riesgo y la desconfianza. Y todo ello con el objetivo de, en palabras también de Rosanvallon, no de «despolitizar la democracia» sino, por el contrario de «repolitizarla», de darle más centralidad a lo político y eso implica que progresen, al mismo tiempo, la calidad de la regulación democrática y la atención a la construcción democrática.

La Tercera Parte se ocupa de algunas de las transformaciones en la Ley como fuente del Derecho y de las experimentadas por determinados derechos, afectados por las nuevas políticas que esgrimen la seguridad pública como valor central en los Estados democráticos de nuestros días. En primer término se analiza la funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado. Esta cuestión tiene que ver con el ya mencionado proceso de globalización jurídica, que impone condicionantes a las leyes estatales, pero también con el proceso político estatal de descentralización política, que a su vez está ahora en cuestión como consecuencia de la incidencia de, entre otros, los mercados financieros.

A esa incidencia en el principio de generalidad de la Ley hay que sumar la afectación cada vez mayor que se está llevando a cabo en ámbitos como la libertad o la seguridad, tradicionalmente reservados a la ley. Por tal motivo, consideramos oportuno dedicar un tratamiento específico a las intromisiones, públicas y privadas, en esos derechos de libertad y seguridad, que, como es bien conocido, son garantías consustanciales al Estado de Derecho. Pues bien, sobre esos derechos incide cada vez más el ocaso de la dicotomía entre el exterior y el interior en materia de seguridad, la creciente confusión entre lo bélico y lo policial, el rebrote de la idea de enemigo aplicado a colectivos como los extranjeros o los disidentes internos, la expansión del sistema penal y penitenciario, el Derecho penal preventivo...

También nos parece interesante estudiar, en el contexto de la metamorfosis del Estado en general y del Estado social en particular, en qué queda la garantía del principio de igualdad: si avanza, como pretendió en su día nuestra Constitución y como prevén hoy diversas normas comunitarias, ha-

cia la superación de aquellas situaciones que colocan a numerosas personas y grupos en situaciones de vulnerabilidad, o si se consume el declive del Estado social y se tiende a la mera garantía de una igualdad formal.

En cuarto lugar, y como resultado de algunas de las transformaciones mencionadas, no parece exagerado hablar de una suerte de Estado de excepción como paradigma de gobierno, en el sentido de que se detecta una tendencia a la generalización y, valga la paradoja, a la normalización de la excepcionalidad, que, además, tiene aquí también una proyección global y a veces se concreta en previsiones normativas y otras se mantiene en un ámbito esencialmente político, pero que, en todo caso, tiende a difuminar los ya precarios equilibrios entre poderes y exacerba el papel del Ejecutivo.

En esta línea, Miguel Azpitarte Sánchez —«La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado»— parte de la premisa de que 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. De ahí destaca la dicotomía entre la mayoría de gobierno y la oposición, que 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 describe cuatro procesos que se apartan de la racionalidad cifrada en el juego entre mayoría de gobierno y oposición. Lo curioso 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. Hay otros dos fenómenos que directamente neutralizan el conflicto propio de la dicotomía mayoría de gobierno/oposición: por un lado, los gobiernos técnicos y de gran coalición; por otro, 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.

En «El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado Social: diez problemas actuales» el profesor Fernando Rey Martínez analiza los principales problemas a los que ve sometida en el momento presente la cláusula constitucional de igualdad y prohibición de discriminación. A estos efectos, comienza poniendo de manifiesto la dicotomía entre igualdad real y formal, sosteniéndose que la primera es una especie del género de la segunda; para analizar posteriormente las prohibiciones de discriminación específicas del artículo 14 de la Constitución española.

Sin embargo, los factores que han de ser protegidos por el Derecho antidiscriminatorio varían inevitablemente en función de la época y del lugar, tratando así de adaptarse a las exigencias de contextos particulares. Es más, también existen situaciones en que varios rasgos son objeto de discriminación simultánea, dando lugar así a lo que se conoce como discriminación múltiple o interseccional, y que suele ser la que afecta a *una minoría dentro de una minoría*.

En este sentido, se evidencia que dicha igualdad constitucionalmente protegida, no consiste en ofrecer el mismo trato a todo, sino, por un lado, tratar de forma jurídicamente diferente a lo que *de facto* ya lo es (se prohíbe la *indiferenciación*), y, por otro, tratar de alcanzar una igualdad de oportunidades, lo que se materializa, en muchas ocasiones, en las llamadas acciones positivas.

En relación con éstas últimas, se presta especial atención a la diferenciación de éstas respecto de las discriminaciones indirectas, pues las primeras adoptan forma de principio mientras que las segundas se erigen como auténticos derechos subjetivos; y también de las discriminaciones positivas, las cuales, aunque tengan como fin otorgar un trato favorable a grupos tradicionalmente discriminados, lesionan los derechos de terceros pertenecientes al grupo mayoritario, de forma que su validez jurídica no puede presumirse.

Por su parte, el profesor José Ángel Brandariz García —«¿Una teleología de la seguridad sin libertad? La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas»— comienza recordando que, en las últimas décadas, el gerencialismo y el actuarialismo se han erigido como teorías rectoras en materia político-criminal. En el texto se analizan cómo estas lógicas están reorientando las prácticas del sistema penal, sus contribuciones fundamentales así como los factores que han favorecido su difusión.

Este nuevo modelo, asentado sobre postulados puramente securitarios, se basa en criterios economicistas, siendo su fin primordial la gestión efi-

ciente de una criminalidad que se presenta como insalvable. Así pues, esta racionalidad se desarrolla, en la práctica, al margen de la libertad y del ejercicio de los derechos; siendo precisamente ésta su crítica fundamental, aunque insuficiente. En este sentido, se reclama su cuestionamiento desde otras racionalidades ajenas a la jurídica, que son a su vez las que le sirven de fundamento, para advertir en realidad cuánto tiene de falaz este nuevo modelo político-criminal.

Finalmente, los profesores Massimiliano Guareschi y Federico Rahola —«Il sublime dell'eccezione»— comienzan señalando que la cuestión del estado de excepción, a menudo entrelazada y superpuesta a la del estado de emergencia, ha adquirido una indudable centralidad en el debate político-jurídico internacional, en particular tras los atentados del 11 de septiembre de 2001. Se refieren, en primer lugar, a las diversas lecturas que han situado en este concreto dispositivo, entendido clásicamente como la suspensión temporal del ordenamiento sobre un determinado territorio, la clave para comprender toda una serie de hechos y procesos que han marcado el tiempo «extraordinario» de la *war on terror* y no solo de ella. Por una extraña paradoja, una categoría largamente confinada a los manuales de Derecho constitucional y Teoría del estado es elevada al rango de fórmula clave del debate filosófico-jurídico, con efectos no despreciables en la polémica política más inmediata, permitiendo dar cuenta de todos aquellos casos en los que los Estados democráticos violan, conscientemente y a la vista de todos, sus propios ordinamientos o las garantías en las que se funda su misma autolegitimación y autorrepresentación.

Se trata, en realidad, de un amplio espectro de fenómenos —del control de las migraciones a las varias formas de detención administrativa, de las crecientes funciones legislativas atribuidas al Gobierno al despliegue de políticas de seguridad híbridas en las que se esfuman toda una serie de distinciones convencionales (entre paz y guerra, entre militar y civil)— que crea el espacio para una decisión política libre de vínculos legales y parece ofrecer un persuasivo marco explicativo.



AUTORES

AZPITARTE SÁNCHEZ, MIGUEL

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

BIN, ROBERTO

Profesor Ordinario (Catedrático) de Derecho Constitucional de la Universidad de Ferrara.

BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de A Coruña.

ESTEVE PARDO, JOSÉ

Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.

GARCÍA MAJADO, PATRICIA

Doctoranda en Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

GUARESCHI, MASSIMILIANO

Profesor de Políticas globales en la Facoltà di Scienze della formazione de la Universidad de Génova.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, IGNACIO

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

PINELLI, CESARE

Profesor Ordinario (Catedrático) de Derecho Constitucional de la Universidad La Sapienza (Roma)

PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNGEL

Profesor Titular de Derecho Constitucional (acreditado como Catedrático) de la Universidad de Oviedo.

RAHOLA, FEDERICO

Profesor de Sociología de los procesos culturales en la Facoltà di Scienze della formazione de la Universidad de Génova.

REY MARTÍNEZ, FERNANDO

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid.

STOLLEIS, MICHAEL

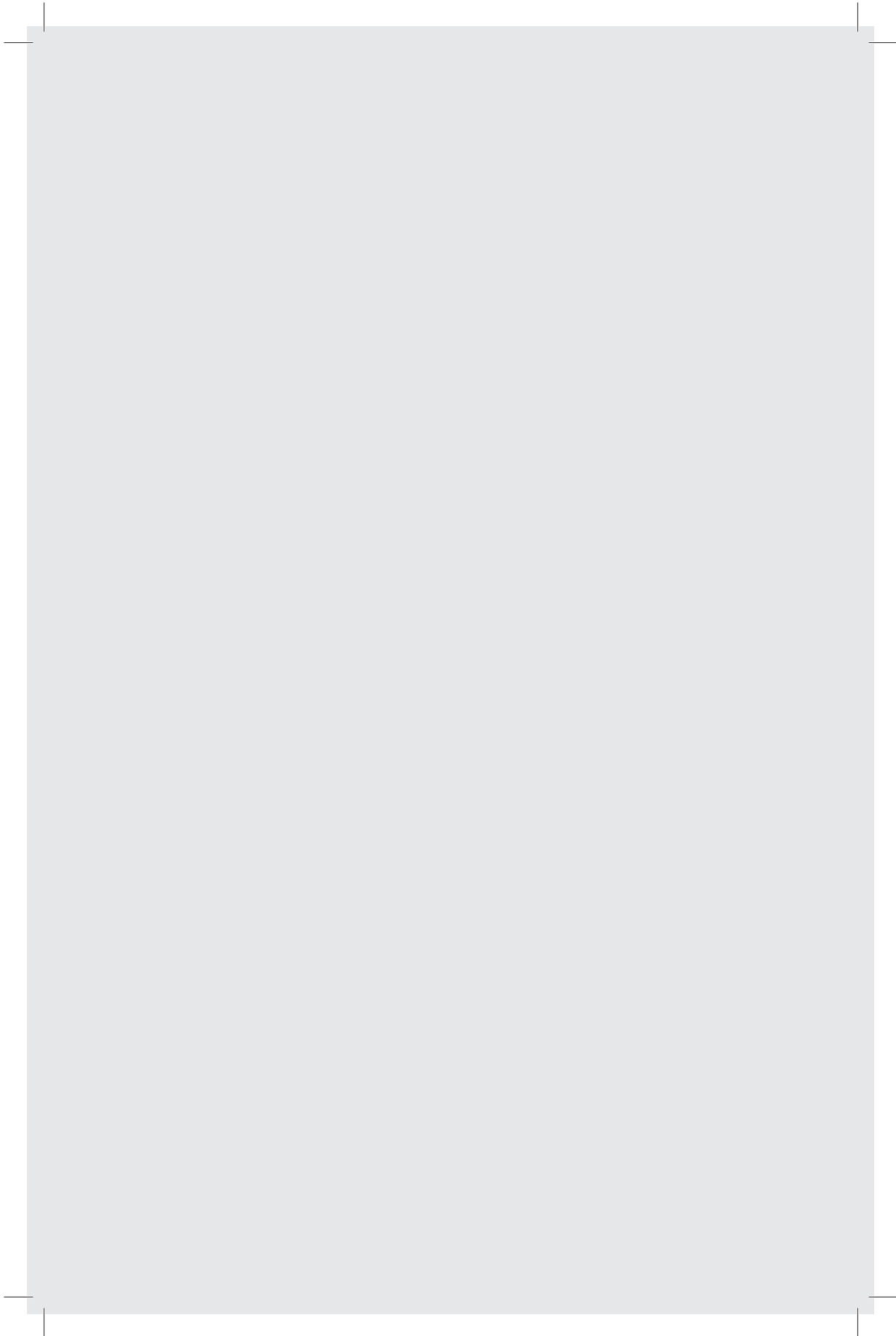
Catedrático emérito de Derecho público en la Universidad de Frankfurt am Main y Director emérito del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte.

VÍRGALA FORURIA, EDUARDO

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco.

PRIMERA PARTE

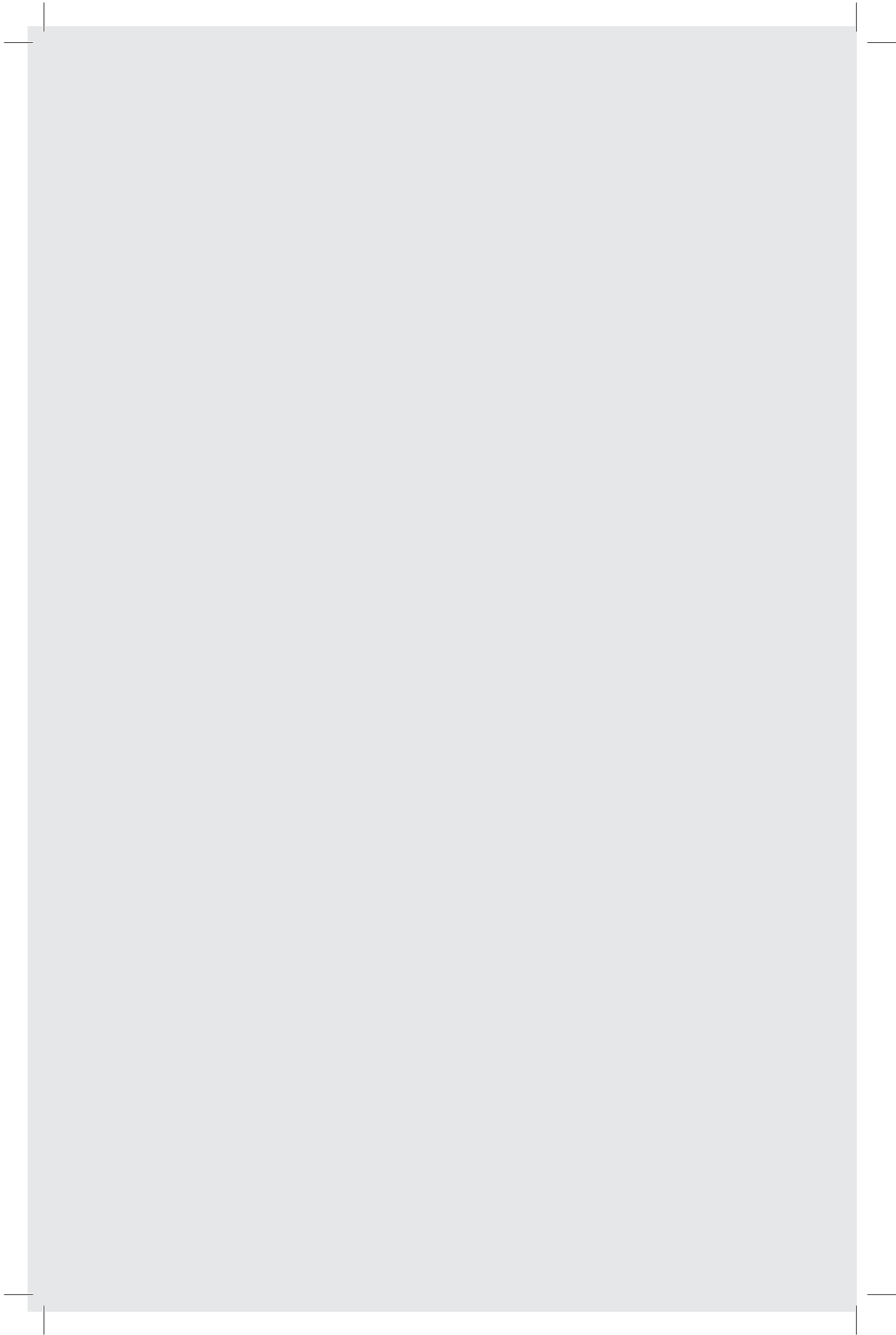
APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y METODOLÓGICA



LA IDEA EUROPEA DE ESTADO DE DERECHO*

Michael Stolleis

* Traducción del profesor Ignacio Gutiérrez Gutiérrez.



I

La idea del «Estado de Derecho» (*Rechtsstaat*) es hoy un elemento fundamental en la mayor parte de las constituciones del mundo. De modo explícito o implícito se dice que la acción estatal está vinculada por el Derecho o que se somete al imperio del Derecho (*rule of law*). También las dictaduras en las que se producen detenciones arbitrarias y torturas apelan a tal sello de calidad. Lo que exigía al mundo la *Universal Declaration of Human Rights* de las Naciones Unidas (ONU) de 10 de diciembre de 1948, los derechos a la libertad, la igualdad, la seguridad, la tutela judicial, el proceso justo y todas las demás garantías básicas, se considera hoy como acervo cultural de la humanidad, como objetivo universal y como compromiso de todos los Estados signatarios. En el año 2008, esa Declaración fue renovada por casi doscientos Estados. Son, por tanto, estándares «universales» que, al menos verbalmente, resultan reconocidos como tales.

Desde la *Declaración del Cairo* de 1990, o *Cairo Declaration of Human Rights in Islam* (CDHRI), asumida por cincuenta y siete Estados de la Conferencia Islámica, se sabe también que esas garantías elementales, cuando se colocan bajo la reserva de su compatibilidad con la *sharia*, reciben un significado muy distinto. El derecho a la vida, el libre desarrollo de la sexualidad humana, la libertad de contraer matrimonio y educar a los hijos, la libertad de domicilio y la libertad de expresión quedan aquí enmarcados en un contexto religioso, su alcance depende de la correspondiente interpretación de la *sharia*. Por tanto, hoy ya no permanece íntegra la pretensión de validez universal que estaba viva en 1948. Sigue abierta la duda acerca de si la religión islámica, extendida por todo el mundo en muy diversas manifestaciones, llegará a largo plazo a admitir un distanciamiento entre la fe religiosa y las cuestiones del orden civil. Tal distancia parece difícil de

asumir por parte de una religión cuya pretensión de ordenación comprende todos los ámbitos de la vida pública y privada. Este problema, de indudable trascendencia, debe quedar sin embargo al margen de las consideraciones siguientes.

Si, en consecuencia, nos atenemos a la *Universal Declaration* de las Naciones Unidas de 1948/2008, cabría confiar en que tal base normativa nos permitiera participar en el lento proceso de civilización de la socialización humana y del ejercicio del poder, para terminar logrando en algún momento una verdadera «constitucionalización» del Derecho mundial. Resulta indiferente que tal proceso se conciba como resultado de la expansión espontánea de un Derecho regulador no estatal en el marco de la globalización, digamos que como proceso de vinculación en red partiendo «desde abajo», o que unidades políticas cada vez mayores formadas a partir de los Estados sean dotadas de constituciones y garantías constitucionales para terminar construyendo «desde arriba» un Estado mundial; de momento, estos son sólo modelos ideales más o menos plausibles. La realidad avanza renqueando a mucha distancia. La constitucionalización del orden mundial o incluso un Estado mundial constituyen de momento sólo esperanzas, quizá incluso sueños. Un Estado mundial podría resultar incluso una pesadilla si su orden universal se lograra al precio de tener que ser impuesto por la fuerza.

Con la lucha de las grandes potencias por ampliar sus esferas de influencia y sus cuotas de mercado, con la represión que muchos Estados nacionales ejercen sobre rebeliones sociales y étnicas, también con los múltiples conflictos que cada día se abren en todo el mundo entre gobiernos y grupos de oposición, el objetivo universal del Estado de Derecho desaparece con frecuencia del horizonte o resulta mutilado hasta hacerlo irreconocible. La realidad está muy lejos de corresponderse con el ideal de la *Universal Declaration of Human Rights*. El ideal y la realidad permanecen muy distantes. Si se toma en serio la palabra «ideal», lo cierto es que tampoco podría ser de otra manera. Cabe constatarlo sobriamente sin necesidad de ser cínico, socialdarwinista, moralista o utópico.

Tan cierto como que el objetivo del Estado de Derecho puede tener hoy valor normativo universal es el hecho de que el Estado de Derecho no ha estado presente del mismo modo en todos los tiempos y en todos los lugares. Visto con perspectiva histórica, se trata más bien de una pieza del pensamiento europeo, que también comprende Norteamérica, formada entre 1750 y 1850, y que desde entonces se ha impuesto progresivamente aunque

con quiebras catastróficas en el siglo xx. La formulación del ideal europeo del Estado de Derecho se documenta por primera vez en lengua alemana en torno a 1800¹ y desde aquí se extiende a las demás lenguas de Europa. Ha incorporado los vehementes empeños de todos los países y adoptado las correspondientes variaciones de sentido. Italianos, españoles, portugueses, franceses e ingleses, por nombrar sólo algunas naciones, evocan algo similar, pero casi nunca idéntico, cuando utilizan las expresiones *Estado de Derecho*, *estado de direito*, *stato di diritto*, *état de droit* o *rule of law*. Aún así se entienden y pueden basarse en ella, por ejemplo, para adoptar decisiones como jueces del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Están de acuerdo entre ellos en que la línea orientadora de sus sentencias debe ser la voluntad del «legislador» expresada por el respectivo parlamento democráticamente elegido, en que esa voluntad no debe ser falsificada de modo arbitrario a través de la interpretación y en que las reglas escritas y no escritas del procedimiento deben resultar justas y controlables.

Del mismo modo que ha evolucionado la comprensión de los «significados» de la expresión Estado de Derecho se han ido desarrollando las correspondientes instituciones. Se puede tratar de jueces ordinarios de la jurisdicción civil y penal, de jueces especializados de los órdenes contencioso-administrativo, social o financiero, incluso de tribunales constitucionales instalados por encima o al lado de la justicia tradicional para controlar la compatibilidad con el Derecho constitucional de las resoluciones judiciales y de otras decisiones del poder público; pero siempre existen garantías normativas e institucionales que deben preservar y realizar el Estado de Derecho. Las garantías judiciales aparecen generalmente durante el movimiento constitucional del siglo xix, la jurisdicción constitucional (prescindiendo de algunos precedentes) sólo tras la primera guerra mundial, empezando por Checoslovaquia y Austria.²

¹ M. Stolleis, «Rechtsstaat», en A. Erler et al. (ed.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 4, Berlin 1990, págs. 367-375.

² Th. Simon-J. Kalwoda (eds.), *Schutz der Verfassung: Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte*, Berlin 2013; aquí, con referencia particular a Alemania, H. Dreier, «Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik», págs. 318-372; J. Osterkamp, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920-1939). Verfassungsidee – Demokratieverständnis – Nationalitätenproblem*, Frankfurt 2009; Chr. Neschwara, «Zur Entwicklung des Verfassungsrechts nach 1918», en H. Schambeck (ed.), *Parlamentarismus und öffentliches Recht in Österreich*, Berlin 1993, págs. 140-163; Th. Öhlinger, «Die Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit»,

No existe por tanto un ideal unitario, ni tampoco una realización unitaria del Estado de Derecho europeo. Surgieron más bien, sobre la base de una idea fundamental de los siglos XVIII y XIX, tantas variantes del «Estado de Derecho» en Europa como Estados nacionales; o, expresándolo de modo algo más difuso, tantas como culturas jurídicas susceptibles de ser diferenciadas. Hemos de recorrer necesariamente el camino de la aproximación histórica y de la diferenciación para acercarnos al «Estado de Derecho europeo». Su idea germinal debería recuperarse al final, mediante la composición de todas sus variantes.

II

El punto de partida compartido es la monarquía absoluta, como forma de gobierno que domina en la Europa del siglo XVIII. Como alternativas o como modelos divergentes aparecían por ejemplo las repúblicas urbanas (Venecia, Ragusa, Génova, las ciudades imperiales libres en Alemania), los cantones suizos o la Constitución polaca, de hecho aristocrática. Además existían muchas variantes del absolutismo, en función de unos «estamentos» que habían permanecido en mayor o menor medida intactos. Estos últimos eran los representantes del «reino» o del «país» y por tanto, de forma mediata, también de los súbditos. Defendían sus derechos corporativos, así como el derecho a consentir o a rechazar tributos. El absolutismo, como subrayan todos los historiadores y prueban con sus investigaciones sobre los «estamentos», resultaba en muchos casos atenuado, incompleto o quebrado.³ Los regímenes puramente absolutistas eran escasos (Dinamarca, Francia). Sin embargo, era convicción común en Europa que el monarca estaba autorizado para dar órdenes, para aprobar leyes, para gobernar, para declarar la guerra y hacer la paz, para acuñar moneda, para nombrar funcionarios y para ejercer todos los derechos que desde Jean Bodin (1576) estaban reunidos bajo el título de la soberanía.

El soberano no solo estaba vinculado, de modo diferente en función del país, al voto de los estamentos; también tenía que atenerse sin duda a las normas suprapositivas vigentes en toda la Europa cristiana. No podía

en *Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Ludwig Adamovich*, ed. por B.-Chr. Funk et al., Wien 2002, págs. 581-600.

³ Sobre la utilización historiográfica del término véase el trabajo realizado en 1990 por R. Blänkner, «*Absolutismus*». *Eine begriffsgeschichtliche Studie zur politischen Theorie und zur Geschichtswissenschaft in Deutschland 1830-1870*, Frankfurt a.M. 2011.

atentar contra la religión cristiana revelada, debía respetar los principios reconocidos del Derecho natural y, finalmente, estaba sometido a las leyes fundamentales (*leges fundamentales*) de su Estado. Estos tres límites de su derecho al mando pueden sonar hoy relativamente vagos y de hecho fueron «interpretados» en función de las necesidades de cada momento. Pero no carecían de trascendencia en un contexto cristiano y también podían ser materializados mediante la concreción de los límites del Derecho natural en sutiles «sistemas». Así, del principio del Derecho natural conforme al cual la propiedad de los súbditos debía ser respetada pudo derivarse la concreta consecuencia de que las expropiaciones, en caso de ser necesarias, debían acompañarse de una indemnización. También pudo fundarse en el Derecho natural la imposibilidad de un despojo arbitrario de los derechos adquiridos similares a la propiedad (*iura quaesita*). Del mismo modo, en el Derecho natural se fundó el derecho a la tutela judicial ante las privaciones de derechos. E igualmente existían desde el siglo XIII, empezando con la Magna Charta inglesa von 1215, garantías de tutela judicial antes las detenciones arbitrarias, garantías sobre la composición de los tribunales (normalmente estamental) y el derecho fundamental a ser oído en juicio. Se fijó el número de testigos necesarios para una condena y qué juramentos debían ser prestados para quedar liberado de una demanda. Todo esto son manifestaciones de un «Estado de Derecho avant la lettre» en Europa. Aún evitando una interpretación teleológica de los procesos históricos, resulta claro que los protagonistas de la idea del Estado de Derecho a partir de 1800 podían servirse de un acervo de convicciones comunes formado en Europa a lo largo de varios siglos. Mucho de lo que en el siglo XIX aparece vinculado a la expresión «Estado de Derecho» y colocado bajo una nueva luz formaba parte de los vínculos bien conocidos ya con anterioridad, que habían sido inculcados a los soberanos y a las demás autoridades de la Edad Media y de la Edad Moderna.⁴

Pero también en los siglos XVII y XVIII se acumulan sobre tales fundamentos nuevos desarrollos. Pueden ser comprendidos, desde una perspectiva macro, como disociación entre Estado y Sociedad; o, en perspectiva micro, como individualización del ordenamiento jurídico. De hecho, la extendida forma de poder absolutista producía también de modo permanente fuerzas

⁴ H. Maier, «Zur Frühgeschichte des Rechtsstaats in Deutschland», en *Neue Politische Literatur* n.º. 7 (1962) 234-244; D. Merten, «Rechtsstaat und Gewaltmonopol», en *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart* n.º. 442/443, Tübingen 1975.

contrarias que presionaban para que el aparato de poder se distanciara de la «sociedad». La burguesía enriquecida en las grandes metrópolis comerciales quería desarrollar el comercio y la actividad empresarial con la máxima libertad. Por ejemplo en la *city* de Londres se formó una poderosa comunidad de comerciantes, empresarios y banqueros que estaba en situación de mantener a distancia a una corte siempre necesitada de financiación. En otros países fue una nobleza económicamente potente, que se estaba transformando en burguesía, la que se opuso al monopolio de poder del monarca. En las repúblicas ciudadanas se trataba del estrato social superior y acomodado, claramente diferenciado de los estratos medios e inferiores. Por todas partes se escuchaban apelaciones a la protección de la propiedad «ganada con el propio esfuerzo», a la supresión de las limitaciones del comercio y sobre todo a la tutela judicial efectiva, por tanto a la «seguridad jurídica». Las protestas contra una justicia demasiado lenta, sin poderes ejecutivos e incluso corrupta se oían en toda Europa. Del mismo modo eran permanentes las quejas por la arbitrariedad de las autoridades y por la excesiva proximidad entre administración y justicia.

Pero todas esas protestas y exigencias, como hemos dicho, también pueden ser comprendidas en clave individualista. Poco a poco se condensaron en «derechos fundamentales», derechos del individuo a defenderse de las restricciones y las opresiones de la autoridad —normalmente ante los tribunales o apelando directamente al monarca—. Da igual que esos cambios sucedidos en el siglo XVIII se interpreten como diferenciación de Estado y Sociedad o también como progresiva formación de catálogos de derechos fundamentales; lo evidente es que la idea europea del Estado de Derecho procede, en cierto modo dialécticamente, de la fase del absolutismo (clásico y tardío). El Estado de Derecho era, al mismo tiempo, garantía constitucional y exigencia política.

Si repasamos los conocidos catálogos de tales garantías jurídicas, su relativa uniformidad nos muestra ya que se trataba de necesidades generales de los tiempos. Lo que comienza en el estilo de las capitulaciones electorales de un nuevo rey, desde la *Magna Charta* de 1215 hasta el *Bill of Rights* de 1689, se va formulando progresivamente en términos universales y adquiere el pathos de la libertad. Es el camino que va desde la garantía de derechos estamentales hasta los derechos fundamentales individuales.

El *Bill of Rights* (1689) aseguraba en primer lugar los derechos del Parlamento frente a intromisiones incontroladas del Rey en la legislación y en

la justicia, ante todo en el establecimiento de impuestos, también en particular garantizando la libertad de palabra en el Parlamento. Pero también garantizaba los derechos del individuo, por ejemplo mediante el derecho de petición, la prohibición de tribunales parciales en su composición, el aseguramiento de un Derecho penal moderado y la prohibición de sanciones pecuniarias sin confirmación judicial, impidiendo a fin de cuentas la existencia de un «Derecho penal paralelo». El *Bill of Rights* supone, así, un hito en el desarrollo de la idea del Estado de Derecho europeo, y en ese sentido ha sido siempre citado con el máximo respeto.

Casi un siglo después y sobre tierras «vírgenes» suena el nuevo tono del movimiento constitucional en la *Declaration of Rights* de Virginia, del 12 de junio de 1776. Los orígenes de una capitulación electoral quedan aquí suprimidos, el Derecho natural europeo y ante todo la lectura de John Locke determinan el estilo. El ser humano tiene derechos preestatales, inalienables, debe disfrutar en seguridad de su vida y de su libertad, debe serle permitida la obtención y la conservación de la propiedad. Todo ordenamiento descansa sobre la soberanía del pueblo, y su régimen sólo puede ser republicano. Prerrogativas, privilegios y cargos hereditarios quedan suprimidos, imperan la igualdad y el principio mayoritario. Dentro de este nuevo orden público que se desarrolla en todas direcciones, los derechos fundamentales relacionados con la justicia desempeñan un papel esencial: proceso con garantías, sin investigaciones preventivas, sin sanciones desmesuradas (artículos 8-10) y con control de la justicia a través de jurados (artículo 11).

Por mucho que este texto ambicioso e idealista de George Mason estuviera en conflicto con la realidad de los nuevos Estados, por ejemplo a causa de la pervivencia de la esclavitud y de la privación del derecho de voto para los esclavos, para sus descendientes y para las mujeres, lo cierto es que contiene el fermento del pensamiento revolucionario que había de minar todas las relaciones de poder no igualitarias existentes hasta el momento. El objetivo está ahora claro: se quieren aprovechar las posibilidades de la libertad, y que un pueblo libre sobre un territorio libre contruya un Estado que se atenga a las reglas aprobadas por todos, al Derecho. Y así ocurrió de inmediato, con la Declaración de Independencia de las trece colonias norteamericanas frente a la metrópoli inglesa del 4 de julio de 1776, redactada fundamentalmente por Thomas Jefferson.

En la Constitución del nuevo Estado de Massachusetts del 15 de junio de 1780 esto resulta aún más claro. La ley debe ser obedecida, en ello consiste

el acuerdo fundamental y la condición para pasar del estado de naturaleza al Estado bien ordenado. Pero debe tratarse de una obediencia a la autoridad de la ley acordada por todos, no a la autoridad de los hombres: *it may be a government of laws and not of men* (artículo xxx). Nadie duda de que son hombres quienes han de poner en práctica esas leyes y de que entonces saldrán a la luz las debilidades humanas, pero la legitimación del poder coactivo que se ejerce al efecto no debe haber sido ganada mediante relaciones personales. La legitimación por el origen de la familia real (*stirps regia*), por la sacralidad del oficio o incluso por el control fáctico del poder debe desaparecer. Las «leyes» entran en ese lugar que ha dejado libre el monarca, ocupan el «señorío». La iconografía política de ese cambio se visualiza en el hecho de que, en el lugar del ojo de Dios eternamente vigilante y del ojo del monarca, aparece ahora «el ojo de la ley». Aún recuerda al ojo de la divinidad, pero se ha hecho impersonal y representa ahora a la legislación fundada en la soberanía popular.⁵

La triunfal *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 26 de agosto de 1789, promulgada el 3 de noviembre, uno de los documentos de la humanidad por antonomasia, agrupa de nuevo esas exigencias y reúne, es sabido que a través del Marqués de La Fayette y de Thomas Jefferson, las líneas de desarrollo norteamericanas y continentales. El proyecto se presentó tres días antes de la toma de la Bastilla. También este documento contiene los entonces ya habituales derechos fundamentales en los ámbitos judicial y penal, la presunción de inocencia para los acusados, la separación entre legislación y ejecutivo —siendo comprendido el poder judicial, conforme a la tradición francesa, como vinculado a la ley y así, en cierto modo, como brazo del legislativo.⁶

No es éste lugar para detenerse en la exégesis de estos documentos. Han sido citados para dar nombre a las ideas fundamentales que dominaban la escena europea y norteamericana en el último tercio del siglo xviii. La dirección correspondía sin duda a los intelectuales de Inglaterra (Thomas Hobbes, John Locke, David Hume) y Francia (Charles de Montesquieu, Voltaire, Jean-Jacques Rousseau, Denis Diderot, Emanuel-Joseph Sieyès), así como a los padres fundadores de la costa este americana que se inspiraron en ellos (Jefferson, Washington, Mason, Franklin). Pero también se trata de un debate

⁵ M. Stolleis, *El ojo de la ley. Historia de una metáfora*, Madrid: Marcial Pons, 2010.

⁶ Véanse los detalles en S.-J. Samwer, *Die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789/91. Ihre Entstehungsgeschichte und ihre Herkunft*, Kiel 1969.

que abarca toda Europa. No resulta concebible sin el Derecho natural de la Ilustración acuñado en España, Holanda y Alemania (Francisco Suárez, Francisco de Vitoria, Hugo Grotius, Baruch Spinoza, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Christian Wolff) y sin los italianos (Gaetano Filangieri, Pietro Verri, Cesare Beccaria), por citar sólo los nombres más célebres. Aquí se despliegan los postulados fundamentales que en las décadas posteriores servirán como piedras angulares del movimiento constitucional europeo.

Retrospectivamente cabe apreciar en qué medida resultó decisivo el encuentro entre la práctica absolutista y la Ilustración. La sociedad burguesa cada vez más fuerte se liberó de las tutelas benevolentes, se hizo crítica respecto de los privilegios de la nobleza y de la Iglesia, de la servidumbre, del sistema impositivo y de la ausencia de libertad comercial, y finalmente exigió participación política en nombre de la «Nación». Todo esto implicaba también reformas fundamentales del Derecho y de la justicia. Una justicia sometida a la ley, concebida a su vez como voluntad de la nación, debía respetar los más elementales derechos de libertad, excluir la arbitrariedad, quedar vinculada a la ley en cuanto expresión de la *volonté générale*. Hacía tiempo que el terreno estaba preparado en Europa para el postulado del «Estado de Derecho», al menos en la segunda mitad del siglo XVIII. Ya sólo faltaba una fórmula breve y expresiva.

III

Y dicha fórmula fue hallada, como consecuencia directa de la teoría del Derecho que Kant desarrolla en la *Metafísica de las costumbres* de 1797. Rezaba «Estado-de-Derecho» (Rechts-Staat), aunque el propio Kant no usara la expresión. Como en el resto de sus escritos dirigidos contra las doctrinas iusnaturalistas de la felicidad y de los fines del Estado, el anciano Kant procuraba con su teoría del Derecho descubrir un principio que permitiera delimitar recíprocamente la esfera jurídica de cada uno respecto de las de los otros en términos que hicieran posible la vida al lado de los demás y en su compañía. Esto debía ocurrir mediante «leyes jurídicas», y el Estado mejor ordenado no sería aquél que promoviera la felicidad de los súbditos, sino el que procurara la «situación de máxima conformidad de la Constitución con los principios del Derecho». ⁷ El fin no debía ser, por tanto, la justicia material, el equilibrio social o la «buena vida» en el sentido aristotélico, sino

⁷ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, Königsberg 1797, § 49.

que, diciéndolo con las célebres palabras de 1789, *le but des toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, artículo 2). Los límites del ejercicio de los derechos se establecerán por la ley, tan solo mediante ley (artículo 4). Kant no se refirió ciertamente a la *Déclaration*, pero por supuesto que la tenía muy presente. Sin respuesta quedaban, no obstante, algunas preguntas. Como «leyes jurídicas» no debían considerarse las leyes positivas de cualquier Estado, independientemente de su contenido. Por tanto, había que hallar «principios del Derecho». Pero éstos no ofrecían contenido concreto alguno, todo lo más aquellos que habían sido apuntados en la *Déclaration*. Sin embargo, éstos se referían de nuevo al Derecho natural, que había fracasado completamente ante la tarea de formular contenidos precisos. Así que, finalmente, había que apelar de nuevo al legislador para realizar las concreciones necesarias.

Ya al poco tiempo de aparecer la «teoría del Derecho» de Kant, los ahora llamados kantianos fueron considerados como «la teoría crítica o la escuela de la teoría del Estado de Derecho» (*Schule der Rechts-Staats-Lehre*).⁸ Evidentemente se había comprendido qué nueva perspectiva dominaba ahora. El Estado de Derecho disponía de leyes jurídicas para delimitar recíprocamente las esferas de sus ciudadanos. Tales leyes jurídicas debían surgir —al menos en el modelo republicano— mediante decisión mayoritaria⁹ de los ciudadanos o de sus representantes, pero no bastaba con eso, también su contenido debía dirigirse a la protección de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho, por tanto, no era concebido sólo en términos formales, sino que se orientaba a establecer una distancia jurídicamente asegurada entre el Estado y la Sociedad, a la protección frente a la arbitrariedad y a la garantía de la libertad y la propiedad.

⁸ J. W. Placidus, *Literatur der Staatslehre – Ein Versuch*, Straßburg 1798. Al respecto G.-Chr.v. Unruh, «Die 'Schule der Rechts-Staats-Lehrer' und ihre Vorläufer in vorkonstitutioneller Zeit», en *Recht und Staat im sozialen Wandel, Festschrift für H. U. Scupin*, ed. por Norbert Achterberg et al., Berlin 1983, págs. 251-281.

⁹ El problema fundamental de la protección de las minorías derrotadas en la votación fue resuelto teóricamente señalando que también la mayoría estaba vinculada a los fines de la protección de la libertad y la propiedad, así como a la interdicción de la arbitrariedad. Esto fue el punto de apoyo para que más adelante fuera posible verificar la compatibilidad del contenido de las leyes democráticamente aprobadas con los derechos fundamentales contenidos en la Constitución.

Esto era un programa político liberal. Las constantes intervenciones del absolutismo tardío, «ilustrado», debían ser reprimidas. Ahora ya solo se esperaba del Estado «seguridad» y «orden», no «felicidad». Así argumentaba en 1792 el joven Wilhelm von Humboldt,¹⁰ pero también en 1800 el poco conocido jurista de Nassau Ludwig Harscher von Almendingen (1766-1827),¹¹ que utilizó la expresión «Estado de Derecho» (Rechtsstaat) en un sentido acentuadamente liberal.¹² El Estado de Derecho era para él «una sublime persona moral por encima de toda pasión y de todo interés propio». Corporeizaba el respeto al Derecho y lograba mediante la publicidad que ni siquiera un «monstruo coronado» pudiera en adelante separarse del Derecho. Puesto que, como dice otro contemporáneo, corresponde «esencialmente a un Estado jurídico... que su magistratura suprema se sitúe bajo las leyes».¹³ Y esto valdría no sólo para el soberano, sino para toda la administración que depende de él, que ya no estaría comprometida con la «felicidad», sino con la «juridicidad». Uno de los portavoces del liberalismo jurídico-político de los Estados del sur de Alemania, Carl Theodor Welcker, explicó que el Estado de Derecho representaba, en cuanto Estado racional, el nivel supremo de desarrollo de una ilustración en progreso.¹⁴ El otro, Karl von Rotteck, dijo sin rodeos que Constitución y legislación parlamentaria convertían un «Estado de poder» en un «Estado de Derecho».¹⁵

Esta línea fundamental tuvo consecuencias directas para ámbitos jurídicos particulares, en primer lugar para el Derecho penal. Paul Johann Anselm von Feuerbach y el profesor, juez y ministro del Estado de Hesse Karl Ludwig von Grolmann (1775-1829) estuvieron de acuerdo en los principales postulados: ningún delito y ninguna pena al margen de la ley (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), protección de los derechos individuales en el proceso penal, distanciamiento del proceso penal respecto de las intervenciones estatales mediante «independencia», respeto a la dignidad del conde-

¹⁰ W. v. Humboldt, *Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, 1792, impreso por primera vez en de modo completo en Breslau 1851.

¹¹ Sobre la biografía cfr. *Allgemeine Deutsche Biographie* (1875), págs. 351-352.

¹² L. Harscher v. Almendingen, «Grundzüge zu einer neuen Theorie über Verletzungen des guten Namens und der Ehre», en Karl Ludwig von Grolman (ed.), *Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung*, Gießen y Darmstadt 1800, Bd. II, págs. 63 ss.

¹³ J.P.A. Leisler, *Natürliches Staatsrecht*, Frankfurt a.M. 1806, pág. 44.

¹⁴ C. Th. Welcker, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, Gießen 1813.

¹⁵ K. v. Rotteck, en *Staatslexikon*, Bd. III, 2.^a Ed., Altona 1846, pág. 527.

nado en la ejecución de la pena.¹⁶ Pero también para la relación del Estado con la economía el «Estado de Derecho» implicaba ahora liberar las fuerzas del mercado de las ataduras de la dirección estatal, también aquí por tanto la reducción de las intervenciones estatales demasiado intensas. Con ello, el ámbito de acción de la «policía» (*Policey*), que comprendía desde el siglo XVI el conjunto de la administración interior del Estado, quedó teóricamente constreñido a la tutela jurídica, la seguridad y el orden. Intervenciones de cualquier tipo debían ahora reducirse a la medida necesaria, determinada por ley parlamentaria. Este era el límite fijado por el Estado de Derecho. Pero «Estado de Derecho» era, al mismo tiempo, una fórmula para referirse a la fiabilidad del ordenamiento jurídico y a la tutela jurídica —condiciones esenciales ambas para el desarrollo económico y la inversión de capital.

De este modo, «Estado de Derecho» resultó sinónimo en diversos sentidos: de la vinculación del monarca a su propio ordenamiento jurídico, de la reducción del «Estado-policía» y la imposición del postulado de la vinculación de la administración a la ley, de la supremacía de la ley y de la independencia de la justicia sometida (solo) a la ley. Durante el llamado *Vormärz*, en el periodo entre el Congreso de Viena (1815) y la revolución parisina de julio de 1830, la apelación al «Estado de Derecho» fue propia del liberalismo, que a su vez ocupaba un terreno muy amplio: desde la monarquía constitucional preferida por la mayoría hasta el republicanismo democrático. Para la mayoría, el «Estado de Derecho» se redujo a ser sinónimo de «Constitución». Así, el historiador Gustav Droysen dijo, mirando hacia atrás en 1847: «¿No se compendian acaso todos los afanes de las dos últimas generaciones por erigir el Estado de Derecho en la fundación de una relación jurídica entre los príncipes y el pueblo que atribuya a cada uno su propia esfera de modo nítido e irrevocable?».¹⁷

De gran importancia para la ulterior popularización del concepto Estado de Derecho fue en Alemania Robert von Mohl, que por primera vez incluyó la expresión en el título de un libro. Su obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (*La ciencia de la policía conforme a los principios del Estado de Derecho*) apareció en 1832-34, en tercera edición en 1866. Se orientaba a vincular la «policía» modernizada, que comprendía también la responsabilidad estatal por el bienestar material de los ciudada-

¹⁶ P.J.A. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I, Erfurt 1799, págs. 63 ss., 109 ss.

¹⁷ J. G. Droysen, *Politische Schriften*, ed. por F. Gilbert, München 1933, pág. 73.

nos, con el postulado de la vinculación al Derecho. Impartir justicia y cuidar del bienestar estaban para él al mismo nivel en cuanto tareas del Estado de Derecho. Por eso también rechazaba la usual contraposición entre «Estado-policía» y «Estado de Derecho». En absoluto entendía el «Estado policía» peyorativamente como sinónimo de «opresión». Para él, la solución de la cuestión social era una tarea de la *policía*, entendida tradicionalmente en sentido amplio.

En la misma medida en que los autores se situaban más cerca del conservadurismo político, tendían a entender la expresión «Estado de Derecho», ahora extendida por doquier, en sentido formal, como «legalidad de la acción administrativa». Se asumió, por tanto, que la exigencia liberal resultaba completamente adecuada a los tiempos, pero fue privada por dicha vía de sus contenidos y del *pathos* de justicia. Esto se vislumbró ya tempranamente en la obra de Adam Müller, el prototipo de la teoría del Estado romántica.¹⁸ Utilizaba «Estado de Derecho» de forma inespecífica, sin contenidos de derechos humanos o político-sociales.¹⁹ Una generación más tarde, el conservador Friedrich Julius Stahl (1802-1861) hizo hincapié en una concepción estrictamente formal: «El Estado debe ser Estado de Derecho, tal es la respuesta y también, en verdad, la tendencia del desarrollo en los nuevos tiempos. Por los modos del Derecho debe determinar con precisión y asegurar de forma inquebrantable tanto las vías y los límites de su actividad como la libre esfera de sus ciudadanos, y por tanto no debe realizar (imponer) de modo directo las ideas morales que corresponden a los destinos del Estado más allá de lo que se corresponde con la esfera del Derecho. En esto consiste el concepto de *Estado de Derecho*».²⁰ Esto implicaba también, por cierto, una separación entre la esfera religioso-moral y la esfera jurídica.

Tal formulación, que limita el postulado del Estado de Derecho al «carácter inquebrantable del ordenamiento jurídico»,²¹ marginando el conte-

¹⁸ C. Schmitt-Dorotić, *Politische Romantik*, München y Leipzig 1919.

¹⁹ A. Müller, *Die Elemente der Staatskunst I-III*, 1809, reeditado por J. Baxa, Wien 1922, lecciones 8.^a y 10.^a. Al respecto M. Stolleis, Müller, Adam-Heinrich, en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* Bd. 3, Berlin 1984, págs. 723-726, con ulteriores referencias.

²⁰ F. J. Stahl, *Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts*, 3.^a ed., Heidelberg 1856, 1.^a Parte, Capítulo I, «Das Wesen des Staates».

²¹ F. J. Stahl, *Der Christliche Staat und sein Verhältnis zu Deismen und Judenthum*, Berlin 1847, pág. 62.

nido, tenía la ventaja política de que podía satisfacer tanto al sector conservador como también a los liberales que habían perdido sus ilusiones tras 1848. Ambos grupos querían conseguir seguridad jurídica y una justicia que funcionara bien, mientras que los deseos de participación política de los liberales se retiraban ahora a un segundo plano. Eran los años en los que también se hizo popular la expresión *Realpolitik* («política realista»), en los que Bismarck se dispuso a resolver con tal criterio el reto de la unidad política alemana. En ese clima se llegó también a un acuerdo en la difícil cuestión acerca del modo en que cabía controlar judicialmente al ejecutivo, sea mediante los tribunales civiles, sea a través de nuevos tribunales administrativos surgidos de la propia administración. Al respecto se llegó al compromiso, típico para Alemania, de buscar en la primera instancia una vinculación intensa con la Administración, mientras que la segunda instancia se consagraba al estricto control jurídico, ejercido también en exclusiva por jueces profesionales.

El desplazamiento de los intereses del liberalismo desde el Derecho constitucional hacia el administrativo y la exigencia de configurar la tutela jurídica formal adquiere a partir de 1848 también propiedades de sucedáneo respecto de la participación política que no se había logrado a nivel nacional. Por eso resulta correcto considerar el uso despolitizado del «Estado de Derecho» en la segunda mitad del siglo XIX como una variante específicamente alemana.²²

IV

De este modo se desarrolló en Alemania a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX una concepción estable del «Estado de Derecho» con varios componentes. Con la incorporación de los diversos Estados al nuevo Imperio (1871) se sentaron los fundamentos para una constitución unitaria de los tribunales y también para un ordenamiento procesal unificado. También se disponía ahora de un Derecho material uniforme (Derecho penal, Derecho del comercio y de la actividad empresarial, Derecho de la prensa, Derecho de sociedades, Derecho de la nacionalidad...). La actividad administrativa

²² L. v. Stein, *Verwaltungslehre*, I, 2.^a ed., Stuttgart 1869, pág. 297; pero también en ese sentido Otto von Bismarck, sobre la «expresión artificial Estado de Derecho inventada por Robert von Mohl, de la cual no existe aún una definición capaz de satisfacer a una mente política, ni tampoco traducción a otras lenguas» (carta al Ministro prusiano von Gossler del 25 de noviembre de 1883).

de los Estados integrados en el Reich fue controlada jurídicamente desde 1863 por los tribunales administrativos recién constituidos, pero mantuvo en gran medida su libertad de acción, especialmente en las decisiones discrecionales.²³ En 1895 pudo constatar el auténtico creador del nuevo Derecho administrativo «científico», Otto Mayer: «El Estado de Derecho es el Estado con un Derecho administrativo bien ordenado».²⁴ Tal objetivo se logró no sólo mediante controles de la jurisdicción administrativa, sino —lo que era más importante a los ojos de los contemporáneos— mediante la elaboración de rigurosas formas jurídicas en el Derecho administrativo y mediante el desarrollo de una «parte general» aplicable a todas las ramas de la Administración.

Esta parte general comprendía aquellas formas jurídicas que eran típicas para cualquier administración y que por ello componían un repertorio de figuras jurídicas científicamente consolidadas y, por tanto, «seguras» para la jurisprudencia. La concentración en las formas jurídicas en beneficio del «Estado de Derecho» supuso, de un lado, una gran aportación científica, pero tuvo el efecto secundario de atrofiar hasta cierto punto los elementos empíricos y los procedentes de las ciencias sociales, que hasta el momento habían sido típicos para la Administración.²⁵ Estos elementos reaparecían ahora fuera del Derecho, en disciplinas especializadas (teoría de la administración, ciencias de la administración) y desde ahí debían ser integrados de nuevo en una Administración que había pasado a configurarse jurídicamente. Por último, formaba parte del Estado de Derecho «alemán» de aquel tiempo una configuración científica que resultó ejemplar para el Derecho administrativo, justamente la del Derecho civil, proporcionada por la pandectística entre Friedrich Carl von Savigny y Bernhard Windscheid y que fue finalmente incorporada a la codificación del Derecho civil (1900). También había madurado el Derecho penal desde las primeras codificaciones de principios del siglo XIX, pasando por el Código Penal prusiano hasta llegar al Código Penal del Reich de 1871, en el sentido de que seguía los firmes estándares del Estado de Derecho, conteniendo una parte general tan precisa como resultaba posible y tipos penales especiales también nítidamente perfilados. En otras

²³ M. Stolleis, «Hundertfünfzig Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit», en *Deutsches Verwaltungsblatt* 2013, págs. 1274-1280.

²⁴ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. I, Leipzig 1895, § 5.

²⁵ R. Thoma, «Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft», en *JöR* 4 (1910), págs. 196-218.

palabras: el nuevo marco constitucional de la Constitución del Reich de 1871, una legislación en rápido crecimiento, la ciencia jurídica trabajando a un alto nivel y la práctica judicial colaboraron para formar en el periodo culminante del «positivismo jurídico» criterios modélicos para el Estado de Derecho. Walter Jellinek, firmemente anclado en la mentalidad de finales del siglo XIX en cuanto hijo de Georg Jellinek y discípulo de Otto Mayer, aún formuló de nuevo en 1931 los rasgos esenciales de esta comprensión del Estado de Derecho. El Estado de Derecho, dijo, es un «Estado constitucional con una administración ajustada en la medida de lo posible a los preceptos jurídicos y vinculada en la medida de lo posible, en el que se administra con fundamento en habilitaciones legales tan precisas como sea posible y mediante actos administrativos formalizados, y en el que la tutela jurídica es garantizada por los tribunales, independientes en cuanto tales y cuyos componentes son personalmente independientes de las autoridades administrativas».²⁶ Jellinek también aseguraba que, pese a diversos síntomas de crisis, «en Alemania se mantendrá el Estado de Derecho», e incluso: «La época del Estado de Derecho se prolongará probablemente en el futuro inmediato».²⁷

Y ciertamente existían los síntomas de crisis a los que Jellinek aludía. Ya antes de la primera guerra mundial, pero con mucha mayor intensidad a raíz de ella, numerosos intelectuales en toda Europa dieron la espalda al siglo XIX y a sus ideales. Entre 1890 y 1914 se extendieron las dudas. Se debilitó la fe optimista en la técnica, la industria y la conquista del mundo. Detrás de todos los «progresos» se veían las facetas oscuras, el conflicto de clases y la cuestión social, la destrucción de la naturaleza y la explotación incontrolada de los recursos naturales, también las violaciones de los derechos humanos en el imperialismo colonial. Numerosos artistas, filósofos y escritores se replegaron, probaron una vida con formas antiburguesas, a veces inclinándose hacia sectas y mundos redentores, por ejemplo en ingenuas comunas con un estilo de vida vegetariano o en comunidades semiconventuales, pero también hacia círculos racistas con ideas socialdarwinistas.²⁸ El común de-

²⁶ W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3.^a ed., Berlin 1931, pág. 96. En sentido similar también R. Thoma, en *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. I, Tübingen 1930, pág. 198.

²⁷ Loc. cit., 97. Véase también F. Darmstaedter, *Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaats* (Heidelberger rechtswiss. Abh. 8), 1930; del mismo autor *Rechtsstaat oder Machtstaat*, Berlin 1932.

²⁸ C. Chr. Bry, *Verkappte Religionen. Kritik des kollektiven Wahns* (1924), ed. por Martin Gregor-Dellin, München 1979; K. Hutten, *Seher, Grübler, Enthusiasten*, 12.^a ed., Stuttgart 1982; U. Linse (ed.), *Zurück, o Mensch, zur Mutter Erde. Landkommunen in Deutsch-*

nominador de todos ellos era el rechazo al «progreso» y al «capitalismo», a la vanidad burguesa y al ansia de seguridad. Esto último afectó también al «Estado de Derecho»; pues la vida marginal que se proponía, alejada de los modos dominantes de producción y consumo y de espaldas a las expectativas del patriotismo y del Estado, implicaba también una renuncia a las promesas y la protección del Derecho.

Con la Primera Guerra Mundial y sus consecuencias en los años del hambre, junto con la hiperinflación que se produjo entre 1919 y 1923, no sólo se perdió la confianza en la capacidad de los procesos para dirigirse de modo autónomo mediante el libre juego de las fuerzas en presencia, sino que también se extendió progresivamente el desprecio hacia la democracia parlamentaria, con sus «peleas de partidos» y sus morosos procedimientos de decisión. La propia guerra había conducido ya a una dictadura militar de facto. Desde la izquierda y la derecha surgieron ahora esperanzas en un «Derecho común» que lograra concretar en formas jurídicas la superación de los conflictos de clases. Los «buenos viejos tiempos» parecieron acabados, había comenzado la época de las masas. Por todas partes resonaban las llamadas a la «autoridad» y el «liderazgo». El liberalismo parecía estar terminando y, con él, también los fundamentos del gobierno parlamentario, de la división de poderes, del control jurídico. En la nueva comunidad popular de inspiración izquierdista o derechista o en el «Estado corporativo» que algunos esperaban, el Derecho ya solo desempeñaba un papel secundario. Y cuanto más irresolubles parecían los problemas de las sociedades de posguerra, mayor resonancia encontraban las propuestas autoritarias.

Nada de esto es exclusivo de Alemania, sino que se presenta en toda Europa. La revolución de octubre en Rusia, la aparición del fascismo italiano, la dictadura española de Primo de Rivera, el surgimiento de otros muchos regímenes autoritarios o dictatoriales de menor alcance tienen en todo caso como rasgo común el hecho de poder ser concebidos como reacción antiliberal a la quiebra del mundo burgués, cuyo «ideal de seguridad» fue objeto de muy diversas críticas. A la vista de los numerosos problemas que surgieron de modo simultáneo, apenas suscitaban ya interés las garantías del Estado de Derecho. Las voces que advertían contra la renuncia al ideal del Estado de Derecho europeo se fueron apagando, convencían cada vez

land 1890-1933, München 1983; U. Linse, *Barfußige Propheten. Erlöser der zwanziger Jahre*, 1983.

a menos personas. Se buscaba el «acontecimiento salvífico», que no debía ser obstaculizado por reparos jurídicos.

La inseguridad que late en las palabras de Walter Jellinek del año 1931, conforme a las cuales el Estado de Derecho mantendría su posición «probablemente en el futuro inmediato», se hizo realidad de modo catastrófico muy poco tiempo después. La teoría y la praxis del nacionalsocialismo implicaron una ruptura de principio con los fundamentos culturales del Estado de Derecho. Se rechazó en su conjunto todo el patrimonio de ideas liberal, también la separación entre Estado y sociedad, la división de poderes, la tutela de los derechos del hombre y del ciudadano, la independencia de la justicia, la idea de una dogmática despolitizada y de una interpretación del Derecho vigente no predeterminada por el resultado pretendido. En pocos meses se había instalado una dictadura que encarcelaba a sus enemigos reales o supuestos, asesinaba deliberadamente a sus adversarios (junio de 1934),²⁹ pasaba progresivamente de sancionar el «hecho delictivo» a condenar al «delincuente», introducía tribunales especiales y pretendía orientar políticamente todo el sistema judicial, algo que logró en medida creciente según pasaba el tiempo.

Respondiendo a ello, se desarrolló entre 1933 y 1935 un pequeño debate sobre la posibilidad de seguir utilizando en tales circunstancias el concepto de «Estado de Derecho». Como se apreciaba que, en el extranjero, al concepto de Estado de Derecho se le añadía un signo de interrogación crítico para aplicarlo contra Alemania, unos proponían una completa renuncia a la expresión, otros rellenarla con nuevos contenidos «populares», algunos evidentemente desconcertados hablaron incluso del «Estado de Derecho de Adolf Hitler».³⁰ Pero pronto estuvo claro que la mayoría prefería evitar las embarazosas y peligrosas cuestiones vinculadas a ello y guardar silencio sobre el Estado de Derecho del nacionalsocialismo. Comenzó a evitarse la expresión. Un pequeño y popular diccionario jurídico de 1939 ya no contenía la entrada «Estado de Derecho».³¹

²⁹ [N. del T.: Se refiere a los asesinatos emprendidos a finales de ese mes para controlar y finalmente desactivar a las SA (Sturmabteilung), la milicia del partido nacionalsocialista dirigida hasta ese momento por Ernst Röhm].

³⁰ C. Schmitt, «Nationalsozialismus und Rechtsstaat», en *Juristische Wochenschrift* 63 (1934), págs. 713-718; del mismo autor «Was bedeutet der Streit um den Rechtsstaat?», en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 95 (1935), págs. 189-201. Para los detalles M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3 1914-1945, München 1999, págs. 330 ss.

³¹ E. Köst – G. Köst, *Juristisches Wörterbuch*, Leipzig 1939.

Esto resultaba también consecuente, ahora que, con el comienzo de la Segunda Guerra Mundial, el Estado de Derecho realmente se había derrumbado en centroeuropa. La tutela de los tribunales, especialmente de los administrativos, se redujo de forma drástica, se comenzó a asesinar en secreto a los enfermos mentales y a los incurables bajo la engañosa etiqueta de la «eutanasia». La exclusión de los ciudadanos judíos del mundo del Derecho, que había comenzado en 1933, alcanzó un nivel alarmante con el progromo de noviembre de 1938.³² Con el avance de los ejércitos desde septiembre de 1939 se extendía también el desprecio al Derecho frente a la población civil y especialmente frente a los judíos del este de Europa. A medida que se multiplicaban las especialidades, con los «Kommissarbefehle»^{*33} y otros plenos poderes similares, frecuentemente informales, se iba haciendo también cada vez más confusa la cooperación del ejército regular con las Waffen-SS (el cuerpo de combate de las SS —*Schutzstaffel*— durante la guerra) y la Gestapo (la policía política), así como con la maquinaria asesina que había sido puesta en pie desde la Conferencia de Wannsee para la «solución final de la cuestión judía». Las SS se convirtieron en un «Estado dentro del Estado», crearon un sistema de campos de concentración y levantaron campos de exterminio con una eficiencia en la matanza de inocentes que sobrepasa cualquier capacidad humana de imaginación. Aquí el «Estado de Derecho» ya no tenía nada que decir, aunque la publicación de normas legales y reglamentarias con la pretensión de orientar en alguna medida el aparato del Estado siguió produciéndose hasta marzo de 1945.

El esbozo de una idea europea del Estado de Derecho no puede realizarse sin tener en cuenta la particular historia alemana. Por causa de su específica situación constitucional a finales del siglo XVIII y de la cultura jurídica vinculada a ella, que enseguida recibió la decisiva influencia de Kant, Alemania había contribuido mucho a esa idea, incluso había dado lugar de modo indirecto al surgimiento de neologismos (*stato di diritto*, *état de droit*, *Estado de Derecho*, *rättsstat*).³⁴ Por supuesto que son inocultables las peculiaridades

³² R. Gross, *November 1938. Die Katastrophe vor der Katastrophe*, München 2013.

³³ [N. del T.: Se conocen como *Kommissarbefehl* (Instrucción sobre los comisarios) las «directivas para el tratamiento de los comisarios políticos» de 6 de junio de 1941, conforme a las cuales los comisarios políticos del Ejército Rojo no debían recibir el tratamiento de los prisioneros de guerra, sino que debían ser directamente ejecutados sin proceso alguno. Tales órdenes debían transmitirse oralmente, nunca por escrito.]

³⁴ Resumidamente U. Scheuner, «Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland», en *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen*

nacionales en las culturas jurídicas europeas, especialmente las inglesas, de las que a su vez se distinguen las de Escocia. Sin embargo, al menos hasta el hito que supuso la primera guerra mundial tales diferencias no eran tan grandes como para oscurecer los elementos comunes. Esto se pone de manifiesto por ejemplo en la serie de conferencias internacionales a partir de 1871 y en la cantidad de acuerdos entre Estados y de tratados internacionales que se firmaron hasta 1914. Destacan al respecto las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907, los Convenios de La Haya sobre el Derecho internacional privado de 1893, 1894, 1900 y 1904 y el Acuerdo de La Haya sobre procedimiento civil de 1896/1905, los diversos acuerdos contra el tráfico de niñas y de mujeres,³⁵ el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial de 1883, el Convenio de Berna sobre la protección de la propiedad artística y literaria de 1886, la Asociación internacional para la protección legal de los trabajadores de 1900 fundada en París y la International Labour Organisation (ILO) desde 1919, porque en su conjunto ponen de manifiesto hasta qué extremo Europa confiaba en la posibilidad de resolver las cuestiones del momento, económicas, técnicas y político-sociales, a través del «Derecho», creando las correspondientes instituciones.³⁶ Para el Derecho internacional, Martti Koskenniemi ha mostrado cómo la cooperación dentro de Europa y la expansión imperialista, condicionándose recíprocamente, llevaron a intensificar la juridificación del llamado «mundo civilizado». Al respecto, como muestra con el ejemplo de Georg Jellinek, el Estado de Derecho se convirtió en el concepto clave «domestic and international», para los ámbitos interno e internacional.³⁷ Los juristas europeos, en particular los especializados en el Derecho comparado y en el Derecho internacional, se creían realmente en el camino común hacia tiempos mejores y más seguros

des Deutschen Juristentages 1860 bis 1960, II, Karlsruhe 1960, págs. 229-262; para Suiza véanse F. Garzoni, *Die Rechtsstaatsidee im schweizerischen Staatsdenken des 19. Jahrhunderts*, Zürich 1952; A. Kley, *Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz*, Zürich/St. Gallen 2011, especialmente págs. 86 ss. con gran insistencia en los fundamentos de Derecho romano y canónico.

³⁵ Al respecto se publicará pronto S. Lauben, *Der weiße Markt*, tesis doctoral, Frankfurt 2013.

³⁶ Ejemplarmente M. Vec, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung*, Frankfurt 2006.

³⁷ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press 2001, págs. 198 ss.

gracias al Derecho. Ahora se conocían personalmente de muchas conferencias y reuniones, los diferentes idiomas no suponían dificultad alguna para comunicarse entre ellos y estaban dominados por la sensación optimista de que todos los problemas podrían resolverse de modo deliberativo colocando como base las convicciones comunes europeas acerca del Derecho.

V

El final de la segunda guerra mundial, en mayo de 1945, que supuso sin duda una cesura en la historia universal, condujo también a nuevos esfuerzos por reintroducir y asegurar el «Estado de Derecho» en los diferentes contextos nacionales y en el ámbito internacional. Esto no sólo era consecuencia de los crímenes contra la humanidad del nacionalsocialismo, sino también una respuesta a la amenaza que la Unión Soviética y el «bloque del Este» dominado por ella suponían para los Estados liberales de occidente. Estos Estados consideraban el «Estado de Derecho», de un lado, como parte inmanente de una constitución liberal-democrática, pero también, de otro, como un rasgo de identidad en el plano internacional. Por ello apareció el Estado de Derecho como parte necesaria del gran programa de derechos humanos que en ese momento pusieron en marcha las Naciones Unidas (ONU). La *Universal Declaration of Human Rights* de 10 de diciembre de 1948 fue apoyada por los 56 Estados que en ese momento eran miembros de la ONU.³⁸ Con ello se proseguía la orientación universalista de la Sociedad de Naciones ginebrina de 1919, que a su vez tomaba como referencia los orígenes americanos y franceses del movimiento constitucional de finales del siglo XVIII.

También en esta *Universal Declaration* desempeñan un papel central los postulados que orbitan en torno al «Estado de Derecho». Asegura, junto a los derechos básicos a la vida, la libertad y la seguridad de las personas (artículo 3), al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 6) y a la igualdad de todos ante la ley (artículo 7), también la garantía de una tutela judicial efectiva (artículo 8), precisamente «frente a actos que violen los derechos fundamentales protegidos por la Constitución o la ley». Ello comprende, siguiendo la antigua tradición europea, la garantía de que nadie sea «arbitrariamente detenido, preso o desterrado» (artículo 9). Tam-

³⁸ Hoy son 193 Estados. La Declaración fue solemnemente renovada una vez más en 2008.

bién, se continúa diciendo, «toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal» (artículo 10). Si se añaden la prohibición de retroactividad de las normas penales y la presunción de inocencia en el ámbito del proceso penal (artículo 11), la protección de la esfera privada y del honor (artículo 12), las garantías de la libertad de circulación, de salida y retorno al país (artículo 13), el derecho de asilo (artículo 14), el derecho a una nacionalidad (artículo 15), el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia y la protección de la familia (artículo 16), la protección de la propiedad (artículo 17), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18) y las libertades de opinión, expresión e información (artículo 19), entonces habremos reunido todos los elementos centrales. Son estándares a la vez europeos y universales de los que resulta la perspectiva de una forma de vida conforme a las exigencias de humanidad, democracia y libertad. Un elemento irrenunciable de esa visión es la vinculación de los órganos del Estado al Derecho, que no sólo tienen que respetar cuando actúan por sí mismos, sino que deben garantizar también para las relaciones en el ámbito interno de la sociedad. Porque hoy se reconoce que los derechos fundamentales no sólo garantizan la distancia entre Estado y ciudadanos, sino que deben vincular mediatamente también entre los miembros de la sociedad. Cuando en las relaciones humanas aparecen la opresión, la explotación o el poder, el Estado debe intervenir para generar las condiciones básicas de un orden libre y jurídicamente seguro; pues el «monopolio legítimo de la violencia» que pretende asumir le obliga a intervenir siempre que se ejerza una violencia ilegítima.

Este deber de protección del «Estado de Derecho» opera, debe ser subrayado, también en la tradición inglesa del *rule of law*. Es verdad que la fórmula del *rule of law*, que en cierto modo se corresponde con el «Estado de Derecho», solo con algunas cautelas puede ser contemplada como equivalente a él. Sirve también como abreviatura para la distinción procesal entre *question of fact* y *question of law*.³⁹ Pero, dado que los elementos esenciales de la declaración de derechos humanos de 1948 proceden justa-

³⁹ Steven H. Gifis, *Law Dictionary*, New York 1984, remite *rule of law* a *question of law* y no ofrece explicación alguna en el sentido del Estado de Derecho continental.

mente de la cultura jurídica anglo-americana, la perspectiva del desarrollo histórico no puede abrigar duda alguna acerca del anclaje fundamental de los mencionados elementos centrales en Inglaterra y en Norteamérica.

Los Estados occidentales europeos comenzaron desde 1945 con la reconstrucción del Estado de Derecho en el sentido de la *Universal Declaration of Human Rights*, por ejemplo retirando —como hizo Suiza— ciertas restricciones impuestas por la situación bélica,⁴⁰ reclutando cuando fue necesario nuevo personal en el ámbito judicial y depurando una vez más los principios fundamentales del Estado de Derecho. Los Estados del «bloque del Este» que simultáneamente se iba configurando no tomaron aún parte en ese proceso, tampoco podían hacerlo; porque habían caído contra su voluntad bajo el dominio de Stalin (Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, República Democrática de Alemania, Checoslovaquia, Hungría, Rumanía, Bulgaria). Tampoco entonces la España de Franco y el Portugal de Salazar podían ser contados aún entre los países libres. Pero resultaba evidente que al menos las clásicas democracias estaban decididas a avanzar por ese camino.

En Alemania Occidental, de cuyas tres zonas de ocupación (*Trizone*) surgió en 1949 la República Federal de Alemania con su nueva Constitución (Ley Fundamental o *Grundgesetz*, GG), el Estado de Derecho se acentuó de manera especial para destacar la diferencia con el nacionalsocialismo. El «Estado de Derecho» fue mencionado expresamente en el primer punto del artículo 28.1 GG, su contenido quedó fijado en el artículo 20.3 y, en conexión con el artículo 79.3, declarado como intangible. Esto supone en concreto: vinculación del legislador a la Constitución, vinculación de los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al Derecho. Como pilar esencial del Estado de Derecho se colocan ahora al frente de la Constitución los derechos fundamentales (artículos 1.3, 2 a 19, 101 a 104 GG), además de la división de poderes (artículo 20.2 GG) y la garantía de la tutela judicial frente a lesiones que sufra el particular «en sus derechos» (artículo 19.4 GG). Para brindar tal protección resultan competentes jueces independientes (artículo GG). La ciencia jurídica en las universidades y la jurisprudencia, ante todo la del Tribunal Constitucional Federal, han desarrollado a partir del imperativo del Estado de Derecho una serie de principios fundamentales adicionales, por ejemplo el mandato de protección de la confianza legítima, la prohibición de retroactividad de las cargas legalmente impuestas y la denominada

⁴⁰ Kley (cit. en n. 32), págs. 205 ss.

prohibición del exceso, que pretende limitar las necesarias intervenciones en las posiciones jurídicas individuales.⁴¹ Inicialmente resultó discutido si el «Estado de Derecho» comprendía también la idea del equilibrio social en cuanto elemento de la justicia o si debía ser entendido estrictamente como principio formal. La mayoría tendía a concebir el Estado de Derecho y el Estado social como compatibles entre sí, incluso como magnitudes interdependientes y, de ese modo, a dotar al Estado de Derecho también de un aspecto material.⁴² En realidad parece difícil denominar Estado de Derecho a un Estado que ofrece garantías formales de protección jurídica, pero que no brinda ayuda al necesitado para que pueda disfrutar de hecho de sus derechos. No obstante, fue quedando cada vez más claro en la discusión que entre Estado de Derecho y Estado social existe un antagonismo siempre que la redistribución social supone una intervención en el patrimonio de los *beati possidentes*. Redistribuciones que no impliquen intervención son a la postre sólo posibles, conforme a la experiencia, cuando se reparte el crecimiento material.⁴³

VI

Los procesos que las naciones emprendieron tras la Segunda Guerra Mundial para buscar su identidad, con la democracia y el Estado de Derecho como estrellas de referencia, encontraron una primera recapitulación de sus principios en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (CEDH).⁴⁴ En sus primeros dieciocho artículos recopilaba una vez más la tradición de los derechos humanos con la que, en referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948, se habían comprometido los Estados miembros del Consejo de Europa. En el Preámbulo se invoca ex-

⁴¹ A. Nussberger, «Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Strukturprinzip richterlichen Entscheidens in Europa», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Beilage I, 2013, págs. 36-44.

⁴² E. Schmidt-Aßmann, «Rechtsstaat», en J. Isensee-P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3.^a ed., Bd. II, Heidelberg 2004, § 26 (págs. 541 ss.).

⁴³ M. Stolleis, *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland*, Stuttgart 2003 (también publicado en inglés: *History of Social Law in Germany*, Heidelberg et al. 2013); del mismo autor *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 4, München 2012, págs. 211 ss., con más referencias.

⁴⁴ A. Nussberger, «Europäische Menschenrechtskonvention», en J. Isensee- P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3.^a ed., X, Heidelberg 2012, págs. 135-171.

presamente el «patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y a la preeminencia del Derecho» (*Rechtsstaatlichkeit* en la versión alemana, *rule of law* en la inglesa). A esa preeminencia del Derecho se dedican luego en especial los artículos 6 y 7, que consagran las garantías de un proceso justo ante los tribunales y el principio *nulla poena sine lege*. En la segunda parte del CEDH se constituye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. «Las resoluciones de este Tribunal», dice Eberhard Schmidt-Aßmann, «en especial acerca de la garantía de la tutela judicial del artículo 6.1 CEDH, han ampliado el desarrollo ante todo del aspecto procesal del principio del Estado de Derecho».⁴⁵ El alto rango que entretanto ha conquistado la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha contribuido esencialmente a que los estándares del Estado de Derecho europeo hayan trascendido del plano de los ideales hasta la praxis. Los derechos humanos y las libertades fundamentales constituyen hoy «el núcleo duro de elementos jurídico-subjetivos del Estado de Derecho, en los que se ha conseguido uniformidad hasta el detalle».⁴⁶

El CEDH de 1950 no solo formula en un importante documento de partida las esperanzas ideales de un mundo más justo acuñadas en las convulsiones de la guerra mundial. Se convirtió también, tras el final de los regímenes de Salazar en Portugal y de Franco en España, así como tras el final de la guerra fría y el desmoronamiento del imperio soviético en Europa del Este, en pasaporte para emprender un nuevo camino. En 1976, la nueva Constitución portuguesa prometió ya en el Preámbulo asegurar la primacía del Estado de Derecho. Desde 1982 declara en el artículo 2 que «la República de Portugal es un Estado de Derecho (*estado de direito*) democrático basado en la soberanía popular». En el artículo 9 se dice que «son tareas fundamentales del Estado... b) garantizar los derechos y libertades fundamentales y el respeto a los principios del Estado de Derecho democrático». La Constitución española de 1978 también manifiesta en el Preámbulo la voluntad de «consolidar un Estado de Derecho» y comienza en el artículo 1: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho».

Este modelo postdictatorial se muestra también en Europa del Este a partir de 1991. La Constitución checa de 1992 se identifica en su Preámbulo con los «principios consolidados del Estado de Derecho», declara que la

⁴⁵ E. Schmidt-Aßmann, «Der Rechtsstaat», cit., pág. 604.

⁴⁶ Schmidt-Aßmann, loc. cit.

República checa es «un Estado de Derecho democrático, unitario y soberano basado en el respeto a los derechos y libertades del hombre y del ciudadano» (artículo 1) y confirma en el artículo 9.2: «No es posible una reforma de los elementos esenciales del Estado democrático de Derecho». También la Constitución de la República eslovaca de 1992 comienza señalando: «La República eslovaca es un Estado democrático de Derecho soberano» (artículo 1), cuyos jueces constitucionales prometen «defender los principios del Estado de Derecho» (artículo 134). En el Preámbulo de la Constitución de la República de Bulgaria, del año 1991, los diputados proclaman su «decisión de crear un Estado democrático y social de Derecho», y en consecuencia se dice que «la República de Bulgaria es un Estado de Derecho. Se gobierna de conformidad con la Constitución y las leyes del país» (artículo 4/1). En fin, la Constitución de Rumanía de 1991: «El Estado rumano es un Estado social y democrático de Derecho, en el que la dignidad humana, los derechos y libertades de los ciudadanos, el libre desarrollo de la personalidad humana, la justicia y el pluralismo político representan los valores superiores y están garantizados». Los partidos que actúen contra el Estado de Derecho «son inconstitucionales» (artículo 37).

Es muy evidente que esos textos elaborados en 1991 y 1992 tienen una génesis común. Su misma uniformidad muestra que, pese a todas las divergencias en las cuestiones singulares, el modelo europeo no estaba en cuestión. En todas partes se invoca la consonancia entre derechos fundamentales, Estado social, democracia y Estado de Derecho. En todas se reconoce una conexión directa entre Estado de Derecho y libertades fundamentales. Las libertades fundamentales garantizan el Estado de Derecho y éste asegura, por su parte, las libertades. Esta construcción de garantías que se apoyan recíprocamente descansa sobre los fundamentos de la democracia y de la soberanía popular que legitima el conjunto. Hasta aquí llega, en definitiva, el modelo orientador.⁴⁷

La realidad ha ido siguiendo lentamente su estela en las dos décadas transcurridas desde entonces. Atendiendo a los 50.000 recursos anuales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo procesamiento estadístico puede consultarse en internet, las demandas procedentes de Europa del Este se sitúan en cabeza. En el 58% de los casos se invocan las garantías

⁴⁷ K.- P. Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen 1997, págs. 205 ss.

del proceso equitativo y las dilaciones procesales, en un 11% la lesión de los derechos a la vida y a la salud, las torturas y los tratos inhumanos o degradantes.

El rango que ha alcanzado en Europa el principio del Estado de Derecho no supone, por supuesto, que la realidad jurídica se ajuste a los estándares normativos en todos los Estados integrados en el Consejo de Europa. Nadie será tan ingenuo como para aceptarlo. La propia avalancha de procesos en Estrasburgo ofrece un mensaje claro. Pero los estándares del Estado de Derecho son reconocidos. El Tribunal de Estrasburgo los convierte paso a paso en resoluciones vinculantes.⁴⁸ Quienes en todos los países de Europa buscan el amparo del Derecho sin encontrar ayuda en sus jurisdicciones nacionales encuentran allí al menos un Tribunal independiente que los escucha y les brinda reconocimiento jurídico en la medida en que se lo permiten sus medios; porque no dispone de un aparato de ejecución capaz de penetrar las fronteras de los Estados.⁴⁹ Una *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (*Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, EuGRZ) acompaña también desde 1974 este proceso de formación de estándares del Estado de Derecho.

«En resumen», concluye Schmidt-Aßmann, «hoy puede hablarse de un acervo fundamental común europeo, que junto a los elementos mencionados comprende también las ideas jurídicas de la proporcionalidad y de la tutela de la confianza legítima».⁵⁰ Este patrimonio no es rígido, sino que también incorpora modalidades especiales, por ejemplo en Francia y en Inglaterra, pues ambos países, aunque de nuevo en formas muy diferentes, atribuyen un peso mayor a la legitimidad de la ley parlamentaria que al control de su constitucionalidad. «Mas, en su conjunto, se ha formado un marco jurídico para la idea del Estado de Derecho en cuyo interior pueden ser abordados todos estos problemas y comparados los resultados que ofrecen las diferentes respuestas nacionales».⁵¹

El Tratado europeo de Maastricht de 1992 confirma este diagnóstico. En su artículo 6.1 funda la Unión Europea sobre «los principios de libertad,

⁴⁸ A. Nussberger, «The Concept of «Jurisdiction» in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Current Legal Problems*, vol. 65 (2012), págs. 241-268.

⁴⁹ A. Nussberger, «Auf der Suche nach einem europäischen Konsens – Zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte», en *Rechtswissenschaft* 2012, Nr. 2, págs. 197-211.

⁵⁰ Schmidt-Aßmann, op. cit., pág. 603.

⁵¹ Schmidt-Aßmann, op. cit., págs. 603 s.

democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros». Esto muestra que con el postulado del Estado de Derecho se ha alcanzado sobradamente el nivel de un *ius commune publicum* europeo, un Derecho común formado a través de los siglos y asumido como convicción fundamental por los pueblos de Europa con tanta intensidad que una Constitución europea apenas podría renunciar a apelar de forma solemne al «Estado de Derecho». La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 18 de diciembre del año 2000, que debe ser entendida como la sección adjunta al Tratado de la Unión consagrada a los derechos fundamentales, cita en su Preámbulo «los principios de la democracia y el Estado de Derecho», así como las «tradiciones constitucionales comunes», y sigue con los derechos fundamentales clásicos (artículos 1 a 26, 27 a 46) y los derechos procesales que desempeñan un papel central para el Estado de Derecho (artículos 47 a 50).

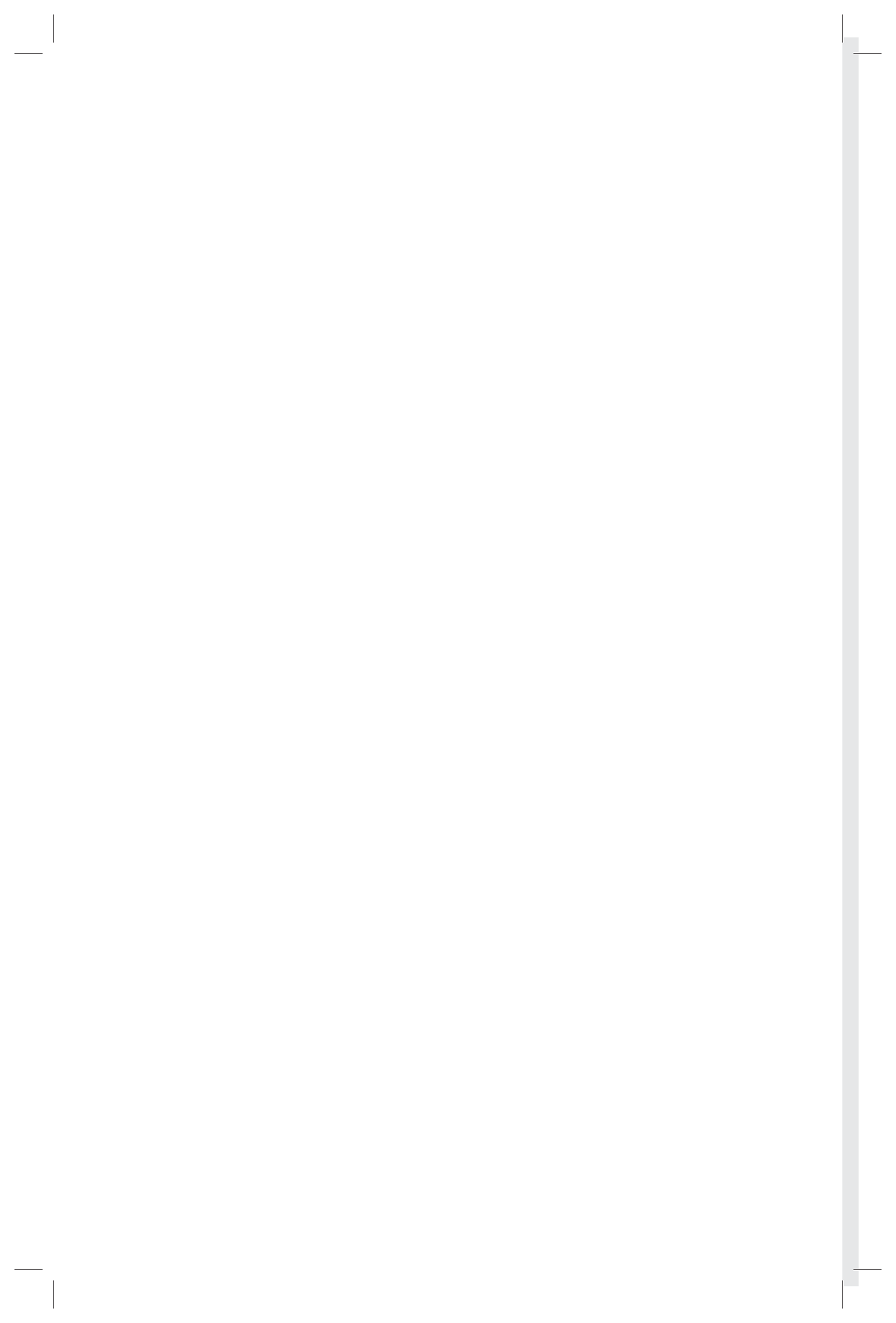
Como resultado cabe decir: sin duda existe en Europa una *longe durée* de la idea conforme a la cual los señores, las autoridades, los Estados, deben someterse al «Derecho» en todo lo que hagan. Por «Derecho» puede entenderse aquí tanto el Derecho transpositivo (Derecho divino, Derecho natural) como el positivo (*leges fundamentales*, Derecho constitucional, Derecho legal y reglamentario, Derecho consuetudinario). Las personas, dice el mensaje común de este pensamiento articulado una y otra vez, no deben padecer bajo la arbitrariedad, la corrupción o la violencia. Deben ser oídas y recibir «su» derecho en un proceso justo. Debe imperar la igualdad, sea «entre iguales» en la sociedad estamental, sea para todos en las sociedades democráticas, igualdad «ante la ley». ⁵² En este sentido debe tratarse de un *government of law, not of men*, debe imperar el Derecho (*rule of law*) y el Estado en su conjunto ha de ser un «Estado de Derecho», una expresión que hoy se ha extendido a casi todas las lenguas europeas.

Inseparables de la idea europea del Estado de Derecho son las garantías de las libertades fundamentales, que partiendo de la historia constitucional inglesa y de los movimientos constitucionales americano y francés del siglo XVIII, fueron proclamadas en cada vez más constituciones europeas. Con la formación de nuevos Estados nacionales en los siglos XIX y XX en todo el

⁵² M. Stolleis, «Historische und ideengeschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes», en R. Wolfrum (ed.), *Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz*, Heidelberg 2003, págs. 7-22.

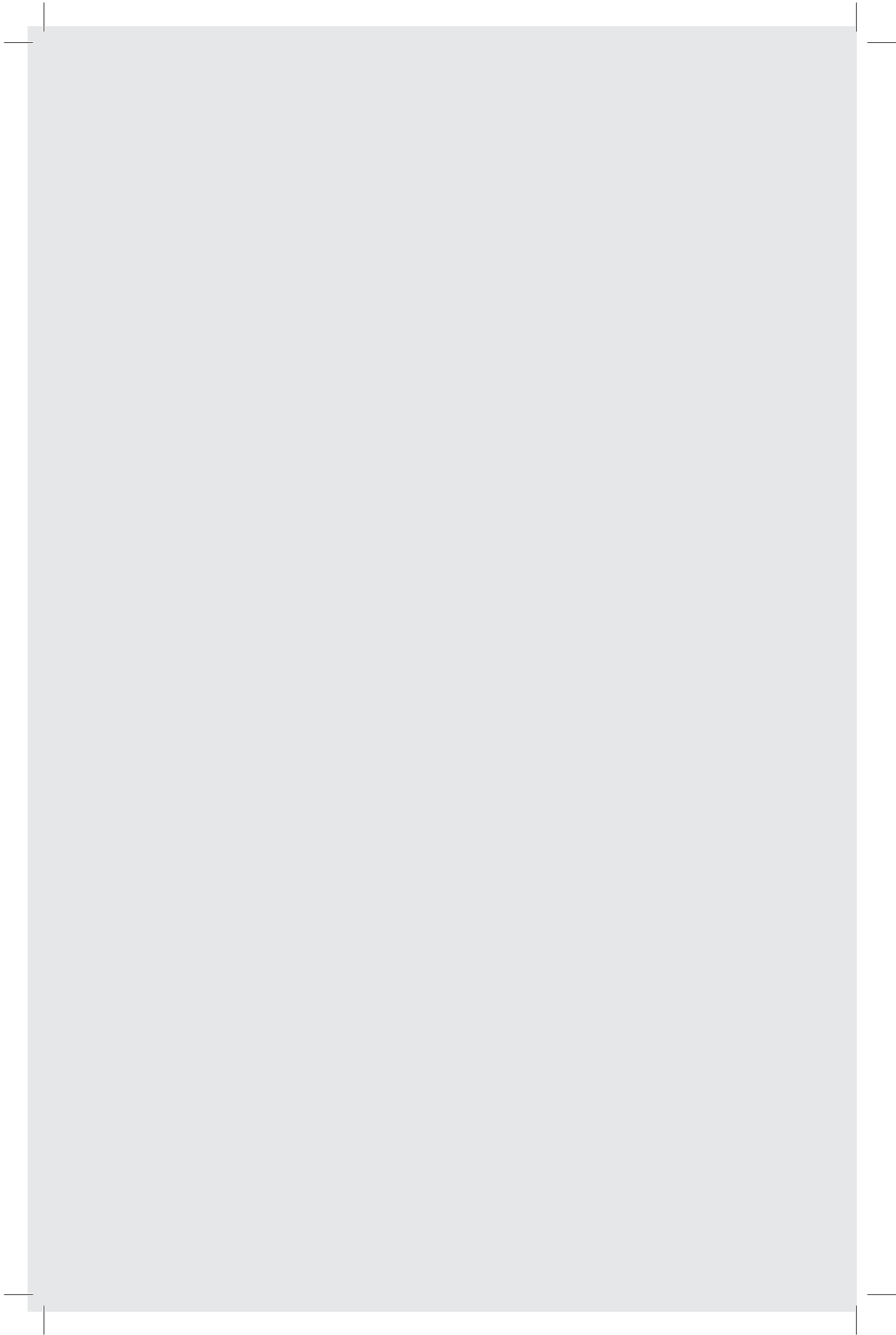
mundo, los catálogos de libertades fundamentales pasaron a integrarse en el patrimonio cultural de la humanidad, fueron proclamadas solemnemente por las Naciones Unidas en 1948 y podría decirse que a través del Convenio Europeo de Derechos Humanos retornaron de nuevo a Europa. Su aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo conforma un capítulo propio, aunque también esforzado, de la concretización del Estado de Derecho.

El Estado de Derecho como «idea» permanece a irreductible distancia de la realidad política de los Estados. Esa realidad de las administraciones, los tribunales y las prisiones no garantiza ciertamente «justicia», sino, en el mejor de los casos, «Estado de Derecho», que naturalmente puede mostrar en la práctica todas sus debilidades, pero que en cualquier caso resulta preferible a la ausencia del Derecho empaquetada en frases altisonantes. Perseguir el Estado de Derecho es por tanto más realista y más adecuado a las fragilidades de la naturaleza humana, dado que, frente a lo que ocurre con la inalcanzable «justicia», puede ser puesto en práctica aquí y ahora. Su fortaleza esencial radica en su ancaje histórico en la cultura europea. No es un fantasma, sino una idea realista.



DEBATES SOBRE LA METODOLOGÍA DEL
DERECHO PÚBLICO CON LA PERSPECTIVA DE LA
MULTICULTURALIDAD Y LA GLOBALIZACIÓN

Ignacio Gutiérrez Gutiérrez



La célebre «disputa sobre el método», que enfrentó a los más ilustres iuspublicistas de la República de Weimar, quedó apaciguada bajo la Ley Fundamental de Bonn y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe (I). Pero los debates en torno a los fundamentos del Derecho público se han reavivado en Alemania en las últimas décadas, hasta el extremo de alcanzar un cierto grado de institucionalización (II). Las nuevas propuestas responden, de modo ciertamente diferenciado, a los retos que cabe condensar apelando a la «globalización» y a la «multiculturalidad»; bajo su presión tiende a desintegrarse en pretensiones dispersas el gran proyecto constitucional del Estado social y democrático de Derecho, pero también en tal contexto se desarrollan múltiples procesos de juridificación e incluso de constitucionalización que trascienden el marco de los Estados. Ante tal panorama de elementos jurídico-constitucionales fragmentarios y asincrónicos, aquí se sugiere, con las debidas cautelas, que sean los conflictivos económicos, sociales, culturales y políticos, considerados desde la instancia crítica de los clásicos postulados ilustrados y emancipatorios, quienes determinen en cada caso la posible funcionalidad del Derecho (III).

I

La discusión sobre los métodos del Derecho público nos conduce, de modo casi inevitable, hasta Alemania. Desde los orígenes del constitucionalismo, no sólo los filósofos más preocupados por la cuestión del método, Kant o Hegel, abordan con detalle la inserción del Derecho en sus sistemas de pensamiento; también los juristas alemanes mantienen despierta la atención hacia los presupuestos metodológicos de la propia ciencia. Ello se concreta en el ámbito del Derecho público cuando Laband pone en pie,

sobre las bases metodológicas sentadas por von Gerber, la construcción dogmática que se ha considerado el «acta fundacional del Derecho público moderno» como ciencia.¹ Se trataba en aquel momento de conceptualizar la función legislativa en el contexto de un orden constitucional en formación: un tema que, en términos ciertamente diferentes, pero también entonces en una situación política convulsa y a partir de distintos entendimientos del sentido del Derecho, ya había centrado en 1814 la fundamental disputa sobre la codificación civil entre Thibaut y Savigny. Un siglo después de esta controversia estallaba la Gran Guerra, que supondría el final del II Imperio; en la inmediata República de Weimar, erigida sobre bases constitucionales totalmente nuevas y que nunca logró estabilizarse, la doctrina habría de plantearse una vez más cuál era el método adecuado para comprender eficazmente el quebradizo orden constitucional.

La célebre *disputa sobre el método* de los años de la República de Weimar resultó decisiva en la institucionalización de la disciplina. Recién fundada la Asociación de profesores alemanes de Derecho del Estado, la célebre *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, como foro privilegiado para el debate científico, la cuestión del método bien puede seguirse, como hace Michael Stolleis, a partir de las actas de sus Jornadas, en especial de las organizadas en Münster (1926), Múnich (1927), Viena (1928) y, por último, en Halle (1931);² ya no habría más sesiones hasta después de la segunda guerra mundial. En 1949 se refunda la *Vereinigung* en buena medida en continuidad con la época precedente;³ la reordenación de los grupos académicos en las primeras décadas gira también en torno a figuras ya consagradas en la República de Weimar, especialmente Rudolf Smend y Carl Schmitt, cuya capacidad de seducción genera una imagen plausible del campo de fuerzas que polariza metodológicamente el desarrollo del Derecho público alemán en aquellos primeros tiempos de la República de

¹ Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona: Ariel, 1987, pág. 168.

² Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. III (Weimarer Republik und Nationalsozialismus)*, München: C.H. Beck, 1999, págs. 186 ss., ahora resumido, junto con los otros tres volúmenes que componen su tratado, en el magistral compendio *Öffentliches Recht in Deutschland. Eine Einführung in seine Geschichte (16.-21. Jahrhundert)*, C.H. Beck, 2014, págs. 95 ss. para este tema.

³ Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. IV (Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945-1990)*, München: C.H. Beck, 2012, págs. 82 ss.

Bonn.⁴ Tal continuidad resulta sin duda significativa, teniendo en cuenta la intensidad del trauma colectivo que supuso el régimen nacionalsocialista, pero quizá no del todo sorprendente; simplemente, los papeles protagonistas corresponden ahora a la joven generación formada en el contexto fundacional de la *Vereinigung* (Ernst Forsthoff, Hans-Peter Ipsen, Ulrich Scheuner, Gerhard Leibholz), aunque pronto se suman a ella las generaciones inmediatas (Konrad Hesse, Günther Dürig, Ernst-Wolfgang Böckenförde...).

No puede decirse, sin embargo, que el debate metodológico haya sido en esta ocasión un fenómeno más o menos superficial, mediante el cual unos cuantos teóricos de gran porte daban brillo al consistente trabajo dogmático de la mayoría de la academia, pero sin lograr que ello calara en las capas profundas del Derecho y determinara su sentido. Como señaló Konrad Hesse,⁵ la controversia adquiere una importancia práctica decisiva en las nuevas circunstancias de la República Federal desde el momento en que una de las posiciones en juego se convierte en factor determinante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Hay que tener en cuenta la posición que la Ley Fundamental de Bonn le atribuye en el ordenamiento constitucional y la actividad que le lleva a consolidarse en ella;⁶ las opciones del Tribunal determinarán en consecuencia la interpretación y aplicación de la Constitución, situada en la cúspide del ordenamiento jurídico, y de todo éste, que de acuerdo con dicha jurisprudencia recibe de ella impulsos y directrices fundamentales.

⁴ Frieder Günther, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970*, München: R. Oldenbourg, 2004.

⁵ Konrad Hesse, «Contribución de la doctrina y la jurisprudencia constitucional a la reconstrucción del Estado de Derecho y de la cultura en Alemania», en Jorge Alguacil González-Aurioles e Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (eds.), *Constitución: norma y realidad. Teoría constitucional para Antonio López Pina*, Madrid: Marcial Pons, 2014 (en prensa). Se trata de una conferencia, inédita hasta ahora, pronunciada en 1988 en el marco de unas Jornadas concebidas en Madrid por Antonio López-Pina precisamente como homenaje de los juristas españoles (Eliás Díaz, Luis Díez-Picazo, Gregorio Peces-Barba, Francisco Rubio Llorente, Landelino Lavilla, Perfecto Andrés Ibáñez...) a Konrad Hesse con motivo del término de su mandato en el Tribunal Constitucional alemán y de su jubilación en la Universidad de Friburgo. Frustrada entonces la publicación del volumen colectivo que recogía las ponencias, para el que Konrad Hesse había autorizado la publicación de su texto, éste ha vuelto a aparecer a tiempo de ser incluido, con el consentimiento de su viuda, en el citado libro-homenaje a Antonio López Pina.

⁶ Cfr. Uwe Volkmann, «Der Aufstieg der Verfassung. Beobachtungen zum grundlegenden Wandel des Verfassungsbegriffs», en Thomas Vesting y Stefan Koriath, *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, págs. 23 ss.

En este sentido puede interpretarse la trayectoria que traza Oliver Lepsius para describir la influencia ejercida por el programa científico dominante en la época de Weimar sobre la doctrina posterior del Derecho público.⁷ Las iniciales continuidades supusieron no una mera prosecución de antiguos debates metodológicos en un nuevo contexto, sino que se resolvieron en una imbricación con la práctica jurídica que no había podido lograrse con anterioridad. Ahora sí que era verdad que los problemas jurídicos se abordaban y resolvían, en la realidad viva del Derecho, de conformidad con posiciones metodológicas determinadas. La del Tribunal Constitucional, ya inequívoca desde finales de los años cincuenta, cuando su jurisprudencia valorativa amplía la protección del libre desarrollo de la personalidad (caso *Elfes*, 1957) y proyecta las libertades constitucionales sobre las relaciones entre particulares (caso *Lüth*, 1958), zanja para los cultivadores del Derecho positivo el gran debate. Por eso los estudios jurídicos pueden emprenderse en adelante sin necesidad de poner en cuestión unos presupuestos que se consideran asentados; sin que ello, por supuesto, suspenda las diferencias de «estilo».⁸ Desde ese momento, en cualquier caso, las cuestiones de método pueden convertirse en objeto de tratamiento separado, como si fuera un ámbito de conocimiento autónomo y en cierta medida marginal. Y ello ocurre en un doble sentido.

De un lado, algunos autores, sin perjuicio de participar mediante sus escritos en el procesamiento dogmático del Derecho, mantienen enhiesta la enseña de sus propias concepciones fundamentales, a veces mediante la denuncia pública del abandono de las grandes cuestiones de método que ellos desearían revitalizar. El reproche se dirige combinadamente hacia una jurisprudencia constitucional que habría hurtado el debate científico y hacia una doctrina que se limitaría a seguirla. Tal es el sentido de la crítica que, pasando de Schmitt y Forsthoff a Böckenförde, termina encontrando una formulación que se ha hecho célebre en la caracterización que su discípulo Bernhard Schlink hace del llamado «positivismo jurisprudencial», no siempre bien comprendida.⁹ A juicio de Schlink, la argumentación valorativa

⁷ Oliver Lepsius, «El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del Derecho político de la República Federal», *Historia Constitucional (revista electrónica)* n° 9 (2008), <<http://hc.rediris.es/09/articulos/pdf/14.pdf>>.

⁸ Cfr. el sutil texto de Peter Lerche, «Stil, Methode, Ansicht. Polemische Bemerkungen zum Methodenproblem», recogido en Manfred Friedrich (ed.), *Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, págs. 191 ss.

⁹ Bernhard Schlink, «Die Enthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit», *Der Staat* 28 (1989), págs. 161 ss. Cfr. también Matthias Jestaedt,

del Tribunal Constitucional, no positivista, habría animado a la doctrina a mantener la senda de un antipositivismo metodológicamente libérrimo; como único recurso para no disolver tal argumentación en arbitrariedad se habría impuesto el cultivo de un *positivismo del Tribunal Constitucional*, consistente en el seguimiento acrítico de sus decisiones valorativas. Estamos, pues, ante una paradoja: el llamado *positivismo jurisprudencial* habría sido el precio pagado por la doctrina mayoritaria a cambio del abandono de la rigurosa dogmática tradicional de raíz positivista.

En segundo término, el problema del método se desplaza desde el plano de la descripción científica del Derecho hacia el de su aplicación práctica: dejando a un lado la disputa por la correcta comprensión del Derecho público, se progresa en el refinamiento de los procedimientos que permiten atribuir sentido y eficacia a las normas constitucionales. Pero también el desarrollo de esta metodología concreta ha terminado convirtiéndose en un metalenguaje especializado, sólo ocasionalmente acogido por los estudios específicos sobre cuestiones jurídicas debatidas en la práctica. Quizá no resulte casual que Friedrich Müller, el autor que más fructífero empeño ha puesto en la depuración de los métodos de trabajo de la jurisprudencia constitucional y que orienta expresamente sus contribuciones hacia la práctica del Derecho, reconozca que la metodología jurídica se ha convertido en una especialidad autónoma y se mantenga en buena medida alejado de la vida académica.¹⁰

Ahora se trata de saber si, tras la larga etapa de estabilidad en los fundamentos del Derecho público a la que nos hemos referido, se está produciendo, como anunciaba Oliver Lepsius, cierto redescubrimiento del programa de Weimar; de saber si las nuevas circunstancias económicas, sociales y políticas que sintetizamos en las palabras «multiculturalidad» y «globalización» han generado la necesidad de colocar en el primer plano de los estudios de Derecho público, como ocurrió en otros momentos críticos antes mencionados, la cuestión del método.

«Verfassungsgerichtspositivismus», en Otto Depenheuer *et alii* (ed.), *Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee*, Berlín: Duncker & Humblot, 2002, págs. 183 ss., en España Pedro de Vega, «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 1 (1998), págs. 65 ss.

¹⁰ Friedrich Müller y Ralph Christensen, *Juristische Methodik. Bd. I. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, Berlín: Duncker & Humblot, 10.ª ed de 2009, págs. 5 ss. para el prólogo a dicha edición firmado por el primero de los autores.

II

1. La iuspublicística consolidada al amparo de la Ley Fundamental y de la jurisprudencia constitucional fue objeto de una primera impugnación de principio, basada en planteamientos condicionados por opciones metodológicas alternativas, cuando algunas posiciones clásicas de estirpe schmittiana se condensaron en el monumental *Handbuch des Staatsrechts* dirigido por Josef Isensee y Paul Kirchhof; ambos autores, que se reservan los capítulos centrales del tratado, se proponen la recuperación del Estado como categoría central; las tareas y los fines del Estado, el bien común y el derecho de necesidad se colocan por delante o por encima de la Constitución.¹¹ Sin embargo, el propósito declarado de la primera edición, que comienza a ver la luz en 1987, va desdibujándose con el tiempo, significativamente con la inclusión del capítulo de Dieter Grimm sobre el concepto de Constitución en la tercera edición del primer volumen, en 2003,¹² y con la simultánea diversificación del elenco de colaboradores. La tendencia doctrinal se mantiene viva, como pone de manifiesto la veintena de conferencias incluidas hasta ahora en la serie de los *Schönburger Gespräche zu Recht und Staat*, publicados desde el mismo año 2003 por Otto Depenheuer y Christoph Grabenwarter en Paderborn (Schöningh Verlag); pero su propio formato, tan cuidado como modesto, ofrece una ajustada impresión sobre las limitadas perspectivas actuales de dicho proyecto científico. Lo cual no significa, naturalmente, que por ejemplo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán vaya a distanciarse en un tiempo inmediato de las tesis que ha venido manteniendo sobre la naturaleza y los límites de la integración europea, que condensó el mismo Paul Kirchhof en la sentencia sobre el Tratado de Maastricht de la que fue ponente y que han seguido desarrollándose en resoluciones posteriores sobre el Tratado de Lisboa, sobre la barrera electoral en las elecciones al Parlamento Europeo o, muy recientemente (18 de marzo de 2014), sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE); está por ver si la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional alemán ante el Tribunal de Luxemburgo el

¹¹ Cfr. Helmut Schulze-Fielitz, «Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahre Grundgesetz – in der Beleuchtung des Handbuchs des Staatsrechts», *Die Verwaltung* 1999, págs. 241 ss. En España, Antonio López Pina, «De la idealización del Estado», *Saber/Leer*, n.º 36 (Madrid: Fundación Juan March, 1990).

¹² Dieter Grimm, «Ursprung und Wandel der Verfassung», en J. Isensee, P. Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. I, 3.ª ed., 2003.

7 de febrero de 2014 va a abrir la puerta a modulaciones significativas en esta jurisprudencia.

Vinculada a esta última cuestión surge también la pregunta acerca de la naturaleza constitucional del Derecho europeo, que trasciende la dicotomía entre Constitución (del Estado) y Estado (constitucional) como ejes del Derecho público y pone en cuestión que el mismo pueda continuar articulándose en torno a *la Constitución del Estado*. Desde luego, la integración europea tiene efectos sobre el Estado y sobre su orden constitucional; pero ello pudo tratarse inicialmente desde las perspectivas ordinarias del Derecho público interno y del Derecho internacional. Con los progresos en la integración que arrancan del Acta Única Europea y desde luego con el Tratado de Maastricht comienza a plantearse ya si la Unión Europea, por su parte, es, puede o debe ser un poder político en alguna medida análogo al del Estado; de saber si dispone, puede o debe disponer de una Constitución.¹³ Para las perspectivas clásicas, que vinculan Estado y Constitución en términos inescindibles, la respuesta teórica resulta sencilla; pero los problemas prácticos, tanto jurídicos como políticos, quedan entonces abiertos. Ni la Constitución estatal ni el Tribunal Constitucional pueden en realidad mantenerse ajenos a los retos que se les plantean desde Europa. La doctrina también está obligada a procesar los cambios correspondientes; y podría hablarse de una institucionalización del debate cuando, a partir de la propuesta presentada en 1997 por Ingolf Pernice y de la reunión preparatoria de 1998, se crea en el ámbito de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho del Estado un círculo específico de trabajo que, bajo la rúbrica «Europäisches Verfassungsrechts» (Derecho constitucional europeo), se reúne en la mañana previa a la Asamblea de la *Vereinigung* que cada año da comienzo a sus Jornadas.¹⁴

No menos profunda es la conmoción que surge de las propuestas de reforma en el ámbito específico del Derecho administrativo, cuya vitalidad

¹³ Un resumen del debate alemán, con referencia también a las principales posiciones de la doctrina española, en Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, «De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional», en Anne Peters, Mariano J. Aznar, Ignacio Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, págs. 54 a 81.

¹⁴ Cfr. Hartmut Bauer, «Entstehung und Entwicklung der Societas Iuris Publici Europaei – Zugleich ein Beitrag zur Europäischen Wissenschaft vom Öffentlichen Recht», en Rainer Grote, Ines Härtel, Karl-E. Hain, Thorsten I. Schmidt, Thomas Schmitz, Gunnar F. Schuppert y Christian Winterhoff (eds.), *Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen: Mohr-Siebeck, 2007, págs. 489 ss.

se prolonga ya desde hace décadas bajo el impulso decisivo de Wolfgang Hoffmann-Riem. Una primera recepción en España, a través de la obra de Luciano Parejo *Crisis y renovación del Derecho público*,¹⁵ fue aquí sofocada por el procedimiento de desplazar el centro del debate hacia las posibilidades y los límites del control judicial de la discrecionalidad administrativa; veinte años después se ha traducido al castellano una exposición programática de las posiciones renovadoras, ejemplar por su rigor y sistematicidad, a cargo de Eberhard Schmidt-Assmann.¹⁶ Entretanto, y tras varios libros colectivos incluidos en la serie *Escritos sobre la reforma del Derecho administrativo (Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts)* de la editorial Nomos, dirigida por los dos autores alemanes citados, la nueva tendencia se ha consolidado en Alemania mediante los monumentales *Fundamentos de Derecho administrativo* en tres volúmenes editados desde 2006 bajo la dirección de Hoffmann-Riem, Schmidt-Assmann y el mucho más joven Andreas Voßkuhle, actual presidente del Tribunal Constitucional alemán.¹⁷ Se pretende con todo ello hacer justicia a los procesos cada vez más diferenciados de privatización y desregulación, siempre acompañados de las correspondientes tareas públicas de garantía y control; a una aceleración de los procedimientos que va acompañada, sin embargo, de su prolongación en el tiempo y de una creciente variedad en los instrumentos y sujetos de participación; a una mayor complejidad de las relaciones del Derecho con los volátiles conocimientos y contenidos económicos, técnicos y científicos implicados en las decisiones administrativas. El reto consiste en pasar desde un Derecho administrativo centrado en la tutela de los intereses del ciudadano frente a la actuación administrativa concreta hacia otro concebido al servicio de la dirección de los procesos sociales atendiendo a muy diversos

¹⁵ Luciano Parejo Alfonso, *Crisis y renovación en el Derecho público*, Madrid: CEC, 1991; también Miguel Sánchez Morón, *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*, Madrid: Instituto de España-Espasa Calpe, 1991.

¹⁶ Eberhard Schmidt-Assmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid: INAP-Marcial Pons, 2003, con «Prólogo» de Antonio López Pina y «Presentación de la traducción» de Javier Barnés Vázquez. Cfr. asimismo Javier Barnés Vázquez (coord.), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Sevilla: Derecho Global, 2006, que recoge dos extensos trabajos de Schmidt-Assmann y otras contribuciones de Luciano Parejo, Rainer Pitschas y el propio coordinador de la obra.

¹⁷ Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Assmann, Andreas Voßkuhle (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, München, C.H.Beck, Tomo I 2006 (2.ª ed. 2012), tomo II 2008 (2.ª ed. 2012), tomo III 2009 (2.ª ed. 2013), unas 4700 páginas en total escritas por una cincuentena de autores.

finés públicos, que van desde la protección del medio ambiente hasta la promoción del desarrollo científico; en diseñar un Derecho administrativo que al efecto ofrezca al legislador el arsenal de recursos idóneos para una acción eficiente y eficaz, reaccionando así a los cambios transcendentales que han tenido lugar en la gestión de las tareas públicas.¹⁸

2. Este último desarrollo parece orientar la ciencia del Derecho administrativo hacia el estudio de alternativas de política legislativa basado en investigaciones interdisciplinarias (el Derecho se complementa así con la economía, la sociología o la ecología), cuando hasta ahora dominaba la elaboración dogmática de formas e institutos jurídicos susceptible de servir como criterio de control judicial. Pero, naturalmente, ello presupone una nueva comprensión del lugar que ocupa el Derecho en el ámbito de los sistemas sociales; un lugar que, como han puesto de manifiesto los debates anteriormente señalados, ya no puede identificarse ni desde la subjetividad del Estado, ni desde la supremacía de la Constitución estatal.

La relativa desubicación de la ciencia jurídica es respondida, de un lado, no ya mediante una nueva teoría del Derecho, sino más precisamente a través de una variada oferta de teorías que concurren a la hora de buscarle sentido. Esas «nuevas teorías del Derecho» han sido compiladas programáticamente en un texto didáctico editado por Sonja Buckel, Ralph Christensen y Andreas Fischer-Lescano.¹⁹ En la introducción señalan que las veinte orientaciones analizadas en la obra se toman en serio la tarea de iluminar el punto ciego de la dogmática y subrayar su contingencia; o, lo que es lo mismo: una vez puestos en evidencia los sesgos de la teoría del Derecho objetivamente adecuada a la dogmática aún dominante, queda abierto el terreno a cualesquiera otras propuestas que se atengan al mandato de hacer explícito su sesgo particular. En esa misma medida no se presentan como alternativas, sino complementarias entre sí y respecto de la teoría del Derecho «convencional». Muchas de ellas entroncan con el llamado «giro lingüístico» de la filosofía y con su radicalización en el contexto de

¹⁸ La referencia escéptica de quien se considera «representante de una vieja ciencia del Derecho administrativo» puede consultarse en Rainer Wahl, *Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, Berlin: De Gruyter Recht, 2006, págs. 87 ss.

¹⁹ Sonja Buckel, Ralph Christensen y Andreas Fischer-Lescano, *Neue Theorien des Rechts*, 2.^a ed., Stuttgart: Lucius & Lucius, 2009.

la postmodernidad, y en general se apoyan sobre construcciones surgidas en los ámbitos de la filosofía, la sociología, la psicología, la economía, la ciencia política e incluso la biología, a veces en círculos culturales francófonos y anglófonos...

Pero estas tendencias encuentran un contrapunto que cabe sintetizar en el *Intradisziplinäres Forum Franken* puesto en marcha en 2003 por Oliver Lepsius (Universidad de Bayreuth) y Matthias Jestaedt (entonces en la Universidad de Erlangen). Su punto de partida²⁰ fue también la constatación de un déficit teórico: la dogmática, orientada hacia la argumentación aplicable en la práctica de los tribunales, habría olvidado anclarse con firmeza en opciones fundamentales de concepto y método. Aquí se pretende recuperar su centralidad desde una perspectiva genuinamente jurídica. Las aportaciones de la filosofía hermenéutica, de la teoría sociológica de sistemas, del análisis económico o de otros enfoques inspirados en la física o en la matemática (la teoría del caos, la mecánica cuántica...) se ponen a prueba preguntando desde el Derecho por su adaptabilidad al contexto jurídico; y se propone, como presupuesto para ese diálogo interdisciplinar, un previo y profundizado diálogo *intradisciplinar*, entre disciplinas jurídicas cuya progresiva especialización pareciera haber dejado en suspenso la unidad de la ciencia jurídica. Se trataría de reconstruir la teoría del Derecho desde el Derecho mismo, quizá apelando a una tradición que siempre ha hecho de la filosofía del Derecho en Alemania una especialidad vinculada a otras ramas jurídicas, sea el Derecho privado (de Karl Larenz a Günther Teubner) o el Derecho público (de Hans Kelsen a Horst Dreier), muy frecuentemente también el Derecho penal (de Gustav Radbruch a Klaus Günther).

3. Buena parte de los juristas prácticos, de los académicos que ofrecen respaldo dogmático a sus construcciones e incluso de los cultivadores de la convencional teoría del Derecho que objetivamente conviene al sistema jurídico vigente, dotado de una inercia imposible de sobrevalorar, permanece en buena medida al margen de tales retos. Pero lo cierto es que estos debates fundamentales han logrado institucionalizarse; no sólo por ejemplo mediante la colección *Recht – Wissenschaft – Theorie* que desde 2007 se

²⁰ <<http://www.oer4.uni-bayreuth.de/de/iff/index.html>>, consultada el 31 de marzo de 2014, así como Matthias Jestaedt y Oliver Lepsius (eds.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. El *Intradisziplinäres Forum Franken* quedó en suspenso desde el traslado de Matthias Jestaedt a la Universidad de Friburgo.

incluye en el catálogo de la prestigiosa editorial Mohr Siebeck bajo la dirección de Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers y Andreas Voßkuhle,²¹ sino en los máximos niveles imaginables.

Así, desde 2011 se ha añadido un tercer grupo de trabajo a los dos que ya desde hacía años se venían reuniendo en la mañana previa a la apertura de las Jornadas anuales de la *Vereinigung*; junto con los dedicados a cuestiones de Derecho administrativo y de Derecho constitucional europeo aparece ahora un tercero consagrado a los «Fundamentos del Derecho Público», para la publicación de sus sesiones se crea la colección *Fundamenta Juris Publici*, también en Mohr Siebeck. Ponente de la primera fue Dieter Grimm,²² que se enfrenta a la cuestión de la identidad del Derecho público y comienza subrayando la contingencia de la diferenciación entre *ius publicum* y *privatum*, irrelevante en el ámbito anglosajón. Analiza el desarrollo histórico que conforma su objeto, pero también, con particular detalle, su identificación metodológica a través del positivismo decimonónico. Las transformaciones ulteriores afectan a la tareas del poder público y a las formas en la que éste asume su garantía; suponen la aparición de poderes públicos internacionales, transnacionales y supranacionales que cuestionan concepciones tradicionales en el seno del Estado; la pregunta por la identidad del Derecho público tiende a convertirse en una pregunta acerca de la posibilidad de mantener como ideas rectoras las imágenes de unidad y sistema.

Por su parte, el *Wissenschaftsrat*, máximo órgano consultivo en materia de política científica creado en 1957 por acuerdo entre la Federación y los Länder, emite el 9 de noviembre de 2012 un informe sobre las *Perspectivas de la ciencia jurídica en Alemania. Situación, análisis, recomendaciones*.²³ El Consejo de la Ciencia alemán se enfrenta así, por primera vez, con el ámbito del Derecho, cuya posición en el sistema científico y en la formación

²¹ Véase sólo Andreas Funke y Jörn Lüdemann (eds.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, número tercero de la colección.

²² Dieter Grimm, *Das öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, con comentarios de Otto Depenheuer y Ewald Wiederin. La colección figura editada por Rolf Gröschner, Matthias Jestaedt y Hans-Peter Schneider. Merece ser mencionado también el segundo volumen: Horst Dreier, *Säkularisierung und Sakralität. Zum Selbstverständnis des modernen Verfassungsstaates*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, con comentarios de Christian Hillgruber y Uwe Volkmann.

²³ *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen*, Documento 2558-12, <<http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf>>.

universitaria considera necesario revisar a la vista de las transformaciones estructurales que comportan nuevas formas de creación y de garantía del Derecho, entre las que se singularizan los procesos de europeización e internacionalización. El informe, sólido y documentado, subraya la vinculación entre teoría y práctica jurídicas; pero las recomendaciones se orientan hacia el fortalecimiento, tanto en la investigación como en la docencia, de las llamadas «disciplinas fundamentales», aquellas que proporcionan competencias teóricas básicas capaces de proyectarse de modo transversal en contextos complejos, frente a lo que podríamos llamar las «dogmáticas especiales» que de momento dominan el panorama y que constituyen un saber orientado a la aplicación del Derecho en ámbitos concretos. Y también se postula el reforzamiento del diálogo interdisciplinar, con la apertura de la ciencia del Derecho, su diversificación interna y el incremento de la pluralidad de sus perspectivas científicas.

III

I. Una vez colocado el debate en su contexto histórico y mencionados algunos de los grupos e instituciones que lo canalizan o lo promueven, podría abordarse ya su contenido: qué transformaciones son las que se sugieren en los métodos del Derecho público como respuesta a la globalización y la multiculturalidad. Pero quizá convenga esbozar antes algunas consideraciones sobre el concepto de método y la precomprensión epistemológica ligada al mismo (a) y sobre la naturaleza práctica del objeto «Derecho» y las diversas facetas que ofrece para una aproximación metódica (b), así como, aún más brevemente, sobre la ambigüedad de la pretensión científica en este campo (c) y sobre la condicionalidad histórica de la metodología (d). Todo ello, que tiene por función relativizar el alcance de las afirmaciones ulteriores, se apuntará en términos tan elementales que, como si nos hubiéramos desplazado hacia el territorio del ensayo divulgativo, se omitirán incluso las correspondientes referencias bibliográficas.

a) La historia del pensamiento ha estado dominada por metáforas y alegorías, que generan un mundo de ideas mediante palabras y relatos referidos a algo perceptible. Ello resulta normal, incluso imprescindible en los conceptos que se refieren a lo suprasensible, ya que el lenguaje comienza por designar lo sensible e inmediato. La cuestión poética, decía Ortega, no carece de importancia, pues con la designación metafórica se confiere a la

realidad ideal, recién configurada, su «nombre auténtico»,²⁴ se la dota de un sentido originario del que difícilmente cabrá desprenderla.

Pues bien, para referirse al conocimiento se han desarrollado al menos cuatro tipos de metáfora. Parecen corresponder al realismo la tabla encerada (*quam tabula rasa*) y la *impresión* o huella que se posa en ella; y también, con una imagen similar, aunque con vocación más alta, la pasiva *especulación*. La segunda metáfora confiere luz al intelecto, destaca la capacidad subjetiva de visión, que incluso dota al objeto de visibilidad: el modo de conocimiento ya configura el objeto, pues se trata de *desvelar*, *explicar*, inquirir a la realidad con algún criterio selectivo. El sujeto se vuelve vasija o recipiente, que conforma el saber que asume, mediante la imagen de la *comprensión*. En cuarto lugar tenemos el *método*, el camino, que evoca el conocimiento como experiencia, como viaje.

Los métodos o caminos del conocimiento son innumerables, tantos como las metas; más aún, tantos como el producto de los posibles puntos de partida por los destinos imaginables. El conocimiento metódico incluye tiempos y distancias, así como perspectivas diversas, igualmente válidas, para contemplar facetas distintas de un mismo objeto. Y, como cada sujeto construye machadianamente su particular sendero, un método identifica también a quien lo sigue, no sólo informa sobre el origen y la llegada. Con el método cambia el objeto, que se ve hollado por el sujeto; el conocimiento del objeto incluye el de las huellas dejadas en él por quienes antes lo han pisado, incluso el del propio rastro. Pero cambia también el sujeto, que queda marcado por el paisaje. Las consideraciones teóricas sobre el método no son, a la postre, sino la experiencia acumulada en viajes previos, propios y ajenos, a veces fallidos, e idealmente proyectada hacia el futuro.

b) El Derecho es un lenguaje que, a la vez, resulta de una determinada praxis social (creación del Derecho) y condiciona la praxis social en su conjunto, en cuanto configura normativamente nuestras posibilidades de acción (aplicación del Derecho). No son planos excluyentes, pues la creación de Derecho se mueve en marcos jurídicos, o al menos en procesos juridificados, mientras que la aplicación del Derecho consolida, pero a la vez altera la realidad jurídica.

²⁴ José Ortega y Gasset, «Epílogo» a la *Historia de la Filosofía* de Julián Marías, págs. 511 ss. de la vigésima edición (Madrid: Revista de Occidente, 1967).

En relación con esta diferenciación, pero sin coincidir del todo con ella, puede afirmarse que el Derecho ofrece dos perspectivas básicas de análisis: en cuanto ordenación social y como criterio de solución de conflictos. En ambos casos desempeñan un papel tanto las ideas materiales de justicia, estructural o del caso concreto, como las consideraciones sobre los procedimientos idóneos para su realización. Ambas perspectivas, que proporcionan respectivamente una visión sistemática y una visión problemática del Derecho, funcionan como tipos ideales que, en la práctica, han sido siempre articulados y ponderados metódicamente. Se conjugan ya en la clásica definición de Celso que considera el Derecho como *ars boni et aequi*; en cuyo origen, como ha mostrado Javier Paricio,²⁵ se alude al *arte* del juez, entendido como su capacidad subjetiva para ajustar su comportamiento típico, la decisión del conflicto, a un patrón objetivado de conducta, el *bonus et aequus* (que se corresponde con el paradigma romano del *bonus vir*). Éste se impone como normativo, y su sistematización es obra de la jurisprudencia, entendida a su vez como saber sistemático de *rationes decidendi* (la *ciencia de lo justo y de lo injusto*). Por eso la justicia es tanto virtud personal como propiedad de las relaciones sociales.

La oposición entre los *tipos ideales* del Derecho continental y anglosajón, que remiten a tradiciones distintas en la teoría y la filosofía del Derecho, pero sobre todo a diferentes trayectorias culturales, sociales y políticas, permite comprobar cómo el Derecho continúa hoy combinando en equilibrios diversos todas esas perspectivas. No cualquier desplazamiento de esos equilibrios se debiera percibir como un cataclismo metodológico.

c) La ciencia parece tarea del observador, la técnica corresponde al operador, respectivamente abocados a estudios descriptivos o prescriptivos; unos analizan las cualidades del producto, otros redactan los manuales de instrucciones. La opción profesional depende en buena medida de inclinaciones personales. Es cierto que teoría y práctica no resultan aquí de fácil deslinde. De un lado, la formación científica prefigura la comunidad de lenguaje mediante la que el Derecho desarrolla su pretensión de vigencia; de otro, no hay ciencia sin interés. Pero tampoco hay estudio del martillo, por profundamente crítico que resulte, que lo haga funcionar como una hoz:

²⁵ Javier Paricio Serrano, *Sobre la administración de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados*, Madrid: Civitas, 1987.

«*Todo* sirve para *algo*. Pero *nada* sirve para *todo*» (escribe Quino, que forma con las frases un diálogo entre Felipe y Mafalda).

d) Seguramente no hay esencias invariables, los desenvolvimientos afectan al propio ser de lo que cambia. Ahora bien, al afirmar la centralidad del relato es preciso tener en cuenta que importa tanto lo no dicho como lo explícito: la pragmática ha mostrado cómo el contexto atribuye al texto su sentido. Por otra parte, la reconstrucción del pasado que atribuye sentido teleológico incluso a los azares corre el riesgo de oscilar entre la teoría conspiratoria y la epopeya, en la que los dioses rigen el destino: entre la simplificación de las causas y la novela de tesis apenas existe una diferencia de estilo, que siempre jugará en favor de la forma literaria. Sin embargo, tampoco la complejidad resulta siempre más ilustrativa: resulta tan banal afirmar que la verdad es el todo como pretencioso era el proyecto de los cartógrafos borgianos. Es preciso asumir, a fin de cuentas, que las opciones metodológicas, por tanto siempre inevitables, operan también como un factor de poder.²⁶

2. La ya citada introducción al volumen sobre las «nuevas teorías del Derecho» subraya que las allí propuestas reaccionan ante los retos sociales que usualmente se condensan en las expresiones «globalización» y «diferenciación» (o también «fragmentación»).

La globalización económica y financiera, reacia a cualquier control jurídico, pone en graves dificultades la realización en el seno de los Estados nacionales del ambicioso proyecto constitucional que parecía culminar el desarrollo del Derecho público; pero, a su vez, exige una cierta racionalización normativa, y supone así la generación y el desarrollo de espacios jurídicos autónomos cuyo análisis escapa a los modelos tradicionales. La red de excelencia radicada en Frankfurt y dirigida por Rainer Forst y Klaus Günther sobre la «Formación de órdenes normativos» (*Herausbildung normativer Ordnungen*) se pregunta por las bases antropológicas y culturales, pero también históricas y políticas, económicas y sociales, filosóficas e incluso teológicas de estos procesos.²⁷ Pues su contexto es el

²⁶ Dieter Grimm, «Methode als Machtfaktor», incluido en su recopilación *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, págs. 347 ss.

²⁷ <<http://www.normativeorders.net/de/>>. Carácter programático tiene el primer volumen de la serie de publicaciones de la red en la editorial Campus: Rainer Forst y Klaus

de la multiculturalidad,²⁸ no sólo en la configuración plural de los espacios públicos intraestatales, relativamente novedosa en el marco siempre más teórico que efectivo del Estado *nacional*, sino, más radicalmente, en la convivencia global de órdenes culturales inconmensurables. La diferenciación resultante se concibe a menudo como pluralidad de sistemas autorreferenciales (la inspiración luhmanniana resulta, por lo demás, evidente en muchas de las nuevas propuestas); pero esto en absoluto significa que cada uno de ellos asista imperturbable a las transformaciones de su entorno. Aunque ya no parece posible buscar una instancia unitaria desde la que se defina el Derecho, el reto consistiría en afrontar, dentro de las condiciones de la diversidad, objetivos menores como la garantía de no-contradicción, la procedimentalización de los conflictos y la gestión de la contingencia.²⁹

Frente a esta hipótesis reduccionista se alza como desafío científico el proyecto de analizar críticamente, justo desde perspectivas constitucionales, el nuevo desorden global;³⁰ el postulado *Derecho constitucional para la comunidad internacional*³¹ no implica mucho más, sin embargo, que una selección alternativa de materiales. Ni siquiera la llamada «constitucionalización del Derecho internacional» habla de una Constitución internacional en sentido tradicional, sino de una simple acumulación de desarrollos asimétricos y asincrónicos, fragmentarios y parciales, complementarios del Derecho constitucional estatal, ahora también sólo parcial e incluso fragmentario.³²

Günther (eds.), *Die Herausbildung normativer Ordnungen. Interdisziplinäre Perspektiven*, Frankfurt/New York: Campus Verlag, 2011. Cfr. ya antes, por ejemplo, A. Adrienne Héritier, Michael Stolleis y Fritz W. Scharpf (eds.), *European and International Regulation after the Nation State, Different Scopes and Multiple Levels*, Baden-Baden: Nomos, 2004.

²⁸ Cfr. Erhard Denninger, Dieter Grimm, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid: Trotta, 2007; Ignacio Gutiérrez, Miguel Ángel Presno (eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Granada: Comares, 2012.

²⁹ Cfr. Andreas Fischer-Lescano y Günther Teubner, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006.

³⁰ Cfr. Erhard Denninger, *Recht in globaler Unordnung*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.

³¹ Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, «De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional», ya citado.

³² Cfr. Anne Peters, «Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales», en Anne Peters, Mariano J. Aznar, Ignacio Gutiérrez, (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, citado, pp. 208 ss.; más recientemente «El constitucionalismo como conquista global», en Jorge Alguacil González-Auriolo e Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (eds.), *Constitución: norma y realidad. Teoría constitucional para Antonio López Pina*, cit.

Todos esos elementos constitucionales diversos están colocados en distintos niveles y enlazados en red mediante muy diferenciadas conexiones.³³ La nueva red de elementos constitucionales sólo puede tejerse ahora en torno a conflictos concretos; las ideas de unidad, plenitud, coherencia y sincronía han retrocedido en los procesos de globalización y de diferenciación, y es preciso asumir la consiguiente *incongruencia* de tiempos, espacios y funciones constitucionales. El nuevo Derecho constitucional se limita, pues, a abordar una gavilla de problemas globales con métodos y principios consolidados por una doctrina jurídica concreta, pero renunciando a los modelos totalizadores que precisamente caracterizaban la disciplina.

3. Pues es evidente que ya no cabe seguir apelando a la unicidad del documento constitucional, que evoca una soberanía estatal en proceso de descomposición, ni tampoco a la posición eminente de la jurisprudencia constitucional;³⁴ si uno de los libros que conmemoran el sexagésimo aniversario del Tribunal Constitucional alemán adopta un enfoque crítico,³⁵ aún más significativo es que la coordinación del más solemne se encomendara a Michael Stolleis y que éste convocara un amplio elenco de colaboradores ajenos al mundo del Derecho,³⁶ asumiéndose la conveniencia de analizar la institución con perspectiva histórica e inmersa en su propio contexto cultural y social. Por último, ni siquiera es seguro que la dogmá-

³³ Rafael Bustos Gisbert, *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñati: IVAP, 2005. Un análisis muy parcial en Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, «Alcance de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo supranacional», en Ignacio Gutiérrez y Miguel Ángel Presno (eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Granada: Comares, 2012, págs. 3 ss.

³⁴ Cfr. los análisis críticos, en cierto modo paralelos, que formula Christoph Schönberger a la vista del desenvolvimiento histórico en Alemania de la normatividad de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional: «Der Aufstieg der Verfassung: Zweifel an einer geläufigen Triumphgeschichte», en Thomas Vesting y Stefan Koriath, *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, cit., págs. 7 ss., y «Anmerkungen zu Karlsruhe», en Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers y Christoph Schönberger, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin: Suhrkamp, 2011, págs. 11 ss.

³⁵ Precisamente el último citado en la nota anterior: Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers y Christoph Schönberger, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*.

³⁶ Michael Stolleis (ed.), *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, München: C-H.Beck, 2011.

tica jurídica tradicional sea capaz de ofrecer saberes ciertos a la altura de las circunstancias.³⁷

Merece la pena hacer referencia, como expresión de estas circunstancias, a la crítica que Oliver Lepsius formula frente a la forma de argumentar de la jurisprudencia constitucional, sobre la que, como hemos mencionado, se apoya la construcción dogmática del Derecho público.³⁸ Dicha jurisprudencia, observa este autor, se presenta formalmente inserta en una construcción con pretensión de sistema, de modo que cada sentencia queda justificada como aplicación de una determinada doctrina jurídica pre-establecida que supuestamente se limita a consolidar. De este modo se coloca en primer plano un discurso general que resulta reproducido y confirmado; la atención no se centra en las *ratione decidendi* vinculadas al caso particular, sino en formulaciones abstractas susceptibles de ser recuperadas posteriormente, aunque sea desconectadas de su contexto práctico: cualesquiera *obiter dicta* valen como doctrina. Pero esto, naturalmente, sólo puede ser plausible en la medida en que el propio ordenamiento sea consistente con la pretensión sistemática: mientras se disponga de un Derecho de base legalista que permita mantenerse en el esquema tradicional que subordina la aplicación del Derecho a un poder de creación normativa potencialmente presente, pero que a su vez coloca a éste dentro de un entramado dogmático, el propio de la ciencia jurídica nacional, consolidado a veces durante siglos.

Sin embargo, por ejemplo los derechos fundamentales no están, en cuanto tales, detalladamente regulados en leyes, sino contenidos en preceptos constitucionales que se imponen a las leyes mismas que los desarrollan y regulan su ejercicio; su conceptualización depende, por tanto, de la propia jurisprudencia constitucional, que tiene como único interlocutor al poder de reforma de la Constitución, ocasional por naturaleza. La jurisdicción constitucional, a su vez, se encuentra cada vez más ligada por relaciones complejas de colaboración informal con otras jurisprudencias extranjeras y especialmente vinculada a la interpretación de los derechos que ofrecen organismos supranacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y éste, a su vez, sigue más bien el modelo del *case law* anglosajón,

³⁷ Cfr. Gregor Kirchhof, Stefan Magen y Karsten Schneider, *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

³⁸ Oliver Lepsius, «Die maßstabsetzende Gewalt», en Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers y Christoph Schönberger, *Das entgrenzte Gericht...*, cit., págs. 161 ss.

conforme al cual lo decisivo es resolver el problema concreto, a veces apelando a los precedentes para supuestos similares, pero también señalando las particularidades que en el caso presente aconsejan matizar la solución previa o simplemente cambiarla. Todo ello hace que el seguimiento de la jurisprudencia constitucional, de sus argumentaciones y conceptualizaciones, constituya un camino cada vez más incierto: la estructura de los derechos fundamentales en el marco del diálogo entre los tribunales se comprendería mejor con esquemas propios del *case law*, lo que haría preciso reconstruir, desde unas sentencias escritas «en lengua dogmática», una jurisprudencia problemática, mucho más austera y sobria, más pegada a los casos y menos pendiente de las construcciones dogmáticas.

Este problema, que se diagnostica sin dificultad en el ámbito de los derechos fundamentales, se proyecta ya en realidad, en parte a través de ellos, sobre todo el Derecho público, en términos que impiden seguir considerándolo como un Derecho de los *códigos*. Éstos tienden a presentar el ordenamiento como un desenvolvimiento sistemático, casi lineal, a partir de ciertos principios. Pero, frente a la tentación de comenzar siempre los análisis jurídicos por las normas o por los principios normativos, es preciso cobrar conciencia de que son *las situaciones reales* las que nos impulsan a reaccionar, a identificar valores desde los que juzgarlas y a ponernos en marcha hacia una respuesta conforme a Derecho. El objetivo no es, por tanto, averiguar si las normas existentes se cumplen o no, sino analizar los efectivos conflictos sociales y valorar en qué medida se resuelven de acuerdo con los valores queridos como vinculantes; en términos constitucionales, se trata de saber si la articulación efectiva de los conflictos sociales y de poder resulta compatible con los postulados ilustrados y emancipatorios.

4. En definitiva: la vieja teoría constitucional integrada del Estado social y democrático de Derecho, petrificada como perfil pedagógico inerte, tiende en la práctica jurídica a la irrelevancia, cuando no a la disfuncionalidad. El esfuerzo académico por dotar a la pretensión normativa de la Constitución de una apariencia sistemática ajena a las contradicciones que la Historia ha ido decantando sobre su texto resulta vano frente a las asimetrías de la presión que ejercen sobre la Constitución misma las condiciones objetivas de su realización. La configuración de la Unión Europea conforme al modelo teórico del Estado social y democrático de Derecho, ideada como superación de las insuficiencias de los Estados miembros para realizarlo,

no es capaz de hacer verosímil una unidad política supraestatal capaz de sustentar la ambiciosa pretensión constitucional; y Christian Walter mostró hace más de una década que, por lo demás, tampoco ello ofrecería blindaje alguno a la Unión Europea frente a los factores de erosión que ahora afectan a los Estados constitucionales: trasladar los problemas no equivale a resolverlos.³⁹ Abandonadas incluso en Alemania las rigideces de la doctrina del orden objetivo de valores que representarían los derechos fundamentales, ni siquiera la universalidad del postulado de la dignidad humana se bastaría hoy para fundar un verdadero ordenamiento constitucional de alcance global.⁴⁰ La pretensión normativa de un Derecho concebido como ordenamiento unitario, pleno y coherente ya se ha diluido en contextos globales de ingobernabilidad. Es ilustrativo volver aquí a las explicaciones de Ignacio Sotelo, cuando ya en 1981 señalaba «que hoy se entiende el concepto de crisis siempre en plural: se trata de identificar a distintas crisis, que surgen en distintos contextos y también con mecanismos muy diferentes. Las crisis aparecen en una diversidad constitutiva (...) Si las crisis son muchas y de naturaleza muy diferente, difícil es imaginar un mundo sin crisis. Desaparece así de la preocupación científica una estrategia global de superación de la crisis, para definir, en cambio, *estrategias específicas de gestión y de control de las crisis concretas* (...) el afán de acabar con la fuente de toda crisis es un espejismo».⁴¹

Pero lo cierto es que, del mismo modo que los Estados, privados ya de las cualidades (unidad, plenitud, impermeabilidad...) que les conferían su posición privilegiada entre los agentes de poder, conservan recursos materiales e ideales dignos de ser tenidos en cuenta,⁴² también el Derecho *funciona* efectivamente, y podemos servirnos de él como instrumento positivo

³⁹ Christian Walter, «Las consecuencias de la globalización para el debate constitucional europeo», en Anne Peters, Mariano J. Aznar, Ignacio Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, cit., págs. 173 ss.

⁴⁰ Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, «Traducir derechos: la dignidad humana en el Derecho constitucional de la Comunidad internacional», en Carlos Espósito Massicci, Francisco J. Garcimartín Alférez, *La protección de bienes jurídicos globales (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 16)*, Madrid: UAM-BOE, 2012, págs. 91 ss.

⁴¹ Ignacio Sotelo, «El concepto sociológico de crisis», *Sistema* n.º 40, pág. 37.

⁴² Cfr. por todos Michael Stolleis, «¿Qué viene después del Estado nacional soberano? ¿Y qué puede decir al respecto la Historia del Derecho?», en Michael Stolleis, *La textura histórica de las formas políticas*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, págs. 103 ss., y del mismo autor «Trayectoria del Estado constitucional con la perspectiva de la globalización», en Michael Stolleis, Andreas Paulus, Ignacio Gutiérrez, *El Derecho*

para superar dificultades concretas. Podríamos decir que la desintegración del modelo libera elementos normativos aislados, de larga tradición o de nuevo cuño, que garantizan posiciones singulares y permiten reconducir los conflictos a través de procedimientos. No es impropio mencionar, en el marco de esta labor, que quizá pudiera verse favorecida por cierta recuperación de algunas actitudes positivistas; seguramente resulta discutible en cuanto ambiciosa propuesta metodológica, en los términos que pone de manifiesto por ejemplo la edición crítica de las obras completas de Kelsen a cargo de Matthias Jestaedt,⁴³ pero podría ser muy aprovechable a través de vindicaciones más modestas.⁴⁴

Los iuspublicistas tenemos ante nosotros, pues, una misión compleja: sobrevivir como ciencia al desdibujamiento de la Constitución racional-normativa,⁴⁵ vinculada a una determinada concepción del Derecho como ordenación social.⁴⁶ Pero es preciso recordar, con todas las cautelas ya antes expuestas, que existe un segundo modo de aproximación al Derecho que parte no de la razón ordenadora, sino del conflicto; no de la proyección sistemática de la dignidad humana, sino de los sentimientos concretos de agravio e indignación.

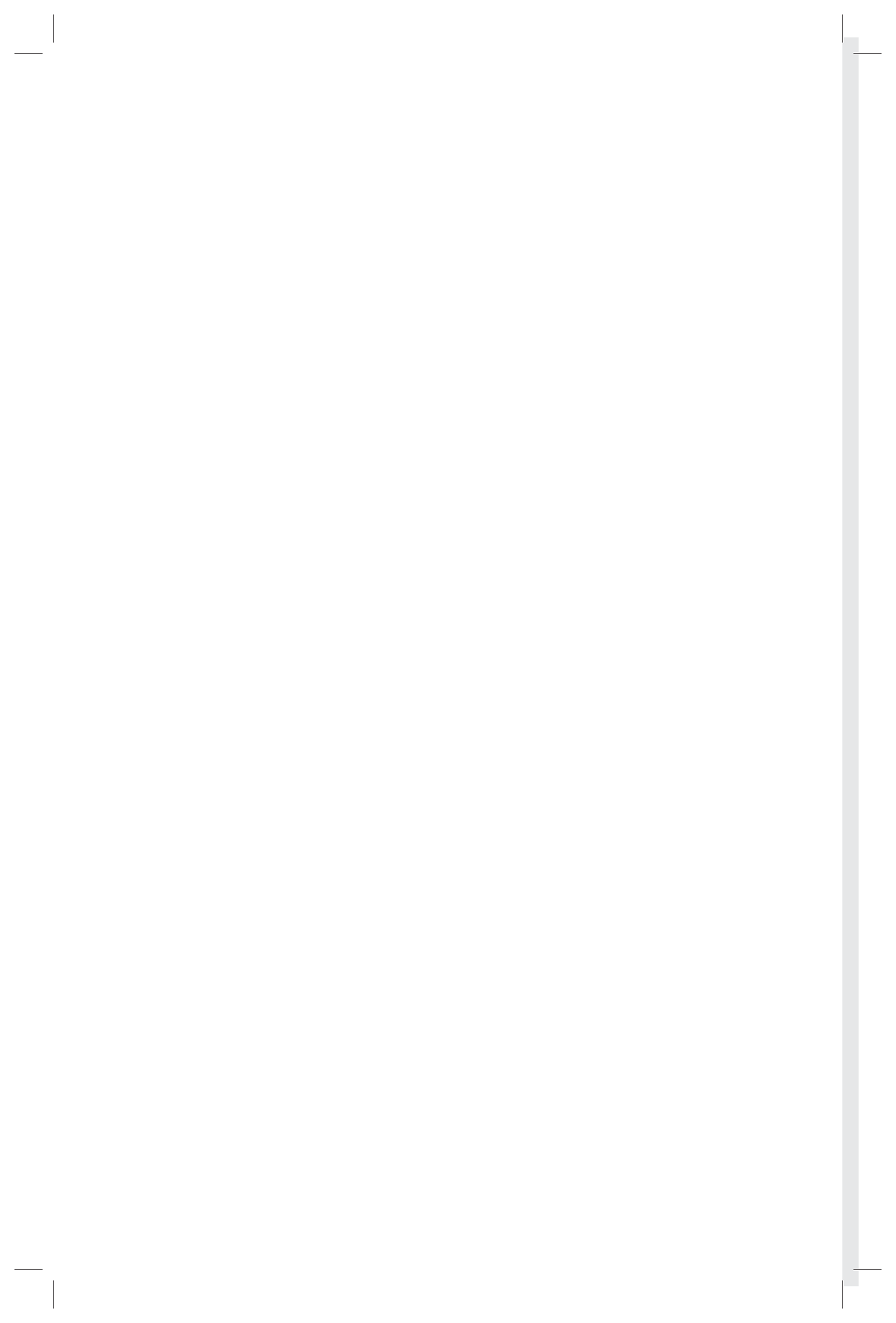
constitucional de la globalización, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013, págs. 23 ss.

⁴³ El proyecto es puesto en marcha por el Hans-Kelsen Institut de Viena en 2003, entre 2007 y 2013 han aparecido en Mohr Siebeck cinco de los treinta volúmenes inicialmente previstos. Cfr. también Matthias Jestaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein... Vom Nutzen der Rechtslehre für die Rechtspraxis*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

⁴⁴ Cfr. por ejemplo Volker Neumann, «Klares statt wahres Recht. Wege zum Positivismus», *Politisches Denken Jahrbuch* 2012, págs. 11 ss.

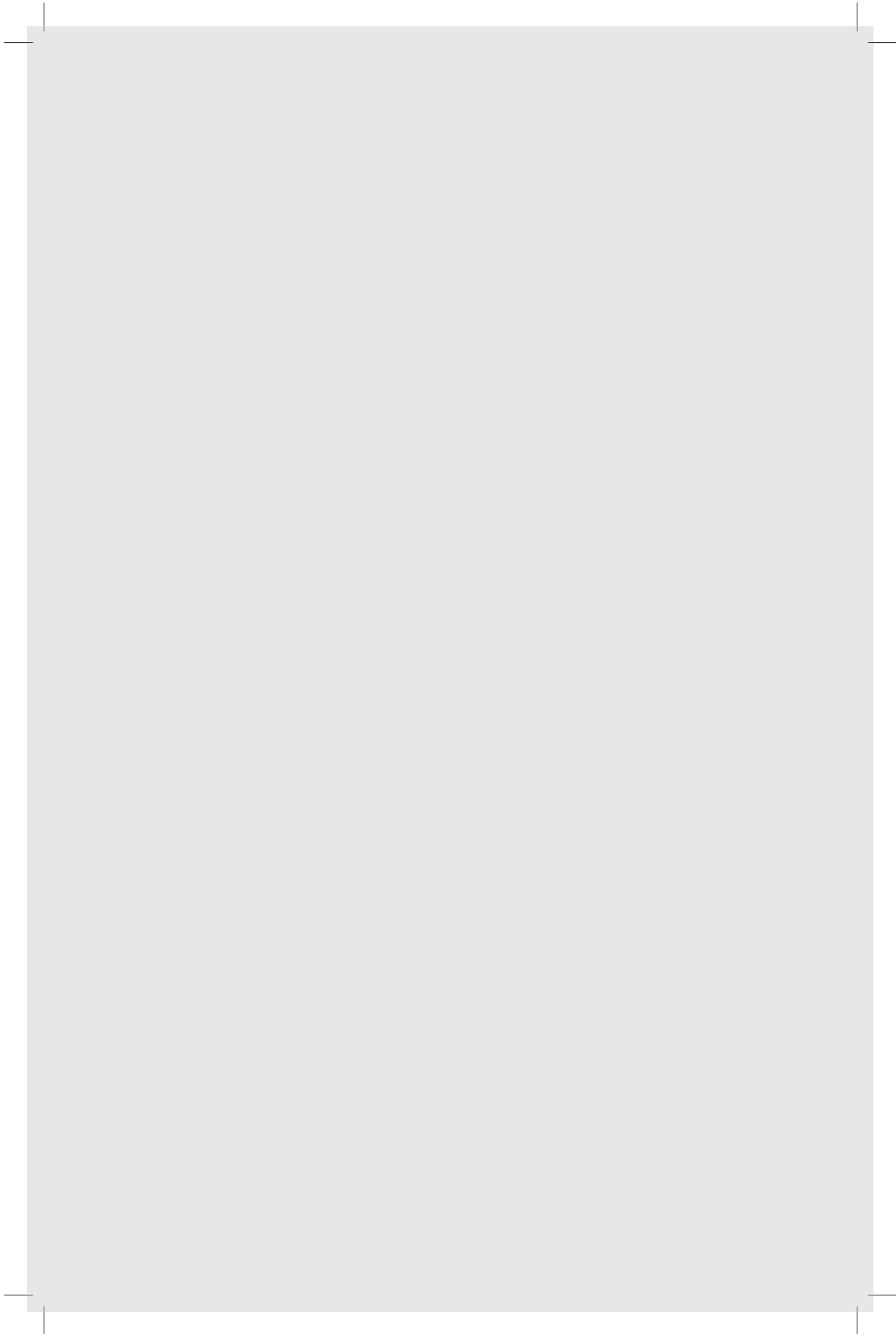
⁴⁵ Cfr. Uwe Volkman, «El Derecho constitucional, entre pretensión normativa y realidad política», *Teoría y Realidad Constitucional* nº 21 (2008), págs. 215 ss.

⁴⁶ Manuel García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid: Alianza, 1984, págs. 34 ss, y 67 ss., sitúa explícitamente el concepto racional-normativo de Constitución en el contexto de la concepción ilustrada de la razón y la ley, y queda sujeto por tanto a su mismo destino histórico.



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

SUMARIO

- I. Planteamiento. La configuración en las últimas décadas de una nueva relación entre Estado y sociedad.
- II. Las concepciones y doctrinas gestadas en la nueva correlación entre Estado y sociedad.
 1. Los puntos en común de todas las concepciones.
 2. La *Steurung* discusión: la discusión sobre la función directiva del Estado y el Derecho sobre la sociedad en la doctrina alemana de las dos últimas décadas.
 3. El Estado garante como alternativa al Estado prestacional.
 - A. El Estado garante como reacción al adelgazamiento y otras concepciones reductoras del Estado.
 - B. La recuperación del concepto del bien común.
 4. El Estado regulador. El repliegue estratégico del Estado ante la pérdida de posiciones de titularidad.

- A. El concepto estricto de Estado regulador centrado en la regulación de la economía y servicios económicos de interés general.
- B. La reacción ante la pérdida de posiciones de titularidad. La regulación de operadores privados con proyección pública, de su actividad y sus relaciones.
- III. Las fórmulas jurídicas gestadas en la nueva correlación entre Estado y sociedad.
 - 1. La nueva orientación garantista. La necesidad de fórmulas de protección de los intereses generales ante el reforzamiento de los poderes privados.
 - 2. La aplicación del Derecho público a relaciones entre sujetos privados sobre materias, servicios y actividades de interés público.
 - 3. Las técnicas del modelo de regulación horizontal en competencia entre operadores.
 - 4. La aplicación del Derecho público a relaciones entre sujetos públicos más allá de los sectores sujetos a regulación. La experiencia anglosajona.
 - 5. La extensión del Derecho público por la vía subjetiva. Atribución de un cierto estatuto público a sujetos privados ejercientes de funciones públicas. La experiencia germánica.

I. PLANTEAMIENTO. LA CONFIGURACIÓN EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS DE UNA NUEVA RELACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD

El de las relaciones entre Estado y sociedad es un tema clásico del constitucionalismo, de la filosofía política, del derecho público y de la economía política. Incido en el calificativo de clásico no sólo por ser clásicos los autores, destacadamente Adam Smith y Friedrich Hegel, que lo plantearon en unos términos que han perdurado, sino porque se creía un tema cerrado que sólo existe ya en la historia.¹

Se pensaba en efecto que el recorrido histórico del tema llegó a su fin y en ese trayecto de dos siglos se alumbraron e hicieron visibles los dos modelos de Estado que se conocen por el constitucionalismo occidental. Uno el Estado liberal, marcado por una clara y estricta separación entre Estado y sociedad, con una sociedad que tenía su principal motor en el mercado y un modelo constitucional que venía a establecer una línea divisoria a la acción de un Estado carente de legitimación democrática en la sociedad. El otro, el Estado social que, al disponer de una base democrática y el consiguiente apoyo social, interviene capilarmente en el conjunto de la sociedad corrigiendo sus desequilibrios. Estado y sociedad vendrían así a entablar una relación interactiva, de integración recíproca, hasta fundirse de algún

¹ Sobre los planteamientos tradicionales y la evolución reciente de estas relaciones me ocupo con más extensión y detalla en mi libro *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013. Muchas de las posiciones aquí adoptadas encuentran allí su adecuado desarrollo. La alusión a Adam Smith se debe a que pasa por ser el primero que percibe la dinámica propia de la sociedad civil y su separación frente al Estado. El concepto de sociedad civil (*bürgerliche Gesellschaft*) en Hegel supone ya una evolución al advertir la relación dialéctica de estas dos realidades. Vid. op. cit., pp. 33 y ss.

modo. El tema se daba así por cerrado al perder estas dos realidades sus perfiles característicos en ese proceso de integración.

Lo cierto es que en las tres últimas décadas esa relación se está recomponiendo en profundidad. El dominio directivo del Estado se reduce al tiempo que una sociedad transnacional se está fortaleciendo considerablemente. El poder material, el económico, financiero, el que deriva del conocimiento científico y técnico, se encuentra mayormente extramuros del Estado, en una sociedad que se ha autoorganizado y autorregulado de manera muy efectiva y en ello se funda en muy buena medida su creciente pujanza.

En esa nueva correlación que se está gestando entre Estado y sociedad se están recomponiendo la propia noción de Estado, de sus funciones, y también del alcance del Derecho público pues se empieza a tener conciencia de que muchas funciones públicas, tradicionalmente ejercidas por el Estado y sujetas a ese Derecho, son ejercidas hoy por sujetos privados a los que habría de aplicarse, en el ejercicio de estas funciones, las reglas fundamentales del Derecho público protectoras de los intereses generales.

Son estas nuevas concepciones que en la actualidad se apuntan ya en diversos frentes las que centran la atención de este trabajo.

II. LAS CONCEPCIONES Y DOCTRINAS GESTADAS EN LA NUEVA CORRELACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD

I. *Los puntos en común de todas las concepciones*

La nueva modelización del Estado y sus funciones se está elaborando a partir de aproximaciones, percepciones y concepciones que vienen a coincidir todas ellas, a la que tengan un mínimo calado, en toda una serie de puntos. Destacaré cuatro de ellos, no sólo por parecerme los más extendidos y relevantes, sino por cuanto confirman y reflejan de algún modo esa nueva relación entre Estado y sociedad.

La primera constatación común, aunque pueda expresarse con acentos y matices diversos, es el extraordinario fortalecimiento de la sociedad. Ha dejado de ser un mero objeto pasivo, receptor de la acción del Estado, para hacerse con poderes inmensos en sectores claves y pujantes. Una sociedad que por otro lado ha experimentado una importante transformación de la que se da cuenta a través de métodos de análisis diversos.²

² Todos ellos en destacar el carácter pluricéntrico, fragmentado, desarticulado de la actual sociedad, descompuesta en sistemas autorreferenciales y muy distante de la idealizada sociedad civil de Adam Smith y los fisiócratas franceses. Sobre la frag-

La segunda, consecuencia de la anterior, es la correlativa pérdida por el Estado, el sector público, de posiciones de titularidad y dominio sobre espacios y bienes que son las plataformas del poder. Titularidad sobre medios de producción en ciertos sectores, titularidad exclusiva sobre espacios de actividad económica que se consideran servicios públicos, titularidad y dominio sobre el capital financiero. Y no sólo titularidad sobre bienes materiales —capital, empresas, titularidad sobre sectores económicos— sino también titularidad, dominio, sobre el conocimiento científico y técnico, que puede ser mucho más relevante que el dominio sobre bienes materiales.

La tercera, que se deriva a su vez de las anteriores, es el debilitamiento progresivo en muchos sectores, no en todos desde luego, de la actividad pública, administrativa fundamentalmente, que se canaliza a través de órdenes, fórmulas imperativas y controles en sus diversas variantes, como son los que con carácter previo se ejercen a través de las autorizaciones. La actividad de *command and control* en la sencilla terminología anglosajona. Esas fórmulas presuponen una posición de autoridad, de supremacía, en quien las aplica y que, por ende, dispone de medios efectivos para ejecutarlas. De ahí la reducción de su efectividad cuando se producen la pérdida de dominio sobre instrumentos de poder y control efectivo tal como les ocurre a los poderes públicos ejecutivos en muchos frentes de actuación.

La cuarta es el reto que se plantea y se generaliza ante esta situación tan sumariamente caracterizada por las notas anteriores. Se trata de engranar de otra manera la relación entre Estado y sociedad cuando el Estado se ha visto privado de muchas de sus plataformas de poder que han sido ganadas por la sociedad, sus sistemas y sus organizaciones. Se trata de mantener la función directiva del Estado y del Derecho, del ordenamiento jurídico del que nos hemos dotado, sin que buena parte de los instrumentos, sobre todo de los que implican el ejercicio de autoridad, estén en manos del Estado. Se trata así también de ganar la colaboración de esos poderosos agentes sociales para dar cumplimiento y efectividad a los fines y objetivos que se enuncian desde un Estado que por ello mismo se denomina Estado cooperativo.

mentación de la sociedad, y su consiguiente pérdida de la necesaria perspectiva para la definición del interés general vid. recientemente Alan Touraine, *La fin des sociétés*, Seuil, Paris, 2013.

2. *La Steuerung discusión: la discusión sobre la función directiva del Estado y el Derecho sobre la sociedad en la doctrina alemana de las dos últimas décadas*

En la órbita germánica se ha venido desarrollando un intenso y prolongado debate, conocido ya como la *Steuerungsdiskussion*. El término *Steuerung* procede del sustantivo *Steuer*, timón de un barco, y se traduciría literalmente como timonear. En el contexto en que estamos inmersos se refiere a la capacidad del Derecho y del Estado para timonear, para conducir, la compleja sociedad actual.

Se comenzó prestando especial atención a los crecientes problemas de ejecución de las leyes, los frecuentes y extensos déficits de ejecución que se observaban en sectores novedosos, complejos, pero cada vez más relevantes, como la protección del medio ambiente, las telecomunicaciones, la regulación de riesgos, y también en sectores más tradicionales que se hacían cada vez más complejos.

Se denunciaron entonces las limitaciones de la actividad legislativa, lo que condujo en un primer momento a una crítica del parlamentarismo tradicional; pero pronto se percibió que los problemas posiblemente más graves y distorsionantes se localizaban en el sistema de ejecución de las leyes. El aparato ejecutivo chocaba ante lo que la sociología política, sobre todo a través de la influyente obra de Niklas Luhmann, comenzaba a definir como sistemas sociales autorreferenciales.³ Sistemas que se configuran en torno a objetos, actividades y organizaciones que al filo de la complejidad van adquiriendo una marcada especialización —los sistemas se van así segmentando— en torno a su propio lenguaje y cuadro conceptual, a sus operadores, a sus profesiones, a los estudios en los que se sustenta su formación, a sus criterios de valoración, sus cánones. Sistemas autorreferenciales son los que se han configurado en torno a la tecnología —a sus diversos sectores en realidad—, al deporte profesional, al sector financiero, al arte, a la ciencia, a la sanidad y práctica médica, a la industria farmacéutica, a la alimentación y su industria, a Internet, al sector o sectores de la energía, a la biología en su relación con los recursos naturales, etc.

³ Una exposición muy clarificadora del amplio y prolongado debate sobre la capacidad directiva del Derecho y del Estado en la compleja sociedad actual puede encontrarse en el libro de Oliver Lepsius, *Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1999. En esta obra se destaca particularmente el importante protagonismo de la teoría de los sistemas en esa discusión que todavía permanece abierta en muchos frentes.

Los sistemas presentan una marcada tendencia a dotarse de sus propias referencias a través de procesos de autoorganización y autorregulación. Tienden así, mediante una autorregulación que ha experimentado por ello un espectacular desarrollo, a establecer sus propias referencias normativas, sus propios medios para acreditar su cumplimiento y sus propias vías e instancias para resolver los conflictos que en ese sistema puedan plantearse.

En la medida en que son capaces de dotarse de su propio «ordenamiento» —de lo que podríamos llamar «paraordenamiento» en buena medida al margen del ordenamiento jurídico—, los sistemas se muestran refractarios a las determinaciones que les puedan venir impuestas por unas leyes y un ordenamiento general del que aspiran a segmentarse o, cuando menos, a distanciarse y mantener amplios márgenes de autonomía, de autorregulación. Con frecuencia es el conocimiento experto el que invocan los sistemas para justificar su autorregulación elaborada por sus propios especialistas, desconsiderando así las leyes procedentes de instancias, representativas sí, pero carentes del conocimiento y el lenguaje necesario para regular eficazmente un sector. De ese modo a las leyes y a sus reglamentos de desarrollo —que constituyen la estructura básica del ordenamiento jurídico público— se les plantea una doble dificultad que puede mermar la efectividad de su ejecución: a) las limitaciones de conocimiento en sectores dominados por la complejidad b) la presencia de sistemas expertos autorregulados, con autonomía de funcionamiento, que sean refractarios a la plena entrada en ellos del legislador constitucional y democráticamente legitimado.

Estas limitaciones del Derecho y de los modos tradicionales de actuación del Estado se destacan, exageradamente, cuando algunos representantes y expositores de la teoría de sistemas llegan a considerar al Estado y al ordenamiento jurídico como un sistema más, sin situarlo en una posición de supremacía sobre los restantes sistemas.

Sin necesidad de terciar en el debate —tampoco resulta pertinente hacerlo aquí— sobre la teoría de sistemas, sí que conviene destacar su principal punto débil que se encuentra en la legitimidad. Una legitimidad, que tal como hemos apuntado, tiende a justificarse sobre la base del conocimiento experto, de la expertocracia, pero que resulta claramente insuficiente para imponerse sobre la legitimidad constitucional y democrática, trabajosamente construida, del ordenamiento jurídico del Estado. La alegación del conocimiento experto no justifica desde luego la entrega de la regulación de las cuestiones ambientales a los biólogos, ecólogos y otros concedores

de los procesos ecológicos esenciales; ni a los físicos nucleares, geólogos o ingenieros las opciones por las nuevas modalidades de generación de la energía; ni a los expertos en productos financieros, estructurados o derivados, la normativa en materia financiera. Las decisiones con transcendencia pública, expresadas ordinariamente a través de normas legales, corresponden a las instancias constitucionalmente habilitadas para ello. Aunque no pueden ignorarse limitaciones o condicionantes de ese postulado que se han hecho bien visibles, entre ellas que esas decisiones políticas se adoptan con la información que suministran, o quieran suministrar, los sistemas expertos; o que la ejecución de las leyes encontrará serias dificultades y déficits de ejecución si no cuenta con la sintonía y cooperación de unos sistemas cada vez más cerrados y convencidos de su autosuficiencia.⁴

En cualquier caso, del prolongado debate, todavía vivo, en torno a la capacidad directiva (*Steurung*) del Derecho y el Estado sobre la sociedad resultan aportaciones positivas. Dos de ellas creo que merecen ser destacadas.

Una es la apertura del análisis de las instituciones jurídicas y políticas a la realidad social sobre la que se proyectan. No se trata por supuesto de la sumisión a los cánones y doctrinas de la sociología, sino de prestar atención a una realidad, la ofrecida por la sociedad contemporánea, que ha experimentado recientes e importantes transformaciones y, lo que es más importante, es en la actualidad más poderosa que el Estado o, cuando menos, dispone en mayor medida sobre medios e instrumentos de poder.

La otra aportación la ofrece el estudio y conocimiento de los poderes normativos y organizativos de la sociedad que se producen y articulan a través de la autorregulación. Son dos las principales modalidades de autorregulación que acaban por categorizarse en este debate, adquiriendo así carta de naturaleza.

Uno es el de la autorregulación primaria, por así llamarla, que se genera y agota en el seno de la sociedad, de sus sectores y sistemas. Una autorregulación con la autoridad y efectos que le reconozcan los propios agentes que en ella intervienen.

La otra modalidad, de mayor calado y enjundia jurídica, es la que se conoce como autorregulación regulada.⁵ Es la autorregulación de origen

⁴ *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

⁵ La obra de referencia es sin duda la de Mercé Darnaculleta, *Autorregulación y Derecho Público. La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

social que es encuadrada en el ordenamiento jurídico y asumida por él. Esta articulación de la regulación pública y la autorregulación privada se considera una fórmula muy adecuada para superar los problemas de ejecución de normas jurídicas cuando topan con complejos y cerrados sistemas autorreferenciales. Se pretende en estos casos poner en sintonía la regulación o legislación pública con la autorregulación de estos sistemas. De este modo se aprovechan las energías de la autorregulación social, con su componente experto y el consenso de los operadores que en ella participan, y se mantiene la supremacía normativa de la regulación pública que la reconoce e integra de algún modo.

En cualquier caso, este debate tan extendido dejaba el terreno abonado para la gestación de nuevas concepciones sobre las función y modelo de Estado, del sector público y las Administraciones.

3. *El Estado garante como alternativa al Estado prestacional*

Una elaboración conceptual del Estado que se explica del todo en la nueva posición y correlación que adopta ante la sociedad es la que lo concibe y presenta como Estado garante.

A. El Estado garante como reacción al adelgazamiento y otras concepciones reductoras del Estado

El origen del Estado garante se sitúa en el movimiento crítico que se desarrolla en Europa en torno a las imponentes magnitudes alcanzadas por el Estado social y los elevados costes que conlleva, también destacadamente para el sector privado, empresarial, que ve mermada así su competitividad en una economía sin fronteras, global, y donde se compite directa y efectivamente con nuevas potencias económicas que no conocen ese modelo tan evolucionado como costoso que es el Estado social, ni cargan por ello con sus costes.

El debate fue intenso y temprano en Alemania, por dos razones sobre todo: una es la arraigada tradición que allí tiene, con todo su trasfondo histórico y filosófico, el Estado social; otra, la responsabilidad de su clase política que percibió el cambio de los tiempos y las disfunciones que suscitaba ese modelo de Estado; una responsabilidad elemental y nada meritoria pero que contrasta con la frívola irresponsabilidad de nuestra clase política que por entonces mantenía e incrementaba el nivel de gasto público sin querer mirar siquiera lo que la realidad mostraba de manera inequívoca. En el ámbito

estrictamente doctrinal del Derecho público hay constancia entre nosotros desde hace ya un tiempo del debate y los informes sobre la reducción o adelgazamiento del Estado, informes que no suscitaron interés alguno entre nuestros responsables políticos ni por supuesto afectaron a la desafortada política de gasto público para mantener e incrementar lo insostenible.⁶

La revisión en Alemania del modelo de Estado apuntó, sobre todo en foros políticos, hacia soluciones un tanto simples y primarias: la reducción, el adelgazamiento del Estado, el Estado mínimo.⁷ Un Estado que gaste y cueste menos. Pero en foros doctrinales y académicos se trató de rebasar esta dimensión meramente cuantitativa, atenta exclusivamente al coste, con el objetivo de otorgar al Estado una nueva función en la que justificarse y adquirir así una nueva identidad. Se repara entonces en que por diversas razones —limitaciones económicas, de conocimiento, de instrumentos, etc.— el Estado no puede mantener su presencia activa, prestacional, capilarmente extendida a todos los puntos de la sociedad, cuando la gran parte de instrumentos y medios han pasado a manos privadas.

El Estado debe entonces replegarse a otras posiciones estratégicas y desde ellas desarrollar una actividad con otra longitud de onda. No se trata ya de la actividad material directa —de control, de prestación o de otro tipo— para la que no dispone de medios o conocimientos, pues se encuentran éstos en la sociedad, sino de garantizar que sus cometidos se realizan ahora adecuadamente, con los niveles de objetividad, accesibilidad y calidad exigibles, por los agentes privados que disponen de los medios. El Estado ha de mantener en lo posible, garantizar, sus fines sin disponer de los medios e instrumentos que tenía hasta tiempos recientes.

La privatización de medios, instrumentos, de funciones como más recientemente se han producido, constituye así un presupuesto del Estado garante que no sería concebido como tal, ni percibida su utilidad, si el Estado dispusiera de todos los medios para hacer efectivos sus fines. El

⁶ En foros académicos sí que se prestó alguna atención a estos informes y propuestas por parte de quienes se mostraban más al tanto de las novedades del Derecho comparado y las daban a conocer; así en la muy ilustrativa crónica de Mercé Darnaculleta y Marc Tarrés, «Adelgazamiento y modernización administrativa. A propósito del Informe *«Schlanker Staat»*», *Revista Autonomías*, Núm. 26, 2000, pp. 335 y ss.

⁷ Sobre la elaboración del concepto de Estado garante como reacción a las propuestas reductoras que apuntaban hacia el llamado Estado mínimo, T. Vesting, «Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat», en W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Assmann, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, Beck, Munich, 2000, págs. 111 y ss.

Estado garante tiene pues ante sí el reto mantener los fines sin disponer de los medios.⁸

Hay por lo demás un entorno, más que un presupuesto, que ha propiciado la génesis conceptual del Estado garante. Ese entorno es el que configura la Unión Europea, con una estructura articulada sobre un principio y presupuesto similar al del Estado garante que ya conocemos: la Unión se marca unos fines y objetivos para cuya realización no dispone de los medios ejecutivos necesarios que están en poder de los miembros, los Estados. El reto y objetivo primario de la Unión Europea será entonces establecer sistemas y fórmulas con los que garantizar en lo posible la realización de su programa, el cumplimiento de sus fines, con los medios de los Estados.⁹ El Estado garante se encuentra de algún modo ante el mismo reto cuando los medios necesarios para la ejecución están en manos de los que tradicionalmente se han considerado sus miembros, los particulares, los sujetos privados.

B. La recuperación del concepto del bien común

Interesa reparar ahora en un aspecto absolutamente fundamental a nuestros efectos y que las nuevas concepciones del Estado y el sector público no hacen sino destacar, sacando a la luz y situando en una posición del todo central algo que hasta ahora pasaba un tanto desapercibido. Así al Estado garante, en el que ahora reparamos, le corresponde en exclusiva establecer las finalidades, los objetivos, la programación que se orienta a la atención del interés público. Se trata, en realidad, de la definición del bien común, un concepto éste, el del bien común, que se tenía olvidado y que ahora resurge con fuerza, recuperando su terminología característica procedente de la escolástica. El término bien común (*Gemeinwohl*, *Common Good*) ha experimentado en efecto una extraordinaria recuperación y difusión no sólo en la reflexión en torno al concepto de Estado de garante, sino en todos los debates que tienen como trasfondo la correlación entre Estado y sociedad, desde la discusión que hemos referido (*Steuerungsdiskussion*) en torno a la función directiva del Derecho sobre la sociedad, hasta la noción de Estado regulador que trataremos de inmediato, pasando por el debate estrictamente

⁸ C. Franzius, «Der «Gewährleistungsstaat» ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?», en *Der Staat*, n. 42, 2003, p. 493 y ss.

⁹ Sobre ello me permito la remisión al texto de mi ponencia, «La regulación de la economía desde el Estado garante», *Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho administrativo*, Vol. 2, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pags. 79 y ss.

filosófico en el que el revitalizado concepto del bien común ocupa un lugar muy relevante en la actualidad. Todavía más recientemente, el concepto de bien común se ha rehabilitado y revitalizado de manera extraordinaria como elemento corrector del capitalismo global, sin rostro, y del individualismo más insensible que están agudizando la crisis económica que nos atenaza.¹⁰

El concepto de bien común hacia el que ahora se tiende la mirada tiene entre sus más destacadas referencias el que elaborara en su momento Tomás de Aquino a partir de las ideas expuestas por Aristóteles en su *Política*. Se está estudiando y especulando mucho sobre las razones que explican el espectacular «*revival*» de las concepciones escolásticas sobre el bien común.¹¹ Para mí, y en el marco de cuestiones que aquí nos ocupan, la razón fundamental se encuentra en la sintonía de las ideas de Tomás de Aquino con la sociedad actual, atendiendo sobre todo a la fragmentación que en ella se observa y aquí hemos constatado. El concepto de bien común que maneja este filósofo parte del previo reconocimiento de la pluralidad, de la diversidad, que era característica de la sociedad medieval, y en plena coherencia con ello reconoce y admite que individuos, grupos, organizaciones diversas, puedan aspirar legítimamente a sus bienes propios, individuales o particulares.

La asunción de estos presupuestos pone en estrecha sintonía la concepción de Tomás de Aquino con las sociedades multiculturales vigentes en las que conviven diferentes valores y bienes con grados de apreciación que pueden ser distintos en función del prisma cultural. Pero también esta doctrina del bien común está mostrando su potencia como contrapunto al proceso de fragmentación social al que aquí prestamos atención: a la configuración de sistemas autorreferenciales que desarrollan efectivos procesos de autorregulación con los que le ganan espacios al Estado, a la pérdida de sentido de lo común¹² y de la propia noción de sociedad.

¹⁰ Una muestra de ese protagonismo rector —o corrector— que a ese concepto se le atribuye en el actual panorama es el libro de Ch. Felder, *La economía del bien común*, Ed. Deusto, 2012, donde se reconoce de manera explícita a Tomás de Aquino la autoría del concepto y doctrina del bien común que adquiere un renovado interés en el actual panorama.

¹¹ Una excelente exposición del debate suscitado en torno a esos estudios y del éxito de la concepción de Tomás de Aquino puede encontrarse en el libro de Mary M. Keys, *Aquinas, Aristotle, and the Promise of the Common Good*, Cambridge University Press, 2006.

¹² En este sentido se destaca con acierto como en la ola privatizadora que hoy se expande, «la noción de privado no se opone a lo público, sino a lo común. La mundialización no conlleva una privatización del Derecho en el sentido de entregarlo a los intereses priva-

Lo que confiere actualidad y versatilidad a esta doctrina es que no invalida los bienes o valores parciales que puedan pretender los grupos o sistemas sociales. Pero no hace al bien común dependiente de ellos, lo libera de las cargas de esa sociedad fragmentada. El bien común, esto es lo definitivo, no es, en la concepción tomista, la suma de los bienes particulares de esos sistemas o grupos. En esto se opone frontalmente la concepción liberal, dominante en los dos últimos siglos desde su inicial formulación por Adam Smith, y que es la de que la procura del bien particular es la vía para alcanzar el bien común que sería de ese modo la suma de los bienes particulares.

El concepto adquiere entonces una destacada relevancia en la nueva correlación entre Estado y sociedad que aquí vislumbramos. Con un Estado que parece vaciarse y quedar sin razón de ser al entregar buena parte de sus funciones más características a la sociedad;¹³ pero a una sociedad fragmentada, sin sentido de sí misma y de su unidad; una sociedad incapaz por tanto de articular, definir y tutelar el bien común, por encima de los intereses parciales de sus grupos, sectores o sistemas. Y es ahí donde el Estado muestra unas capacidades que no concurren en la actual sociedad, porque en esa nueva correlación, marcada por el amplio flujo de medios y funciones del Estado a la sociedad, lo único que permanece incuestionado en el Estado, que no se ha trasladado a la sociedad, que no se ha privatizado, es la definición del bien común ¹⁴ y la concreción de los objetivos para hacerlo efectivo. Aunque más exactamente, para la concepción tomista del bien común, la función del Estado es protegerlo y adecuarse a él; la ley la define así Tomás de Aquino como la adhesión racional al bien común.

Esta es una función que se predica y se destaca del llamado Estado garante al que corresponde preservar, garantizar, la realización de ese bien

dos, sino porque favorece la multiplicación de mundos en detrimento del mundo común», *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*. Odile Jacob, Paris, 2010, p. 210. P.; consideraciones similares son las que hemos visto que pueden realizarse desde la teoría de los sistemas.

¹³ Al respecto, A. Schaub, «Libéralisation et respect de l'intérêt général», en Conseil d'État, *L'intérêt général*, Études et documents du Coseil d'État, La Documentation française, Paris, 1999.

¹⁴ Que en un Estado de Derecho corresponde su definición a las instancias legislativas constitucional y democráticamente legitimadas. Es en este sentido en el que afirma Jürgen Habermas que «la política se ridiculiza a sí misma cuando se pone a moralizar en lugar de apoyarse en el derecho coercitivo del legislador democrático. Ella, y no el capitalismo, es la responsable de que las cosas se orienten hacia el bien común», *La Constitución de Europa*, Madrid, 2011, p. 72.

común sin disponer de buena parte de los medios pues están en manos de sujetos privados, de la sociedad. Pero así como a la sociedad se le reconoce la titularidad sobre muchos medios, hasta hace poco en manos públicas, que de esta manera no gravan las cuentas del Estado y pueden tener, según los casos y las apreciaciones, una gestión más eficiente, a esa misma sociedad no se le reconoce hoy, tal como hemos podido percibir al asomarnos a los análisis actuales de la realidad social, la capacidad para articular, definir y garantizar el bien común.

4. *El Estado regulador. El repliegue estratégico del Estado ante la pérdida de posiciones de titularidad*

El que se ha dado en llamar Estado regulador es otro de los modelos alternativos cuya eclosión se produjo también con ese profundo reajuste en las relaciones entre Estado y sociedad.

El concepto o modelo de Estado regulador está por precisar y definir con unanimidad, si es que alguna vez se alcanza esa caracterización generalizada. En cualquier caso resulta de interés a nuestros efectos lo que con esta denominación se expresa que no es, en lo sustancial, otra cosa que la pérdida por el Estado de las posiciones de titularidad, sobre servicios, sobre medios financieros, sobre conocimientos, sobre medios humanos en las que había fundado sus facultades de intervención sobre la sociedad y la economía. Dos concepciones de Estado regulador, una estricta y otra más amplia, pueden advertirse en ese horizonte.

La primera se centra en los servicios económicos de interés general, particularmente los servicios en red, y tiene su eje principal de poder en las llamadas autoridades reguladoras.¹⁵ La segunda concepción se extiende más allá de los servicios de interés general y la actividad económica para caracterizar la nueva postura y orientación del Estado ante la pérdida de posiciones de dominio en las que había venido amparando tradicionalmente su regulación en el ámbito económico¹⁶ y en otros muchos.

¹⁵ Esta concepción reducida es la que puede advertirse, entre otros, en Antonio La Spina y Giandomenico Majone en su libro *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bolonia, 2000. Con mayor extensión y detalle, Breyer/Stewart/Sunstein/Vermeule/Herz: *Administrative Law and Regulatory Policy*, 7 ed., Wolters Kluwer, New York, 2011.

¹⁶ La Spina y Majone destacan al efecto como «storicamente la proprietà pubblica è stata la principale forma di regolamentazione economica in Europa». *Lo Stato regolatore*, cit. p. 17.

A. El concepto estricto de Estado regulador centrado en la regulación de la economía y servicios económicos de interés general

Ese modelo de Estado regulador se adscribe ordinariamente a la órbita anglosajona, a Estados Unidos particularmente, donde la regulación, las autoridades reguladoras, cuentan con una larga tradición que se remonta al último tercio del siglo XIX.

Es necesario diferenciar dos modelos de regulación económica de las *public utilities* que se suceden en el tiempo. En realidad es el modelo que se instaure más recientemente, en la última década del pasado siglo XX, el que se debe en muy buena medida a la nueva correlación entre Estado y sociedad y que, por ello mismo, despierta un particular interés en la Europa continental donde acaba por dejar una marcada impronta, sobre todo en ciertos sectores económicos, particularmente los llamados servicios en red, con una previsible extensión a otros sectores que apuntaremos de inmediato.

El primer modelo de regulación norteamericano no suscitó interés significativo en Europa porque, aunque los presupuestos conceptuales e ideológicos eran formalmente distintos, la operativa coincidía sustancialmente y conducía a unos resultados muy similares. La diferencia fundamental estaba en la noción de titularidad. En Europa era firme la idea, que tenía sus antecedentes en las regalías, de que toda una serie de actividades y servicios estaban bajo la titularidad estatal, aun cuando su gestión podía concederse a sujetos privados vinculados a la Administración mediante un contrato en el que se aseguraba a ésta una posición de supremacía y directiva.

Esa idea de titularidad pública era del todo ajena a la cultura jurídica de los Estados Unidos de América. Las mismas actividades y servicios las podía desarrollar y gestionar cualquier empresa privada, pero cuando se adquiere conciencia del interés público del que están revestidas esas actividades¹⁷ se acaban categorizando como industrias o servicios de utilidad pública (*public utilities*) y quedan sujetas a regulación por una autoridad reguladora según un modelo regulatorio que gira en torno a la llamada tasa de retorno (*rate of return*) en la que resultan determinantes los costes en los que incurre la empresa gestora, que podrá entonces fijar precios y tarifas que le permitan cubrir costes y obtener unos beneficios razonables, nunca

¹⁷ «Clothed with a public interest», es la expresión utilizada por la Supreme Court de los Estados Unidos de América en su sentencia de 1871 por la que resolvía el caso *Munn v. Illinois* que está en el origen de la actividad de regulación, de las *public utilities* de y del propio Derecho administrativo en aquel país.

excesivos. Si los costes varían, también lo harán los precios y tarifas en la misma proporción. La agencia reguladora fijará también los estándares de calidad y seguridad de la *public utility* de que se trate.¹⁸

Pero en Europa se había llegado a resultados muy similares al admitirse la mutabilidad de los contratos de servicios públicos que giran a partir de entonces en torno a lo que se conoce como la ecuación económico financiera: la alteración en los costes por encima de un cierto umbral habría de conducir a una modificación proporcional en la retribución del concesionario a través de precios y tarifas. Una ecuación económica financiera que, como es fácil advertir, acaba cumpliendo la misma función reguladora que la tasa de retorno o *rate of return*.

La novedad y alteración sustancial se produce en Europa como consecuencia de la progresiva pérdida del Estado de la titularidad sobre medios, servicios y actividades que pasan a la órbita privada. Es entonces cuando se mira al modelo de regulación de los Estados Unidos de América al que le es ajena la idea de titularidad pública sobre los servicios. Un modelo que se había transformado profundamente en las dos últimas décadas del pasado siglo: el tradicional de regulación en monopolio mostró notables disfunciones que lo hicieron objeto de severas críticas y reformas¹⁹ que condujeron al vigente modelo de regulación en competencia que acaba por extenderse a muchos Estados europeos que a finales del siglo xx se veían ante la tesitura de configurar un sistema en el que se atendiese al relevante e inequívoco interés público presente en toda una serie de servicios que hasta entonces estaban bajo una titularidad pública.

El modelo de regulación en competencia presenta una marcada diferencia estructural con respecto al de monopolio. En éste se configura una relación o estructura vertical que se articula en tres niveles: autoridad reguladora, operador monopolista y usuarios. El objetivo era que el operador no abusara de su posición monopolista, que ofreciera un servicio con unos determinados estándares de calidad y seguridad a cambio de unas tarifas

¹⁸ Una exposición muy clarificadora sobre el funcionamiento de ese modelo puede encontrarse en R. J. Pierce Jr/E. Gellhorn, *Regulated Industries*, 4.^a ed., West Group, St Paul, 1999.

¹⁹ Sobre la crisis en Estados Unidos del modelo de regulación en monopolio y los factores que la propiciaron el más elocuente análisis es el de J. D. Kerney/T.W. Merrill, *The Great Transformation of Regulated Industries Law*, *Columbia Law Review*, núm. 98, 1998.

razonables que le permitieran cubrir sus costes y obtener un beneficio igualmente razonable y estable que asegurase la captación de capitales en el mercado financiero.

En cambio, el vigente modelo de regulación en competencia presenta una estructura decisivamente marcada por el eje horizontal que articula las relaciones de competencia entre operadores. Es de esa competencia de la que se espera resulte la mejora en la calidad de los servicios, la innovación tecnológica y los precios más ajustados para los usuarios. La función primordial del regulador y del propio modelo será entonces hacer efectiva la competencia en unos servicios que por sus características congénitas —limitaciones de infraestructuras que utilizan, prestación en red, economías de escala, operadores dominantes procedentes del anterior sistema monopolista, etc.— hacen inviable una competencia natural entre operadores en situación de igualdad. El objetivo fundamental de este modelo de regulación será entonces recomponer y reconstruir la competencia allí donde el mercado no ofrezca las condiciones necesarias. Esta regulación comporta así una intervención en las relaciones entre operadores —que son, inequívocamente, sujetos privados— y en sus relaciones contractuales. Nos encontramos así con la novedosa intervención pública y aplicación de normas y principios de Derecho público a relaciones entre sujetos privados.²⁰

B. La reacción ante la pérdida de posiciones de titularidad. La regulación de operadores privados con proyección pública, de su actividad y sus relaciones

En un sentido más genérico, el Estado regulador es una alternativa a la pérdida de posiciones de titularidad y dominio estatal que se registra en muchos frentes. No sólo se trata ya de la titularidad perdida sobre servicios públicos y empresas, sino que en otros espacios o sectores no tan ostensibles, pero de similar o superior relevancia. Así, el espacio del conocimiento científico y técnico al que ya nos hemos referido destacando su reciente toma por el sector privado.

Otro fenómeno en la misma dirección en el que también hemos reparado es el de la imparable expansión de la autorregulación privada que está ga-

²⁰ Tema este, de la extensión del Derecho público a las relaciones entre sujetos privados que trato aquí más adelante y también, con mayor desarrollo, en mi artículo «La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria», *Revista de Administración Pública*, n. 189, 2012.

nando así espacios característicos de la regulación pública, tradicionalmente dominados por normas jurídicas, legislativas y reglamentarias, dictadas por instancias públicas.

Ante la pérdida de posiciones de dominio, el Estado habrá de cambiar su estrategia, recomponer sus posiciones, para regular —supervisar en unos casos, intervenir selectivamente en otros— estas dinámicas que se mueven bajo el impulso y dominio de sujetos privados.

A título de ejemplo, la que se conoce como autorregulación regulada y a la que habremos de referirnos más adelante es una reacción propia del Estado regulador pues con ella se pretende recuperar de algún modo una cierta capacidad de orientación, validándola y encauzándola en lo posible, sobre una autorregulación privada que ha ganado espacios muy relevantes de regulación.

La extensión del Derecho público a los espacios en los que el Estado ha perdido sus posiciones de dominio es otra reacción del Estado regulador que va más allá, como veremos, de las obligaciones de servicio público y otras fórmulas que operan en el círculo, más definido y estricto, de la regulación de servicios económicos de interés general.

Conviene en cualquier caso reparar ahora en que esa extensión del Derecho público a las relaciones entre sujetos privados se produce en un sistema, éste de la regulación en competencia, en completa sintonía con el llamado Estado garante: un Estado que abandona posiciones de dominio y titularidad —en este caso titularidad sobre servicios— pero que pretende garantizar la atención de los intereses generales cuando la titularidad y gestión de los medios está en manos de sujetos privados. La extensión a estos sujetos y a sus relaciones de principios y normas de Derecho público se erige así en una de las principales funciones instrumentales de este tipo de Estado²¹

²¹ Es en ese sentido que, como concluye Mercé Darnaculleta, «se cierra el círculo así con la consiguiente consideración: el Estado garante es, al mismo tiempo, un Estado regulador y, a la inversa, la regulación es una estrategia de intervención propia y característica del Estado garante», en su artículo «La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana», en Muñoz Machado/Esteve Pardo, *Fundamentos e instituciones de la regulación*, op. cit. p. 386. En la doctrina alemana, entre otros muchos, es M. Ruffert bien categórico al afirmar que «la regulación es un mecanismo para asegurar el cumplimiento de tareas públicas en el Estado garante» en su estudio sobre el concepto («Begriff») de regulación en la obra colectiva *Regulierungsrecht*, M. Fehling/M. Ruffert, (eds.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, p. 359. De esa obra y su entorno conceptual, en el que ahora reparamos, doy cuenta en mi crónica «La recepción en

Pero con estas referencias a la autorregulación regulada o a la extensión del Derecho público estamos dejando ya las que son concepciones en torno a nuevos modelos de Estado para adentrarnos ya en lo que son las fórmulas jurídicas y soluciones aplicativas que se están alumbrando en la nueva correlación entre Estado y sociedad que se presenta ante nosotros.

III. LAS FÓRMULAS JURÍDICAS GESTADAS EN LA NUEVA CORRELACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD

1. *La nueva orientación garantista. La necesidad de fórmulas de protección de los intereses generales ante el reforzamiento de los poderes privados*

Era muy clara y muy característica del Derecho público del Estado liberal su marcado garantismo de los derechos e intereses personales, privados, para lo que elaboró toda una serie de fórmulas de protección frente a las muy poderosas instancias y organizaciones públicas. La misma génesis del Derecho administrativo se explica justamente en este empeño. La evolución posterior de este Derecho quedó así tal vez en exceso marcada por esa inicial impronta garantista que ha ocultado de algún modo, o ha demorado, la percepción de las profundas transformaciones que se producen en las últimas décadas en las que el poder se recompone y fortalece en la sociedad, en los sectores privados, en los sistemas sociales, que se ven con fuerza incluso para asediar y hasta zarandear al antaño superpoderoso Estado. Los episodios protagonizados por agencias y organizaciones privadas emitiendo calificaciones sobre la solvencia crediticia de Estados soberanos son una muestra más, percibida claramente ya por la opinión pública, de esa recomposición de poderes, sobre todo porque se comprueban los efectos de esas declaraciones de entidades privadas, que pueden ser devastadores para los Estados.

Se está percibiendo así por vez primera la necesidad de establecer mecanismos de protección y garantía del propio Estado y, sobre todo, de los intereses generales, del bien común, cuya atención justifica su propia existencia. Ya hemos visto como la reciente, y un tanto subrepticia, reforma del artículo 135 de la Constitución se endereza directamente a la protección del propio Estado ante los riesgos derivados de su exposición a los mercados financieros.

la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía (Regulierungsrecht. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España)», en *Revista de Administración Pública*, n. 183, 2010, pp. 295 y ss.

Pero no sólo se trata de proteger la sostenibilidad del Estado mediante reacciones un tanto espectaculares en cuanto conllevan la reforma de la Constitución; también, y sobre todo, han de tutelarse y protegerse ahora unos intereses generales que pueden verse bajo la presión de unos poderes privados que, como ya nos consta, se han organizado y reforzado muy considerablemente. La mayor parte de los casos en los que ahora se percibe que los intereses generales pueden verse desatendidos es porque se ha producido en ellos una retirada —normalmente vinculada a procesos genéricamente llamados privatizadores— de la Administración o de los gestores públicos que se justificaban precisamente en la tutela de esos intereses. Pero la dimensión pública de los intereses en juego en estos servicios y funciones²² no desaparece en modo alguno porque desaparezca de ellos la Administración y asuman el protagonismo los operadores privados. Una vía de protección de esos intereses públicos es entonces la aplicación a estos sujetos públicos de las reglas de Derecho público que tienen como finalidad la protección de tales intereses. Se aplica así el Derecho público a sujetos privados y a relaciones entre sujetos privados si recaen sobre materias o actividades con una dimensión pública reconocida. Esa extensión del Derecho público puede no ser del todo pacífica pues rompe con concepciones dogmáticas muy arraigadas a las que nos referimos a continuación.

2. La aplicación del Derecho público a relaciones entre sujetos privados sobre materias, servicios y actividades de interés público

El Derecho público aplicado a relaciones entre particulares, sin presencia subjetiva alguna de una Administración o sujeto público, abre sin duda una grieta anchurosa en ciertas concepciones dogmáticas firmemente asentadas.

²² Cuales sean esas funciones y esos servicios es desde luego una cuestión debatida pero parece que en cualquier caso habrían de quedar comprendidas las funciones y sectores que en las dos últimas décadas, al filo del proceso de recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad se han deslizado desde el Estado, de la órbita y titularidad administrativa, hacia la sociedad. La explicación de ese tránsito está, como se ha destacado, en la capacidad técnica y racionalidad en términos de coste que muestra la sociedad y los operadores privados, pero no en que estas funciones y servicios hayan perdido su dimensión pública que permanece inalterada y no se cuestiona. Como experiencia ilustrativa, por abarcar diversos y relevantes sectores, la liberalización de servicios publicados que se produce en esas décadas no se ha percibido en modo alguno como una pérdida de la dimensión pública de los mismos (no en vano son objeto de una significativa reconversión terminológica: servicios de interés general) que ahora se pretende mantener y tutelar a través de la actividad administrativa de regulación

Se trata de las concepciones subjetivas que hacen de la presencia un sujeto público condición necesaria para la aplicación del Derecho público, o subjetiva de la Administración una condición necesaria para la aplicación del Derecho público, particularmente destacada por sus pretensiones sistematizadoras y la autoridad e influencia de su principal expositor, resulta la conocida concepción estatutaria del Derecho administrativo que lo comprende como un Derecho estamental, propio de una característica de sujetos, las Administraciones Públicas, precisamente.²³ Según esta doctrina no sería de aplicación el Derecho administrativo más allá de la órbita subjetiva de las Administraciones.

En los tiempos recientes el dominio de la complejidad ha puesto en cuestión este tipo de concepciones categóricas, pretendidamente sin fisuras que, por lo demás, fueron elaboradas en ámbitos estrictamente académicos para dar respuesta a específicas exigencias que en ellos se planteaban, como la determinación del objeto propio y característico de las diferentes disciplinas y asignaturas, áreas de conocimiento, de los estudios universitarios.²⁴

La realidad con toda su riqueza y complejidad ha venido cuarteando estas y otras doctrinas. El traslado a sujetos privados de funciones públicas que ya no son en muchos casos de mera gestión sino que comportan plenas capacidades decisorias, rebasa por completo los contornos de las concepciones subjetivas o estatutarias que circunscriben la aplicación del Derecho administrativo a las actividades y relaciones protagonizadas por las Administraciones Públicas. En el fondo, esas concepciones se apoyaban y encontraban su sentido en el paradigma de una correlación entre Estado y sociedad que hacía del Estado el eje y centro del poder público, de ahí la adscripción de aquellas a la estructura subjetiva del Estado y su aparato administrativo. Pero al alterarse y recomponerse esa correlación con el nuevo protagonismo de la sociedad en la detentación y ejercicio del poder público, en buena medida ganado al Estado, estas concepciones pierden su entorno conceptual y su paradigma de referencia. Y así es como se ha percibido en los análisis más certeros que aciertan a situar estas transformaciones en la marco de una recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad.²⁵

²³ E. García de Enterría, «Verso un concetto de Diritto Amministrativo come Diritto statutario», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año 10, 1960, pp. 317 y ss.

²⁴ Por supuesto que importante también para la determinación de la jurisdicción competente, pero eso también tiene que cambiar.

²⁵ Carrillo Donaire afirma así que «la trascendencia actual de la categoría —se refiere el autor a la de particulares que ejercen funciones públicas— está íntimamente ligada a la

Estas concepciones subjetivas se han visto por lo demás muy cuarteadas por una tendencia cada vez más firme a extender el Derecho público a toda una serie de relaciones entre sujetos privados, más allá por tanto de su ámbito tradicional de aplicación en torno al Estado, las Administraciones y Agencias Públicas. Una tendencia que parece cristalizar primero en fórmulas operativas en el entorno de la regulación de servicios de interés general, pero que rebasa este ámbito para proyectarse sobre otras modalidades de actuaciones o relaciones de sujetos privados en las que se ven afectados intereses públicos inequívocos que han de ser convenientemente atendidos y protegidos.

La reconfiguración de las relaciones entre Estado y sociedad se nos hace patente así una vez más. El Derecho público que se gesta en torno al Estado, a sus Administraciones como sujetos públicos ejecutivos, y que requería de su presencia para su aplicación, se extiende ahora a la sociedad postulándose su aplicación a relaciones en las que no interviene sujeto público alguno.

Se está produciendo así un doble y muy significativo flujo entre Estado y sociedad. El primero es la transferencia de medios y funciones desde el Estado a la sociedad, al sector privado; un proceso de privatización por usar una denominación genérica. El segundo es la extensión a estos sujetos privados, a ciertos aspectos de la actividad que desarrollan, del régimen de Derecho público, al menos de sus principios más característicos en la medida en que se va tomando conciencia de la significación y relevancia pública de ciertas actividades y funciones que estos sujetos privados desarrollan. En muchos sectores se repliega o desaparece la Administración Pública, o cuando menos su protagonismo gestor o su posición de titularidad. Pero no ha desaparecido la dimensión pública que se advierte en ellos y de ahí que se mantenga, o se recupere, el Derecho público, el Derecho administrativo, atento y sensible a los intereses públicos en juego, aplicado ahora a sujetos privados en el marco de sus relaciones.

De este modo el Derecho público, particularmente el Derecho administrativo, que se había gestado en la órbita del Estado, en torno a la actividad de la Administración, rebasa esa órbita originaria para extenderse a la otra

cuestión de los límites de aplicación del Derecho administrativo en la constante redefinición de las relaciones Estado-sociedad y al debate sobre el concepto mismo de la disciplina», J. A. Carrillo Donaire, que analiza de manera rigurosa un sector dominado por una complejidad técnica que desborda el conocimiento medio de las Administraciones lo que motiva el traslado a particulares, a la sociedad, de funciones públicas. *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons-Instituto García Oviedo, Madrid, 2000 p. 551.

esfera, la de la sociedad. Se trata de un movimiento que guarda relación con las transformaciones recientes en esa correlación entre Estado y sociedad. Se destacaba y constataba aquí como los centros e instrumentos de poder más relevantes se encuentran hoy extramuros del Estado, en la sociedad podría decirse. Ahí está la explicación y la pertinencia de la extensión de este Derecho limitador y regulador de los posibles abusos y arbitrariedades del poder, que es el Derecho administrativo, a ciertos aspectos de la actividad, de ciertos sujetos privados en la medida en que afectan a relevantes intereses públicos.

Se abre así una nueva dimensión horizontal en el Derecho público a la que habrá que prestarle especial atención. Las referencias originarias de este Derecho lo articulaban en torno a un eje vertical, jerárquico de algún modo: el que marcaba la relación entre poder público —la Administración en muchos casos— y el ciudadano o el sujeto privado. En su nueva orientación horizontal el Derecho público se abre así a relaciones entre sujetos privados.

Por supuesto que en esa nueva orientación la aplicación del Derecho público habrá de atenerse a unos criterios que marquen los límites de su aplicación. No se aplicará a cualquier sujeto, y a los que les resulte de aplicación lo será sólo en ciertos aspectos de su actuación. La determinación de esos criterios y límites de aplicación será sin duda una cuestión compleja y no falta de controversia. En cualquier caso, para plantear esta y otras relevantes cuestiones conviene distinguir diferentes supuestos y modalidades en la extensión del Derecho público al espacio subjetivo privado.

3. Las técnicas del modelo de regulación horizontal en competencia entre operadores

El actual modelo de regulación de servicios económicos de interés general es el que he dado en llamar modelo horizontal porque en él se advierte esta nueva orientación. La regulación pública se proyecta en efecto en las relaciones entre operadores porque se entiende que el sistema desplegará sus efectos racionalizadores y de optimización en materia de precios, calidad y seguridad si se consigue y mantiene una efectiva competencia entre los operadores.

Conviene reparar ahora en que esa extensión del Derecho público a las relaciones entre sujetos privados se produce en un sistema, éste de la regulación en competencia, en completa sintonía con el llamado Estado garante: un Estado que abandona posiciones de dominio y titularidad —en este caso

titularidad sobre servicios— pero que pretende garantizar la atención de los intereses generales cuando la titularidad y gestión de los medios está en manos de sujetos privados. La extensión a estos sujetos y a sus relaciones de principios y normas de Derecho público se erige así en una de las principales funciones instrumentales de este tipo de Estado.²⁶

En el ámbito de los servicios sujetos a regulación que ahora contemplamos, la intervención pública en las relaciones entre operadores se produce en momentos y entornos diversos. Uno de ellos es el acceso a redes si se trata, como es frecuente, de servicios que necesitan de este soporte técnico. Hay operadores que disponen de redes propias, que llegan a estar muy extendidas si pertenecen a operadores que ostentaron una posición monopolista en el anterior modelo regulatorio. Se trata entonces de que los operadores puedan interconectar sus redes, permitiendo así a los operadores entrantes acceder a las grandes redes de que disponen sus mayores competidores. La intervención de las autoridades reguladoras se concentra entonces en los acuerdos, contratos, de interconexión de redes entre operadores para situar a los operadores en una posición que permita la competencia efectiva entre ellos, evitando abusos de los operadores dominantes. Una intervención que con toda normalidad puede alcanzar al elemento fundamental de estos acuerdos: el precio de acceso a las redes.²⁷

Esta regulación pública percute así directamente sobre el núcleo mismo de la institución contractual en su configuración característica por el De-

²⁶ En ese sentido, concluye Mercé Darnaculleta, «se cierra el círculo así con la consiguiente consideración: el Estado garante es, al mismo tiempo, un Estado regulador y, a la inversa, la regulación es una estrategia de intervención propia y característica del Estado garante», en su artículo «La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana», en *Fundamentos e instituciones de la regulación*, op. cit. p. 386. En la doctrina alemana, entre otros muchos, M. Ruffert, es bien categórico al afirmar que «la regulación es un mecanismo para asegurar el cumplimiento de tareas públicas en el Estado garante» en su estudio sobre el concepto de regulación en la obra colectiva *Regulierungsrecht*, M. Fehling/M. Ruffert, (eds.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, p. 359. De esa obra y su entorno conceptual, en el que ahora reparamos, doy cuenta en mi crónica «La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía (Regulierungsrecht. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España)», en *Revista de Administración Pública*, n. 183, 2010, pp. 295 y ss.

²⁷ Sobre estas cuestiones resulta de gran interés el estudio de F. B. López-Jurado, «Técnicas específicas de los servicios en red», en *Fundamentos e instituciones de la regulación*, cit., pp. 759 y ss.

recho privado y la autonomía de la voluntad que se reconoce a los sujetos, inequívocamente privados, que son los operadores. Esta extensión del Derecho público, de la regulación pública, al plano horizontal de las relaciones entre operadores, sujetos privados, ha suscitado las naturales resistencias.

El Tribunal Supremo se ha enfrentado a esta cuestión destacando que las coordenadas de estos contratos y relaciones no son las propias y características del Derecho privado, aun siendo las partes inequívocamente sujetos privados, sino las propias del Derecho público, atento a los intereses públicos que puedan verse afectados.

Afirma así el TS que «la actuación de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones en la resolución del conflicto de interconexión entre los operadores contendientes Amena y Vodafone no requiere de la apelación a las doctrinas civilistas sobre el riesgo imprevisible, la ruptura del equilibrio contractual de la base del negocio o la frustración o novación del contrato por causas que hagan imposible o gravoso su cumplimiento por una de las partes, porque la función del órgano regulador se atiene a lograr el «equilibrio justo entre los intereses de las partes», con el objeto de garantizar los intereses públicos vinculados a la salvaguarda de la libre competencia entre empresas y el interés de los usuarios» (STS 1 octubre 2008).²⁸

Se reconoce así la intervención pública, la aplicación del Derecho público e, implícita pero consecuentemente, la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de posibles controversias, en determinadas relaciones entre sujetos privados. El Derecho público adopta así esta novedosa proyección horizontal que, en el marco de la regulación de servicios públicos en que ahora nos situamos, se produce con la configuración de un modelo de regulación que se articula como ya nos consta en torno a un eje horizontal que se conforma en torno a las relaciones entre operadores para alcanzar en lo posible una competencia efectiva entre ellos.

El sistema de regulación de servicios económicos de interés general ofrece por lo demás fórmulas específicas de relaciones y obligaciones entre sujetos privados, los operadores, que se enderezan a la atención de intereses públicos, corrigiendo o rechazando la tendencia característica del mercado y el interés privado.

²⁸ Más apoyatura jurisprudencial en esta misma línea puede encontrarse en mi trabajo «La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional», *Fundamentos e instituciones de la regulación*, cit. pp. 881 y ss.

Destaca al efecto el régimen de las llamadas obligaciones de servicio público que se inicia en el sector de las telecomunicaciones y extenderse luego a otros.²⁹ Tiene su sentido y justificación en un panorama marcado por la presencia exclusiva de operadores privados —abandonando así el Estado las posiciones de titularidad sobre estos servicios desde las que ostentaba poderes muy efectivos para la atención de los intereses generales— en sectores económicos de interés general. La lógica del mercado, de la oferta y la demanda, el interés particular de los operadores, conduciría a concentrar la prestación de estos servicios allí donde se configura la mayor demanda —así en las zonas urbanas o densamente pobladas— y lógicamente mayores son las expectativas económicas de rentabilidad. No habría interés alguno en los operadores privados por atender zonas o bolsas de población sin expectativas de rentabilidad.

Para corregir esta tendencia se establecen las llamadas obligaciones de servicio público que imponen al conjunto de operadores la obligación de ofrecer sus servicios en esas zonas o a esos segmentos de población que no resultan comercialmente atractivos pero que deben atenderse para alcanzar la igualdad y accesibilidad a servicios básicos que postulan las más elementales exigencias del bien común. Habrá de establecer entonces el regulador público, o los propios operadores mediante acuerdos, como se afrontan las obligaciones de servicio público y se distribuyen entre ellos. Las opciones son diversas como muestra la experiencia todavía reciente: puede que esas obligaciones se encomienden a un operador dominante, máxime si disfrutó de la ventaja del monopolio en el anterior sistema regulatorio; puede que se distribuyan de manera tendencialmente proporcional entre los operadores; puede que se constituya un fondo entre los operadores con aportaciones proporcionales para afrontar y financiar estas obligaciones de servicio público, etc.

4. La aplicación del Derecho público a relaciones entre sujetos públicos más allá de los sectores sujetos a regulación. La experiencia anglosajona

La tendencia a la aplicación del Derecho público rebasa en cualquier caso el marco del modelo de regulación horizontal en competencia. Este modelo sin duda ha propulsado la proyección horizontal del Derecho público, resultando de aplicación a relaciones entre sujetos privados desprendiéndose

²⁹ Fundamental sobre el tema, la monografía de M. Carlón Ruiz, *El servicio universal de telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2007.

así de estructura marcadamente vertical característica de las relaciones de Derecho público con la ineludible presencia en ellas de una autoridad o una Administración pública. Pero esa orientación horizontal tiende a rebasar el marco de los servicios económicos de interés general sujetos a regulación.

Es un fenómeno reciente necesitado por ello de particular atención, que puede considerarse bastante generalizado aunque presenta variantes en las diferentes culturas jurídicas en las que se produce. De particular interés resulta la evolución que se registra en la órbita anglosajona.

Fue significativamente en el Reino Unido y en los Estados Unidos de América donde, sobre todo durante los mandatos de Margaret Tahtcher y Ronald Reagan se llevaron a cabo las primeras políticas y experiencias privatizadoras, desreguladoras como también se las conoce, a gran escala.³⁰ Pero ha sido ya entrado el presente siglo cuando se advierte que buena parte de los servicios, tareas y funciones transferidas a sujetos privados tienen una incuestionable dimensión pública que puede quedar desatendida si se someten plenamente al Derecho privado. Por lo demás, la privatización, la externalización, u otras fórmulas materialmente similares,³¹ han llegado a propiciar verdaderas situaciones límite, que llegan a lo espeluznante en algunos supuestos, como pone de manifiesto el caso Blackwater que parece destinado a convertirse en un *leading case* no sólo en la materia de responsabilidad que ahora se suscita ante los Tribunales sino en otros importantes frentes.³²

³⁰ Aunque como ya hemos tenido ocasión de destacar, las primeras experiencias liberalizadoras como alternativa radical al modelo de regulación monopolista, entre las que destaca la impulsada por Alfred Kahn en el sector del transporte aéreo, se realizaron en la década de los setenta bajo la presidencia del demócrata Jimmy Carter y con la muy activa participación en esta política del senador demócrata Edward Kennedy.

³¹ Al respecto, G. E. Metzger, «Privatization as Delegation», *Columbia Law Review*, 103, 2003.

³² El 16 de septiembre de 2007, en la muy concurrida plaza Nisour de Bagdad, guardias armados disparan contra un vehículo que consideraron sospechoso al entrar en la plaza. El conductor es abatido y su cuerpo presiona el acelerador. Al acercarse el vehículo a mayor velocidad, los guardias disparan a quemarropa en todas direcciones causando la muerte de 17 civiles, entre ellos varios niños. Richard Frankel se plantea que como es posible que soldados entrenados, con la debida instrucción puedan cometer semejante barbarie. La respuesta es que no eran soldados. Se trataba de empleados de Blackwater USA, una compañía privada contratada por el Gobierno Federal para prestar «servicios de seguridad». Los detalles del caso y su tratamiento desde los principios de la responsabilidad por daños en R. Frankel, «Regulating Privatized Government through art. 1983», *The University of Chicago Law Review*, Vol. 76, núm. 4, 2009.

Es por ello por lo que se postula la aplicación del Derecho público a toda una serie de actividades desempeñadas antes por Administraciones Públicas y que habían sido objeto de privatización.³³ Se tiene el convencimiento de si no es así, no puede ejercerse un control efectivo sobre el desarrollo de estas actividades para verificar y garantizar la correcta atención a los intereses públicos en juego. No se han mostrado efectivas las fórmulas de control que, con mucha imaginación y esfuerzo por parte de los Tribunales, se han querido elaborar tomando como referencia los parámetros del *common law* para las relaciones entre particulares, propios y característicos del Derecho privado como la responsabilidad por daños, relaciones contractuales, o el régimen de las perturbaciones actualizado en torno a las inmisiones (*torts, contracts, public nuisance standards*).

La aplicación de normas y principios de Derecho público se considera ya incuestionable si a los sujetos privados se les atribuye una función pública mediante una decisión de la Administración, una concesión (*grant*), o reciben fondos públicos por una u otra vía, o si mantienen una relación contractual, en sentido muy amplio susceptible de abarcar múltiples modalidades, con la Administración.

No se trata desde luego de la aplicación masiva, rutinaria e indiscriminada del Derecho público a todos los sujetos privados que puedan ejercer funciones públicas o hayan sido destinatarios de operaciones privatizadoras puesto que ello los convertiría de hecho en sujetos públicos —Agencias o Administraciones— y eliminaría las aportaciones positivas o las expectativas que pudiera suscitar la privatización o la atribución de cometidos públicos a sujetos privados. Entre esas aportaciones se destacan la eficiencia económica, concretamente la racionalidad y ajuste en los costes que se supone al sector privado, y más recientemente —y sin duda con mayor proyección en el futuro como hemos tenido ocasión de destacar— el conocimiento experto que en muchos sectores ya no se encuentra en la órbita de la Administración Pública.

Se trata entonces de establecer criterios de aplicación del Derecho público a sujetos privados. La jurisprudencia, tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido ha reconocido en diversas ocasiones que a ciertos sujetos privados en la medida en que realizan funciones públicas o reciben fondos

³³ Vid. J. Freeman, «Extending Public Law Norms Through Privatization», *Harvard Law Review*, Vol. 116, 2003. pp. 1285 y ss.

públicos han de ajustar su actividad, o parte de ella, al Derecho público. La consecuencia más relevante de esa sujeción es la posibilidad de revisión judicial (*judicial review*) que es la característica determinante del *Administrative Law*. En ese entorno conceptual, la jurisprudencia había mantenido su adscripción al criterio tradicional de activación del control judicial que es la concurrencia del vicio de *ultra vires*: cuando la Agencia o la Administración excede en el ejercicio de sus poderes las facultades conferidas o delegadas mediante *statute*, mediante ley, por el Congreso.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia más reciente consideran que este criterio tradicional, que se inserta y explica en la teoría clásica de la *judicial review*, no alcanza a dominar toda una serie de actuaciones de sujetos privados en el ejercicio del poder público cuando tales cometidos no se han atribuido mediante ley o decisión del legislativo (*statute*), sino mediante actos o decisiones de las propias Agencias y Administraciones: a través de concesiones (*grants*), contratos (*contracting out*) y también en ciertos casos en los que se otorgan fondos públicos para la realización de determinadas actividades por sujetos privados. Es justamente por estas vías por las que mayormente discurre el proceso de privatización y externalización de funciones públicas. Si se mantiene a ultranza el criterio del *ultra vires*, que presupone la atribución de funciones por una norma, quedarían fuera de la revisión judicial y de la aplicación del Derecho público todas las actuaciones de sujetos privados que fueron facultadas por una decisión de la Administración.

Es por ello por lo que recientemente se tiende a utilizar criterios funcionales que reparan por tanto en el tipo de función que realiza el sujeto privado, considerando particularmente su posible relevancia o significación pública, para determinar la procedencia de la revisión judicial y la aplicación del Derecho público.³⁴

Entre otros que se han producido recientemente en diversas jurisdicciones, un caso que ha suscitado una gran atención doctrinal³⁵ y que para nosotros resulta muy significativo es el *Société de l'assurance automobile du Québec v. Cyr*, resuelto por la Corte Suprema del Canadá.³⁶ Se trata

³⁴ En esa misma línea, J. Freeman, «Extending Public Law Norms Through Privatization», *Harvard Law Review*, cit.

³⁵ De ella da cumplida cuenta F. Hoehn en «Privatization and the boundaries of judicial review», *Canadian Public Administration*, vol. 54, 2011, pp. 73 y ss.

³⁶ 2008, 1 S.C.R. 338 (Cyr).

de un caso que podríamos perfectamente adscribir a la realidad, conocida aunque no adecuadamente sistematizada entre nosotros, de las entidades colaboradoras de la Administración. Concretamente las entidades privadas que realizan funciones de control técnico relacionadas con la función pública de seguridad de los automóviles. Lo que se conoce en definitiva como Inspección Técnica de Vehículos.³⁷ El caso resuelto por la *Supreme Court* se inicia con una demanda presentada por *Yvan Cyr*, un mecánico de una compañía privada (*L'assurance automobile du Quebec*) que realizaba la función pública de inspección técnica de vehículos. Una función que se le encomendaba a esta entidad privada a través de un contrato con una Agencia pública. La controversia se planteó cuando se revocó la designación de *Yvan Cyr* como «*accredited mechanic*» para realizar esas funciones. La Corte entendió que resultaban aplicables al caso las normas de Derecho público.

Lo relevante es que se superó aquí el criterio tradicional del *ultra vires*, limitado a los casos en los que se había rebasado los márgenes de una delegación o atribución legal, por lo que requiere siempre de una norma o decisión del Congreso. Quedarían fuera del alcance de esa revisión judicial los casos, cada vez más frecuentes, en que esa atribución se realiza a través de un contrato, una concesión u otorgamiento (*grant*) por una Agencia o Administración. El criterio funcional que en este y en algún otro caso utiliza la Corte Suprema del Canadá permite extender el control judicial y la aplicación de las normas y principios de Derecho público a este tipo de supuestos.

Por ello mismo la doctrina ha valorado muy positivamente esta jurisprudencia puesto que de lo contrario, de mantenerse exclusivamente el criterio estricto del *ultra vires*, el Derecho público, y la atención a los intereses generales que le es propia, podía quedar al margen del amplio flujo que se produce en torno a toda una serie de funciones que las Administraciones y Agencias están transfiriendo, externalizando, por vía contractual o mediante decisiones de otorgamiento (*grant*).

Sin embargo se tiene conciencia de que la extensión o aplicación del Derecho público no es un objetivo en si mismo. De lo que se trata es de

³⁷ Objeto de atención también por nuestra doctrina por el entrecruzamiento de funciones públicas y sujetos privados que las ejercen vid. al respecto Estanislao Arana, «Naturaleza jurídica de la actividad de Inspección Técnica de Vehículos», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm., 54, 1999, pp. 9 y ss. Dolors Canals, «La jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad», *Revista del Poder Judicial*, núm. 56, 1999.

atender y proteger adecuadamente los intereses en juego. Si se advierte la presencia de intereses inequívocamente públicos, entonces puede ser conveniente la aplicación del Derecho público, aunque no siempre resulte la solución más adecuada.³⁸

Pueden establecerse al respecto una serie de criterios correctores y delimitadores de la aplicación del Derecho público a relaciones entre particulares en las que el interés público tiene una destacada significación.

El primero sería que el Derecho privado, naturalmente llamado a regular una relación entre particulares, ofreciese mecanismos y determinaciones capaces de dispensar a los intereses públicos en juego una protección efectiva.

Otro criterio modulador se advierte en la eficacia y los costes. La externalización o atribución a particulares de determinados cometidos antes cumplidos por la Administración se justifica en muchos casos por la eficacia que se espera de una gestión privada, descargada de las exigencias procedimentales del Derecho administrativo. También habría que ponderar en términos restrictivos la aplicación del Derecho público si conllevara un incremento desproporcionado de los costes para el erario público, sobre todo si la justificación de la privatización en el caso concreto de que se tratare viniese impuesta por la reducción o eliminación de costes.

La aplicación del Derecho público, entienden algunos autores,³⁹ debería ceder o contenerse si afectase a otros objetivos públicos o incluso intereses privados más relevantes.

En cualquier caso, la aplicación del Derecho público no habría de mermar o distorsionar los elementos característicos y positivos de la privatización entre los que destacan la eficiencia, los costes ajustados, la gestión y el conocimiento experto y la innovación o adaptación tecnológica. Cuando el Parlamento, mediante normas, o la Administración mediante decisiones singulares promueven procesos de privatización o externalización están buscando con toda lógica alguna —o todas— de sus aportaciones o ventajas. No tendría sentido entonces la extensión del Derecho público si merma o evita estas ventajas, pero eso mejor habría sido no acometer la privatización y mantener el sector o la actividad de que se trate en manos de un ente público.

³⁸ S. Page, «The web of managerial accountability: The impact of reinventing government», *Administration and Society*, n. 38, 2006.

³⁹ Así, F. Hoehn, «Privatization and the boundaries of judicial review», *cit.*, 2011, p. 93.

5. *La extensión del Derecho público por la vía subjetiva. Atribución de un cierto estatuto público a sujetos privados ejercientes de funciones públicas. La experiencia germánica*

La extensión del Derecho público, al discurrir por conductos diversos, ofrece también manifestaciones diversas. La que acabamos de presentar, prestando particular atención a su desarrollo en la órbita anglosajona, es la que convencionalmente podría denominarse la vía objetiva, pues supone la aplicación objetiva del Derecho público a sujetos inequívocamente privados.

Otra vía de expansión del Derecho público sería entonces la que, también convencionalmente, podríamos caracterizar como subjetiva: a ciertos sujetos privados se les aplica —a ciertos aspectos de su actividad— un régimen o estatuto de Derecho público sin que ello ponga en cuestión la naturaleza privada de los mismos pues no se convierten en modo alguno en Agencias o Administraciones Públicas.

Esta extensión del Derecho público por la vía subjetiva ha tenido un gran desarrollo en la órbita germánica donde este tipo de sujetos privados que, bajo su propia responsabilidad, ejercen funciones públicas son perfectamente reconocibles en la categoría —perfectamente definida y asentada, con un renacimiento y desarrollo espectacular en los últimos tiempos al filo del fenómeno privatizador— de los *Beliehne* o habilitados.

Ya en el siglo XIX las leyes de varios Estados alemanes reconocieron plenos efectos públicos a las actuaciones y decisiones de ciertos sujetos privados, como si se tratase de resoluciones adoptadas por la propia Administración. Podemos utilizar a título de ejemplo el significativo y recurrente sector —que nos aparecía en el apartado anterior en la órbita anglosajona, caso Cyr— del control técnico por razones de seguridad.⁴⁰ En el siglo XIX, en plena revolución industrial se constituyeron en Alemania asociaciones privadas de ingenieros e industriales que realizaban controles técnicos de

⁴⁰ Sector que significativamente ha suscitado entre nosotros los estudios más relevantes, como el del propio J. A. Carrillo Donaire, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons-Instituto García Oviedo, Madrid, 2000, el de D. Canals, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003 o el de M. Izquierdo, *La seguridad de los productos industriales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000. Más recientemente y con un enfoque más amplio, también de D. Canals, «El ejercicio de funciones públicas por entidades colaboradoras de la Administración» en la obra colectiva del mismo nombre dirigida por A. GALÁN, Huygens, Barcelona, 2010, pp. 21 y ss.

artefactos que generaban riesgos, sobre todo calderas de vapor que por entonces explotaban con alguna frecuencia. En un momento dado, el Estado —la primera expresión la ofrece la Ordenanza (*Verdornung*) del Estado prusiano de 1874— reconoció este tipo de controles y certificados como propios, como si hubieran sido realizados por su Administración y con sus propios funcionarios. El Estado prusiano ya era consciente entonces de que el conocimiento técnico estaba más del lado de las empresas y sus ingenieros que de los burócratas de su Administración, muy reconocidos en la tramitación de expedientes, ordenación de registros y otras muchas tareas, pero escasamente capacitados para apreciar las complejas cuestiones técnicas que se planteaban en torno a la seguridad de toda una serie de artefactos industriales.

De esta experiencia proceden las TÜV, Asociaciones para la Inspección Técnica, (*Technische Überwachung Vereine*), asociaciones privadas de técnicos e ingenieros que realizan funciones de control técnico. La singularidad de estos sujetos es que sus actuaciones o decisiones tienen los mismos efectos que si hubieran sido adoptadas por una Administración Pública. Para precisar esa sustancia característica, resulta conveniente e ilustrativo diferenciar su actuación con respecto a la figura del concesionario, que sin duda nos resulta más próxima. El concesionario es un gestor material de un servicio sobre el que las decisiones fundamentales —precios, desarrollo, proyección personal o territorial, etc.— son adoptadas por la Administración; el concesionario es un mero ejecutor de las mismas con la expectativa de obtener unos ingresos en esa gestión material. La correlación es clara: la Administración decide, el concesionario ejecuta materialmente, gestiona.

Esa correlación se invierte, justamente, con el tipo de sujetos habilitados (*Beliehne*) en los que ahora reparamos. Son estos sujetos los que deciden, los que resuelven, y, en todo caso, es la Administración Pública la que materialmente ejecuta esas decisiones. En el sector que contemplamos, el conocimiento técnico está en la órbita de particulares, ingenieros y técnicos. La Administración ordinaria es ciega para la toma de decisiones en esta materia. De ahí que la capacidad decisoria corresponde a estos sujetos privados habilitados —se decide, por ejemplo, el cierre de una instalación que rebasa el riesgo permitido— mientras que a la Administración, caso de intervenir, le correspondería una actuación meramente ejecutiva de la decisión adoptada el particular habilitado, en este caso haciendo efectivo el cierre de la instalación si hubiera oposición por su titular.

Los *Beleihne* operan en otros muchos sectores más allá del control de riesgos que hemos tomado como referencia por observarse de manera generalizada, también por supuesto entre nosotros, una transferencia de estas funciones públicas a sujetos privados. Se tiene la plena convicción de que se trata de sujetos genuinamente privados, pero no es menos firme el convencimiento de que ejercen genuinas funciones públicas; aunque no toda su actividad pueda tener esa relevancia pública. Así las TÜV, además de las funciones públicas en materia de inspección técnica y control de riesgos, desarrollan otro tipo de actividades comerciales en las que no tienen la condición de *Beleihne* ni se someten al Derecho público.

Pero el componente tal vez más característico, el elemento diferencial respecto a otras figuras, radica en la capacidad decisoria, resolutoria, que ostentan estos sujetos. No son ejecutores, gestores, de tareas públicas. Son personas que deciden bajo su propia responsabilidad; este es el rasgo más destacado por la doctrina y la jurisprudencia alemana. Se marca así la deferencia respecto a otros sujetos, los concesionarios destacadamente, que son meros gestores y cuya actuación puede imputarse en último término a la Administración titular del servicio; es ésta en último término la responsable del servicio, aunque su gestión material corresponda al concesionario. Hablo aquí, como habrá podido notarse, de responsabilidad en sentido amplio, en el sentido de titularidad, y no en la acepción de la responsabilidad civil por daños.⁴¹

Son por tanto sujetos con capacidad resolutoria y sus resoluciones tienen los mismos efectos que si hubieran sido adoptadas por la Administración. Entonces, en el entorno dogmático y conceptual del Derecho administrativo continental, la cuestión que inevitablemente se plantea es si estas resoluciones tienen o no el carácter de actos administrativos. La respuesta, tras un debate doctrinal y jurisprudencial que se desarrolló en los años sesenta del pasado siglo, es unánimemente afirmativa. Estos sujetos privados que han sido facultados mediante la correspondiente habilitación (*Beleihung*) dictan

⁴¹ Esta responsabilidad civil sí que se le puede atribuir al concesionario, si concurren determinadas circunstancias, pero no la responsabilidad derivada de la titularidad y dirección del servicio que corresponde a la Administración. En el Derecho alemán, el término que se emplea para caracterizar la actuación de los *Beleihne* es este último de responsabilidad (*Verantwortung*) en ese sentido más amplio de titularidad y de capacidad última de decisión (decisión bajo propia responsabilidad, *eigene Verantwortung*) y no el término de responsabilidad civil por posibles daños (*Haftung*).

auténticos actos administrativos cuando adoptan decisiones y resoluciones en el ámbito de las funciones públicas que les han sido encomendadas.⁴² De ello habrían de derivarse una serie de consecuencias en cuanto al régimen jurídico aplicable que se materializan de manera coherente en dos fases.

Una es la fase previa a esa resolución que tiene la naturaleza de acto administrativo: resulta aquí plenamente exigible y de ordinaria aplicación el régimen del procedimiento administrativo en las que son sus fases principales. Una vez adoptada la decisión por el sujeto privado habilitado, pueden interponerse los recursos que procedan quedando abierta en cualquier caso la vía judicial. La jurisdicción competente para conocer de estas resoluciones es, en plena coherencia con su naturaleza de acto administrativo, la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por supuesto que el régimen jurídico de los sujetos habilitados (*Beliehne*) para el ejercicio de funciones públicas rompe por completo cualquier tipo de concepción público subjetiva, o estatutaria, del Derecho administrativo que postularía la aplicación de este Derecho sólo a sujetos públicos, a Administraciones, o a relaciones jurídicas en las cuales ha de estar necesariamente presente una Administración. Los *Beliehne* contradicen abiertamente esta concepción y ahí se explica la polémica, anteriormente aludida, de hace cincuenta años cuando se acabó reconociendo la naturaleza de acto administrativo de sus resoluciones como genuinos actos administrativos.

Pero lo cierto es que en la actualidad esta figura se percibe como un antecedente en el fenómeno de traslado masivo de cometidos y servicios públicos que está conllevando la extensión del Derecho público, del Derecho administrativo, a buena parte de la actividad de estos sujetos privados. Esta extensión del Derecho público se está produciendo más recientemente, en una segunda fase, si se la quiere llamar así: la primera fase, que convencionalmente podríamos localizar en los ochenta y, sobre todo, en los noventa, sería la de la privatización de muchos servicios y funciones; pero es ya entrado el presente siglo cuando se plantea, en la línea y en la lógica en las que aquí reparamos, la aplicación, la extensión del Derecho adminis-

⁴² También entre nosotros se ha destacado categóricamente con relación a la actividad acreditadora de particulares en materia de seguridad industrial que «la responsabilidad del sistema queda en manos de sujetos privados que *dictan verdaderos actos administrativos* desde el punto de vista de la eficacia y los efectos jurídicos de su actividad», J. A. Carrillo Donaire, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, cit., p. 455 (la cursiva es mía).

trativo a estos sujetos destinatarios de procesos privatizadores, cuando se va adquiriendo plena conciencia de que es posible, y en muchos casos puede ser conveniente por razones pragmáticas, la atribución de esas funciones a sujetos privados, pero que no se puede desconocer su dimensión pública, la presencia de inequívocos intereses públicos que han de ser atendidos y protegidos por el Derecho público en el caso de que el Derecho privado, que es el primeramente llamado por la naturaleza privada de los sujetos intervinientes, no les dispensara una tutela adecuada.

La tradicional ecuación que se establecía tradicionalmente, en términos muy estrictos, entre sujetos públicos y Derecho público, se está rompiendo en muchos frentes en los que el Derecho público está desprendiéndose de su clásico eje vertical —relaciones entre sujetos públicos investidos de potestades y particulares— para extenderse a las relaciones entre sujetos privados si en esas relaciones están implicados intereses públicos relevantes.⁴³ En el categoría que ahora contemplamos, esa extensión del Derecho público se produce a través de una fórmula subjetiva, sujetando a determinadas personas privadas —o, mejor, a un segmento de su actividad— al Derecho público y bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que por ello se desvirtúe su naturaleza privada, ni se conviertan en sujetos públicos, menos aún en Administraciones Públicas. De ahí que en las exposiciones sistemáticas, en manuales y tratados, del Derecho administrativo no se considere en ningún caso a estos sujetos como Administraciones Públicas en su sentido subjetivo, aunque su actividad, o una parte de la misma, pueda calificarse como actividad administrativa.

Así es como en las exposiciones más aceptadas y convencionales del Derecho administrativo alemán se viene a distinguir entre la Administración directa o inmediata, que es la desarrollada por genuinas Administraciones Públicas en su acepción subjetiva, y la Administración indirecta o mediata, entre la que se encuentra la realizada por estos sujetos privados habilitados para el ejercicio de funciones públicas (*Beliehne*). Es evidente en cualquier

⁴³ Vid. al respecto el muy completo y documentado estudio de Mercé Darnaculleta, «La colaboración de entidades privadas en Alemania: los *Beliehne* o entidades que actúan como agentes descentralizados de la Administración», en *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas...cit.* Huygens, Barcelona, 2010. Las conclusivas palabras con las que esta autora cierra su artículo son, a nuestros efectos, definitivas: «En Alemania está claro, pues, que el ejercicio de funciones públicas, en sentido estricto, con independencia de la naturaleza pública o privada del sujeto que las ejerza, debe estar revestido de las garantías básicas previstas por el Derecho administrativo».

caso que el concepto de Administración que en estas exposiciones se está manejando es un concepto objetivo, considerando como Administración una actividad —sujeta a un régimen jurídico singular, el del Derecho administrativo— que pueden desarrollar tanto sujetos públicos —Administraciones primarias en sentido subjetivo— como sujetos privados.

Tal vez lo que más nos interese destacar de esta figura ha sido su espectacular relanzamiento en la última década. Se trata de una fórmula en franca expansión al filo del vasto proceso privatizador y de traslado a particulares de funciones públicas. En esta encrucijada la fórmula de los habilitados (*Beliehne*) se ha mostrado particularmente idónea para canalizar ese flujo tal como ha tenido ocasión de destacar la doctrina alemana del Derecho público.⁴⁴

Hasta hace poco más de una década, la categoría de los *Beliehne* suscitaba el interés de su singularidad, aunque sus concretas experiencias y materializaciones eran relativamente limitadas en la práctica. Sin duda el exponente estelar y más extendido eran las *TÜV* a las que ya hemos tenido ocasión de referirnos. Unas asociaciones de control técnico que tienen una gran intervención en la actividad industrial, la construcción, la tecnología y que por ello tienen una gran visibilidad social. Pero había otros exponentes de esta categoría: los capitanes de buque, los ingenieros auditores de construcción, y algunos pocos más que configuraban una reducida lista o nómina de estos sujetos que se mantuvo inalterable durante mucho tiempo.

Sin embargo en los últimos años, al filo del proceso privatizador y de traslado a particulares de funciones públicas, la fórmula conoce una gran expansión operando en sectores de gran actualidad o que han sido objeto de profundas reformas en tiempos recientes en el eje de la correlación entre lo público y lo privado, trasunto de la correlación entre Estado y sociedad. Así el sector aeroportuario y del transporte aéreo han experimentado como ya nos consta una considerable transformación de signo liberalizador y privatizador. En lo que es la gestión aeroportuaria, es mucho en principio lo que puede privatizarse, pero a los aeropuertos, a sus gestores, les compete una concreta función de incuestionable relevancia pública: la asignación de franjas horarias (que se conocen como *slots*) a las compañías aéreas para las

⁴⁴ Así lo destaca Andreas Vosskuhle, en la actualidad Presidente del Tribunal Constitucional Federal, en «Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung», *VVDStRL*, (*Publicaciones de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público*), núm. 62, 2003, pp. 266 y ss.

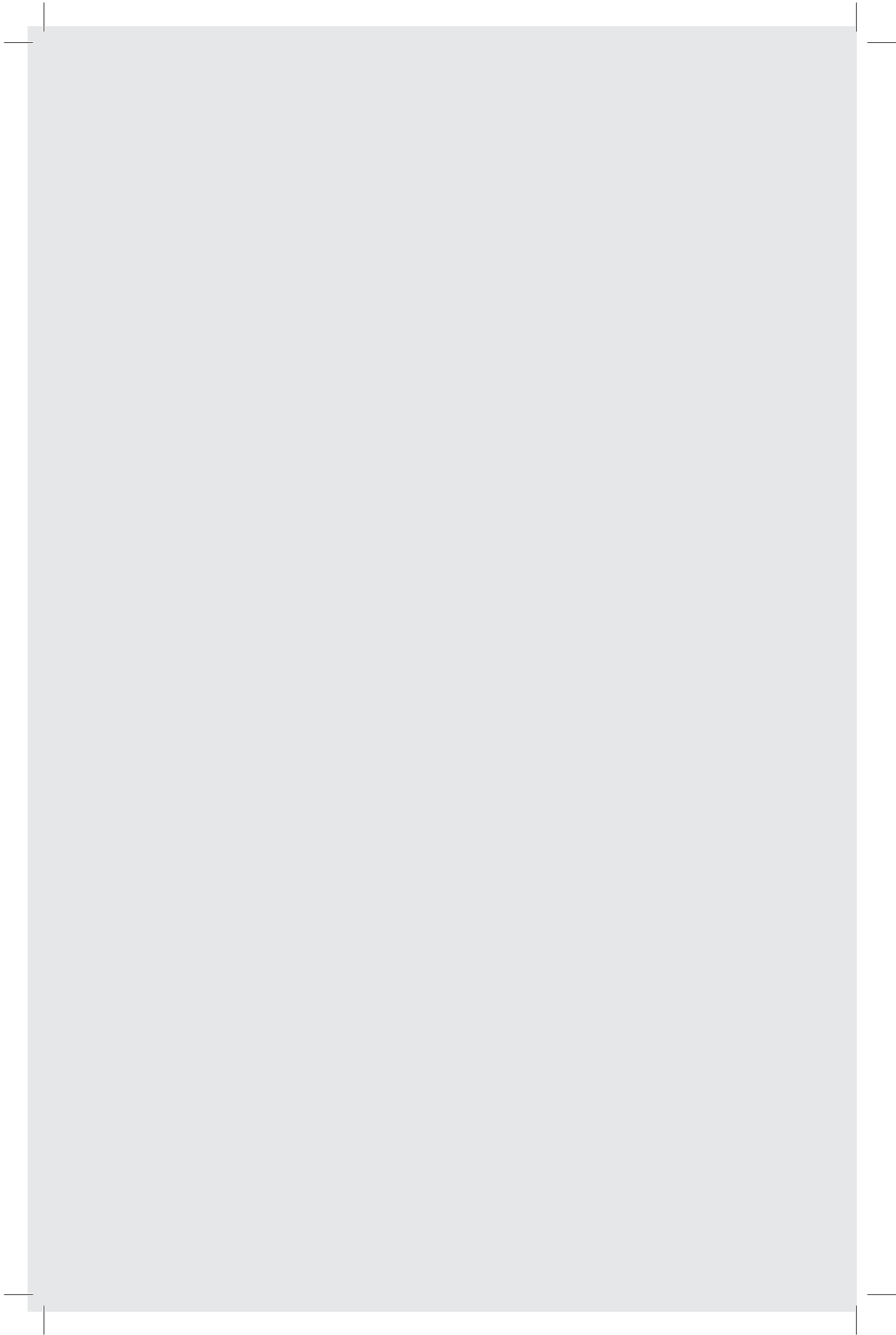
operaciones de aterrizaje y despegue de sus aeronaves. Esta es una función pública muy relevante para la regulación del transporte aéreo. El Derecho europeo establece que la asignación de estos *slots* habrá de realizarse a través de un procedimiento transparente y con criterios objetivos, apuntando sin duda al carácter público de esta función. En Alemania se ha recurrido significativamente a la fórmula de los *Beliehne* que permite la gestión aeroportuaria por un sujeto privado pero que, en el cometido concreto de la asignación de franjas horarias a compañías, ejerce una función pública para la que cuenta con la correspondiente habilitación. El procedimiento que siguen para la adopción de estas decisiones y los recursos que contra ellas puedan plantearse están regidos por el Derecho administrativo y es la jurisdicción contenciosa la competente para conocer de ellas en su caso.

Otros sectores de gran actualidad y proyección ofrecen también recientes y significativas experiencias en la aplicación del estatuto público característico de la *Beleihung*. Así el sector ambiental, donde tienen tal condición los acreditadores y verificadores ambientales.⁴⁵ O en el de residuos, al atribuirse el estatuto propio de la *Beleihung* a ciertos gestores que ejercen funciones públicas en el control, supervisión y decisiones sobre el tratamiento y destino de los residuos.

¹⁴⁴ Muy ilustrativa al respecto la crónica de M. Tarrés Vives, «Los sujetos privados en la gestión y auditoría medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la *Umweltauditgesetz* alemana», en esta Revista, n. 145, 1998, pp. 503 y ss. Se presenta ahí con toda claridad el modo en que el Ministerio de Medio Ambiente es facultado por la Ley para habilitar (*zu beleihen*) a sujetos privados para el ejercicio de funciones públicas y la aplicación a ellas de un régimen de Derecho administrativo.

RAPPORTI TRA POTERI NELLO STATO DI DIRITTO
DEL SECOLO XXI

Roberto Bin



1. Capita spesso che, per ipotizzare come si svolgeranno le vicende future, si debba volgere lo sguardo indietro, a un passato niente affatto recente. È questo sicuramente il caso dello Stato di diritto e delle relazioni tra i poteri. Da chiarire è innanzitutto di quali poteri si tratti. Noi abbiamo ereditato una stilizzazione dello Stato di diritto pesantemente influenzata dal pensiero liberale e dall'ideologia anti-statalista che lo pervadeva. Di ideologia però si tratta, di una deformazione dei significati autentici e originari dell'espressione.

La versione corrente del *Rechtsstaat* guarda quasi sempre alla teoria dello Stato di diritto in senso formale, quella elaborata in particolare da Stahl e dalla dottrina giuspubblicistica tedesca della seconda metà dell'800. Ma —come altrove ho cercato di mettere in evidenza—¹ questa rilettura ha cancellato le vere origini della teoria del *Rechtsstaat* e la funzione polemica che essa ha assolto ai suoi esordi. La lettura formale ha appiattito il sistema dello Stato di diritto riducendolo a un insieme di regole che riguardano, non tutto il diritto, ma solo il rapporto tra la legge e il potere esecutivo e la giustiziabilità degli atti della pubblica amministrazione.² Ciò bastava a soddisfare l'obiettivo liberale della limitazione del potere pubblico attraverso il vincolo alla legge e la tutela giurisdizionale nei confronti di ogni aggressione della sfera privata.

È inevitabile che, così ridotta, la prospettiva dello Stato di diritto appaia piuttosto priva di significato autonomo rispetto ai ben più articolati principi e regole che le costituzioni rigide contemporanee hanno introdotto al fine di assicurare la legalità dell'amministrazione e la tutela giurisdizionale dei

¹ In *Stato di diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali IV*, Milano, 1149 ss., 1161.

² Cfr. L. von STEIN, *Die Verwaltungslehre I*, Stuttgart 1869², 297 s.

diritti e degli interessi legittimi: e ancor meno può dirci degli svolgimenti futuri, in un mondo in cui —in prospettiva— all'amministrazione e alla giurisdizione nazionali non sembrano assegnabili ruoli particolarmente significativi. Ma è solo in questa dimensione, cioè nelle relazioni tra i tre poteri tradizionali dello Stato, che il *Rechtsstaat* esaurisce il suo significato prescrittivo?

Prima che il liberalismo economico volgesse la teoria dello Stato di diritto contro lo Stato, i teorici del *Rechtsstaat* avevano esaltato la funzione dello Stato e del suo diritto come garanzia di eguaglianza degli individui e protezione dei diritti e della proprietà dal potere economico e cetuale esercitato da altri individui.³ Lo Stato di diritto veniva invocato come baluardo della sicurezza dei cittadini, perché non lo Stato, ma la società, il popolo, la prepotenza dei privati costituivano la minaccia per gli individui.

Da questo punto di vista ha perfettamente ragione Carl Schmitt⁴ nel riconoscere in Hobbes il precursore dello Stato di diritto, proprio all'opposto di quanto ritiene il pensiero dominante che ne fa il teorico dell'assolutismo per antonomasia; infatti si dimentica così come la tutela della sicurezza dei cittadini e della loro eguaglianza di fronte alla legge fossero centrali nel pensiero di Hobbes e costituissero le ragioni che giustificavano la concentrazione nel sovrano del potere e dell'uso della forza.⁵ Quello era il primo obiettivo del contratto sociale immaginato da Hobbes: il problema di come lo Stato debba esercitare il potere viene dopo, sorge solo una volta che l'autorità pubblica abbia conseguito il risultato di porre sotto controllo l'esercizio del potere privato. Ben si spiega perciò perché la cultura giuridica dell'illuminismo dell'Europa continentale abbia posto come prima tappa del suo programma riformatore la codificazione penale e civile —ossia la riscrittura delle regole che proteggono la vita e i beni degli individui contro le aggressione e le prepotenze di altri individui, di chi esercita il *potere privato*— e solo dopo la codificazione costituzionale, come regola che delimita il *potere pubblico*.⁶ Come è stato ben spiegato, la legge —la legge dello Stato— riveste un significato centrale per la teoria dello Stato di diritto, perché è “il tramite indispensabile della libertà” e costituisce per l'individuo “l'unico

³ Cfr. E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, München 1971, 21-26.

⁴ Cfr. C. SCHMITT, *Die vollendete Reformation* (in *Der Staat*, 1965, 51 ss.), tr. it. di C. Galli in *Sul Leviatano*, Bologna 2011, 147.

⁵ Cfr. F. TÖNNIES, *Thomas Hobbes. Leben und Lehre*, Stuttgart 1925³, 221 s.

⁶ Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna 1976, 485 s.

strumento capace di proteggerlo dall'arbitrio".⁷ Di ciò si trova conferma nello stesso modello kantiano: "la nascita del diritto è legata alla sistematica prevenzione dell'interferenza privata, unilaterale, nell'intento di garantire la libertà e l'indipendenza degli individui da ciascun altro".⁸

2. Nel suo prelude, dunque, la teoria dello Stato di diritto non predicava affatto il distacco netto dello Stato, detentore del potere pubblico, dalla società civile. Le prime teorizzazioni del *Rechtsstaat* non contemplavano alcuna rigida delimitazione delle finalità dell'azione del potere pubblico. La classica contrapposizione con il *Polizeistaat* guardava all'aspetto dispotico dell'esercizio del potere, non al perseguimento del benessere dei sudditi cui tendeva la sua azione politica: riguardava i *modi* in cui lo Stato agiva, non le sue *finalità*. Come si chiedeva polemicamente lo stesso Mohl,⁹ chi vorrebbe vivere in uno Stato che si preoccupasse solo di amministrare la giustizia e non anche del benessere dei cittadini?

La drastica delimitazione dei compiti dello Stato, che porta con sé il netto rifiuto di ogni intervento mirato al *Wohlfahrt* dei cittadini, è quindi un'aggiunta ideologica spuria e posteriore, che risponde a una fase successiva in cui la sicurezza interna e esterna erano traguardi ormai da tempo acquisiti e perciò l'intervento dello Stato non era più apprezzato dall'*establishment* borghese. È solo a questo punto che s'impone una visione dello Stato di diritto distorta dall'ideologia liberale, la quale postula una rigida separazione dello Stato dalla società civile: le istituzioni pubbliche hanno solo il compito di difendere l'*ordine sociale*, non certo di cambiarlo; l'ordine sociale è il prodotto dei rapporti che si instaurano "spontaneamente" nella società; su di esso il potere pubblico non può intervenire se non per garantirne la prote-

⁷ P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano 2002, 94.

⁸ Così G. PALOMBELLA, *E' possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna 2012, 217.

⁹ *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Bd. I, Tübingen 18663, 5, n. 1. Che la teoria del *Rechtsstaat* non fosse affatto incompatibile con i compiti di "polizia" è ampiamente dimostrato da H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart 1964, 779 ss.; G. DIETZE, *Rechtsstaat und Staatsrecht*, in *Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag*, II, Tübingen 1966, 26-29; E. BÖCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Frankfurt a. M. 1969, 55. Ne era consapevole anche la dottrina italiana, quando l'espressione divenne "di moda": cfr. L. RAGGI, *La parabola di un concetto*, Camedino 1921 (estratto dall'*Annuario dell'Università 1907-1908*), 6.

zioni da aggressioni esterne, per assicurarne la stabilità e impedire con tutti i mezzi ogni tentativo di sovvertirlo attraverso l'azione politica. Lo Stato di diritto si ritira nel suo recinto, domina solo quella parte del diritto che regola l'azione del potere esecutivo, di cui la legge costituisce fondamento e limite – limite vigilato dalla giurisdizione.¹⁰ Che la legge non superi il suo perimetro è una fondamentale esigenza garantita dalle severe regole della rappresentanza parlamentare, da un suffragio censitario debitamente ristretto; e che il suffragio resti ristretto è assicurato dalla repressione armata di ogni rivendicazione sovversiva del suffragio universale. Solo così il “sommo bene” del mantenimento dell'ordine sociale *spontaneamente* stabilito dalla società può essere difeso dalle indebite ingerenze della politica e della sua roccaforte, lo Stato.

Questo tipo di Stato di diritto, ridotto alla sua dimensione formale, ha ormai perso la sua *autonoma* rilevanza. Il suffragio universale ha importato il conflitto sociale dentro le istituzioni rappresentative, la Costituzione rigida ha incorporato il progetto di mutamento dell'ordine sociale al fine di “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale” che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini,¹¹ la stessa legislazione è sottoposta al principio di legalità costituzionale e un giudice garantisce a tutti noi che essa non si svolga oltre i limiti tracciati dalla Costituzione.

Ma se l'immagine “liberale” dello Stato di diritto sembra dunque svanita nell'evoluzione costituzionale del '900, qualcosa del suo significato ancestrale appare al contrario riemergere oggi e offrire un nuovo significato allo Stato di diritto nella dimensione della globalizzazione. Al centro della scena sembra essere ritornato il problema antico dell'equilibrio nei rapporti di potere tra soggetti privati, dell'*homo homini lupus*.

3. Nella nuova dimensione del XXI secolo, lo Stato di diritto non parla più tedesco, ma inglese. Non è più il *Rechtsstaat* a riproporsi nella traduzione verso le diverse lingue nazionali del continente europeo, ma è il concetto di *rule of law* a entrare nell'uso comune senza alcuna traduzione, perché una traduzione in altra lingua ne forzerebbe il senso.

Confesso di provare sempre un certo allarme quando in un sistema giuridico viene importato un termine straniero che non abbia un suo corri-

¹⁰ Cfr. L. von STEIN, *Die Verwaltungslehre* I, Stuttgart 1869, 297 s.

¹¹ Così l'art. 3.2 della Cost. italiana.

spondente linguistico che lo possa tradurre. Non certo per nazionalismo, ma per chiarezza delle implicazioni e per la compressione che ne subiscono le corrispondenti nozioni della lingua nazionale, che designano altrettanti istituti giuridici —in parte coincidenti, in parte no— che di conseguenza vengono oscurati o distorti nel loro più autentico significato.¹² O le aree semantiche del termine autoctono e di quello d'importazione sormontano, e allora l'uso della terminologia straniera è solo un omaggio alla moda; oppure non sormontano affatto, e allora è indispensabile chiarire con esattezza che parti avanzino o vengano meno.

Per giunta, nella stessa letteratura di lingua inglese *rule of law* è una locuzione il cui significato è tutt'altro che chiaro. Come è noto, è molto discusso nella letteratura anglosassone quali siano i contenuti essenziali del *rule of law* e in che misura questa nozione si discosti da quella di *Rechtsstaat* (e dalle locuzioni che ne sono la traduzione). Ma su questa discussione non intendo soffermarmi, perché in larga parte trascende lo scopo di questo scritto. Essa pone al centro il problema di quanti e quali valori siano ricompresi nella nozione di *rule of law*, che viene spesso confusa con gli ideali di democrazia, giustizia, tutela dei diritti e della dignità umana;¹³ il mio obiettivo è invece capire che cosa quella nozione possa dire oggi a proposito del rapporto tra *ordine politico* e *ordine sociale*, cioè del problema storico attorno a cui si è sviluppata la teoria dello Stato di diritto. Forse le due prospettive non sono molto lontane, ma io non vorrei occuparmi delle eventuali implicazioni morali del *rule of law*, ma cercare piuttosto di intendere perché la versione inglese abbia soppiantato negli usi correnti la versione *storica* di Stato di diritto.

La confusione potrebbe essere una prima risposta. Come ha scritto Jeremy Waldron, *rule of law* fa parte di un “*cluster of ideals*” che costituisce il nucleo della moralità politica moderna, e in cui ogni termine si integra con gli altri e ad essi si surroga, quasi fossero concetti interscambiabili: “*democracy, human rights and perhaps also the principle of free market*”.¹⁴ Ciò potrebbe

¹² In questa direzione, ho provato a sottoporre a critica la nozione di *governance* in *Contro la governance: la partecipazione tra fatto e diritto*, in *Il federalismo come metodo di governo. Le regole della democrazia deliberativa*, a cura di G. Arena e F. Cortese, Padova, Cedam, 2011, 3-15.

¹³ Si vedano le caustiche considerazioni di J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, in *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford-New York, 1979, 210 s.

¹⁴ *The Rule of Law as a Theater of Debate*, in *Dworkin and his critics* (Burley J. ed.), Malden, MA-Oxford 2004, 318.

significare che, mentre il *rule of law* sembra essersi espanso riempiendosi di implicazioni “sostantive”, di contenuto, il *Rechtsstaat* ha subito viceversa da tempo un’evoluzione in direzione opposta, riducendosi ad un concetto formale che pone poco più di un astratto principio di legalità dell’amministrazione. Molti dei giuristi dell’era fascista trovavano possibile conciliare i principi dello Stato di diritto con quelli del regime: ciò non sarebbe neppure immaginabile in riferimento al *rule of law*. Oggi dobbiamo fare i conti con la più recente evoluzione dello Stato di diritto nello Stato costituzionale moderno. L’evoluzione è stata segnata—in conseguenza dell’affermarsi del suffragio universale, come si è ricordato poco fa— dall’inclusione dei diritti sociali nel catalogo dei diritti fondamentali e dall’affermazione dell’eguaglianza sostanziale accanto a quella formale. I vecchi principi dello Stato di diritto della tradizione liberale (legalità, tutela giudiziale dei diritti, separazione dei poteri, eguaglianza formale) sono stati ormai inglobati nel testo costituzionale, ricevendo in dotazione specifici meccanismi che li trasformano in regole precise; ad essi si sono aggiunti i nuovi “contenuti” sociali, per lo più strutturati come principi non ancora “ingegnerizzati”, ma che comunque estendono gli interessi tutelati ben oltre al catalogo delle libertà “negative”, dei diritti “liberali”, dell’eguaglianza formale. Oggi il vecchio Stato di diritto è stato soppiantato dallo Stato costituzionale di diritto, il suo programma liberale di separazione tra ordine sociale e ordine politico è sostituito dal programma democratico di trasformazione sociale attraverso le istituzioni costituzionali. È con questa concezione dello Stato, sviluppatasi essenzialmente nella seconda metà del xx secolo, che dobbiamo fare i conti.

La tendenza odierna a importare la nozione di *rule of law* e sovrapporla a quella di Stato di diritto, ritenendo questa ormai obsoleta, va quindi considerata con attenzione, perché, al di là delle mode linguistiche, sembra poter alludere ad uno spostamento di prospettiva: vi sono cose che il *rule of law* riesce esprimere e che non corrispondono né al *Rechtsstaat* classico né alla sua ristrutturazione ad opera delle costituzioni democratiche (il *sozialer Rechtsstaat* della costituzione tedesca). È possibile —ed è in questa direzione che vorrei muovere ora— che la differenza emerga in due punti essenziali e fortemente interdipendenti: la rinuncia alla statualità del *Rechtsstaat* e l’emarginazione del suo carattere sociale.

4. Il ricorso al concetto di *rule of law* “de-statalizza” lo Stato di diritto e quindi lo trasforma in uno strumento utile ad affrontare la sfida della glo-

balizzazione: potrebbe essere questa la tesi che legittima la sostituzione del vecchio concetto continentale di Stato di diritto con l'espressione inglese.

Che il *rule of law* prescindendo dallo Stato non sarebbe soltanto la conseguenza dell'assetto linguistico e dogmatico del diritto pubblico britannico, ma uno specifico tratto genetico dell'esperienza inglese. Come è stato affermato da Dicey, i diritti costituzionali sono, in Inghilterra, il prodotto di un processo "jurisgenerativo" che proviene dalla società e dalle sue strutture giudiziarie, non da un atto normativo volontario o da un organo costituente. Lo stesso può dirsi del diritto costituzionale: nell'esperienza inglese "le regole che in alcuni paesi stranieri sono per loro natura parte di un codice costituzionale, configurano non la fonte bensì la conseguenza dei diritti individuali così come essi sono definiti e garantiti dalle corti di giustizia"; da cui la fondamentale conclusione che "da noi, attraverso l'operato delle corti e del parlamento, i principi del diritto tra privati si sono estesi a tal misura da definire la posizione della Corona e dei suoi agenti".¹⁵

È un'immagine che risulta un po' antiquata nel contesto dello Stato moderno,¹⁶ ma da essa Gianluigi Palombella ha recentemente preso le mosse per tracciare alcune ipotesi che valorizzano proprio i tratti "de-statalizzati" del *rule of law* per farne il fulcro dell'edificazione di un diritto globale in cui la legalità e la tutela dei diritti possa essere sganciata dallo schema tradizionale della sovranità degli Stati.¹⁷ Ciò che attrae dell'esperienza inglese del *rule of law* è la natura comunitaria del diritto e dei diritti così plasticamente contrapposta alla pietrosa statualità germanica del *Rechtsstaat*: il primo sembra concepito per contrastare e limitare il sovrano, proprio laddove il secondo esalta invece la funzione dello Stato e del diritto prodotto da esso. Oggi, quando ormai sembra irreversibilmente superata la dimensione nazionale della sovranità — anzi la stessa sovranità "politica" come nota dominante dello spazio pubblico — proprio lo spazio pubblico sembra che possa essere ricostruito su scala mondiale, senza dover ricercare una nuova dimensione del politico, che ci riporterebbe inevitabilmente dentro i confini

¹⁵ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, tr. it. di A. Torre, Bologna 2003, 168 s.

¹⁶ Così J. WALDRON, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, in *Ratio Juris* 1989, 79 ss., 80.

¹⁷ Cfr. G. PALOMBELLA, *E' possibile una legalità globale? cit.* Al libro è stato dedicato un dibattito (cui hanno partecipato, oltre all'A., R. Bin, B. Marchetti e E. Scoditti) da *Quaderni costituzionali*, fasc. 3/2013.

della statualità nazionale. La risposta potrebbe essere ricercata in un nuovo processo di produzione normativa di tipo sociale. In campo internazionale vi sono “istituzioni jusgenerative”¹⁸ fatte di giudici e tribunali, ma anche di una densa nebulosa di organismi amministrativi e internazionali, di norme consuetudinarie, di regole di mercato ecc.: tutto ciò sembra evocare la “normatività sociale” che il *rule of law* ha storicamente imposto come limite all’esercizio della “volontà di governo” delle istituzioni politiche.¹⁹

Si aprono scenari suggestivi sull’imponente e incoerente movimento che spinge verso la produzione del diritto a livello globale, ma il processo è ancora lungi da compiersi e non è affatto privo di incognite. Che siano in funzione organi giurisdizionali che interagiscono tra loro e si riconoscono reciprocamente, e che essi applichino norme prodotte da soggetti diversi dagli Stati può essere il sintomo che nella dimensione globale si vadano formando lembi del tessuto di legalità e che in questi si possano fissare meccanismi di trasparenza delle decisioni e di controllabilità delle motivazioni, di garanzia dagli abusi e di responsabilità per gli illeciti: ma non si può certo trovare tutto ciò molto tranquillizzante. Il *global rule of law* è ancora ben lontano da offrirci — a noi cittadini sforniti di “cittadinanza” nelle comunità globale, che è ancora essenzialmente composta da grandi operatori economici — neppure l’apparenza del sistema di garanzie dei diritti a cui siamo stati abituati dai nostri Stati sovrani. Anzi, si può ben dire che a causa della globalizzazione noi abbiamo visto arretrare in misura impressionante il livello di tutela dei nostri diritti, e non solo di quelli sociali. Si pensi all’enorme sproporzione delle parti contraenti nei tanti contratti che noi stipuliamo con i colossi del mondo digitale cliccando sulla casella “*I agree*”, alla perdita di tutela dei nostri dati derivanti dal *far west* della rete, alla personalizzazione dei rapporti fiduciari con gli intermediari finanziari, alla conseguente perdita di effettività della tutela dei nostri diritti individuali. L’aspetto più eclatante di questo increscioso fenomeno sposta l’attenzione sull’altro margine lasciato scoperto dalla sovrapposizione del *rule of law* allo Stato di diritto costituzionale, quello della tutela dei diritti e dei diritti sociali in particolare.

5. Può oggi il *rule of law* coniugarsi con la tutela dei diritti sociali? Come osserva Waldron, quell’espressione sembra evocare i diritti umani e *forse*

¹⁸ G. PALOMBELLA, *op. cit.*, 136.

¹⁹ G. PALOMBELLA, *op. cit.*, 65.

i principi del libero mercato. Ma nessuna teoria del *rule of law* — a quanto ne so — ci chiarisce che cosa sia compreso nel *cluster* “diritti umani”, né tanto meno vi abbraccia anche i diritti sociali. Riletto nella chiave del *rule of law*, il *Rechtsstaat* ha perso la scandalosa aggettivazione “*sozialer*” che gli aveva aggiunto la costituzione tedesca, rappresentando con un unico aggettivo il punto di approdo di una lotta secolare per l’affermazione del costituzionalismo democratico e della sua visione dei diritti fondamentali.

Così depurato e scollegato dal necessario riferimento alla statualità, lo Stato di diritto può divenire perfetto sinonimo di *rule of law*. Lo è per il Trattato europeo, che all’art. 6. I. TUEF ci presenta l’Unione fondata “sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri”: nella versione tedesca si parla di *Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit* e in quella inglese semplicemente di *rule of law*. Del resto la giurisprudenza della Corte di giustizia sin dagli anni ‘60 ha fatto un uso intenso di richiami alle esigenze o ai principi dello Stato di diritto per sostenere le proprie decisioni: i contenuti che essa ricavava da questo principio erano e sono però sempre legati ai “valori” classici della legalità²⁰ e della proporzionalità,²¹ della pubblicità degli atti²² e della loro giustiziabilità in conformità ai trattati²³ (e poi anche ai “diritti fondamentali”),²⁴ della (tendenziale) irretroattività di essi,²⁵ della tutela dell’affidamento²⁶ e della separazione dei poteri.²⁷ Né i risultati cambiano di molto se guardiamo ai copiosissimi richiami ai principi dello Stato di diritto contenuti nelle conclusioni degli Avvocati generali.²⁸ I tratti attribuiti allo Stato di diritto non sono diversi da quelli dipinti un secolo e mezzo fa da Friedrich Julius Stahl. I riferimenti allo Stato sociale, all’opposto, sono rarissimi e totalmente ininfluenti nel ragionamento del giudice europeo²⁹

²⁰ C-92/78; C-241/01 (punto 50).

²¹ C-29/69; C-111/70; C-31/70.

²² C-16/65.

²³ C-294/83; C-15/00 (p. 75); C-131/03 (p. 121); C-402 e 415/05 (p. 81); C-428 a 434/06 (p. 80); C-521/06 (p. 45); C-46/08 (p. 88); C-336/09 (p. 36).

²⁴ C-229/05 (p. 109); C-232/05 (p. 57); C-583/11 (p. 91).

²⁵ C-614/11 (p. 24).

²⁶ C-44/79; C-221/97 P (p. 41).

²⁷ C-279/09 (p. 58).

²⁸ Si vedano per es. le conclusioni nei casi recenti C-113/12 (punto 89) e C-501/11.

²⁹ Si vedano per es. le sentenze C-279/09 (in tema di gratuito patrocinio) e C-300/07, sempre però citando il *Bundesverfassungsgericht*.

o degli avvocati generali;³⁰ anche se non mancano riconoscimenti di singoli “diritti sociali” come le ferie retribuite,³¹ l’indennità per l’illecita apposizione di un termine al contratto di lavoro,³² l’orario di lavoro settimanale,³³ il calcolo dell’anzianità contributiva necessaria per acquisire il diritto alla pensione,³⁴ il riconoscimento degli scatti di anzianità dei lavoratori a tempo determinato,³⁵ il congedo parentale.³⁶ Vengono riconosciuti singoli diritti, tutti affermati all’interno delle relazioni di lavoro: sono spezzoni di una tutela minima che viene accordata da quasi un secolo dagli ordinamenti nazionali. Di fronte a questi riconoscimenti *piecemeal*, però, si pongono le ben note decisioni “strategiche” della Corte di giustizia, come le sentenze *Viking*, *Laval* e *Rüffert*,³⁷ in cui i “principi di mercato” vengono fatti prevalere incondizionatamente sui diritti sociali e sulla tutela del lavoro.

Proprio questa giurisprudenza ci segnala con evidenza quanto sia difficile, per non dire impossibile, conciliare lo Stato sociale con le regole di un mercato internazionalizzato. Lo Stato sociale di diritto è una costruzione che è venuta edificandosi, con enormi difficoltà e con lotte durissime, all’interno dei perimetri degli Stati nazionali, cioè nei confini entro cui operano le regole della tassazione e della rappresentanza politica. Tassazione e rappresentanza sono a loro volta i due gameti che, unendosi, danno vita allo Stato costituzionale, ossia a quella forma di Stato in cui il potere pubblico (di cui la tassazione è espressione tipica) è soggetto al diritto e questo è legittimo se prodotto da organi sostenuti dal consenso elettorale.

Questo legame era chiarissimo ai primi teorici del *Rechtsstaat*,³⁸ ma è stato rescisso dalla revisione formale operata dai pensatori liberali, al

³⁰ Si vedano per es. le conclusioni nei casi C-166/12 (p. 63), C-282/10 (p. 97).

³¹ C-282/10, C-78/11, C-229/11, 337/10 ecc.

³² C-361/12.

³³ C-429/09, C- 243/09.

³⁴ C-395 e 396/08.

³⁵ C-307/05.

³⁶ C-5/12, C-49/10, C-116/08 ecc.

³⁷ Rispettivamente C-438/05, C-341/05 e C-346/06, a proposito del conflitto tra tutela sindacale e libertà di stabilimento delle imprese e di prestazione dei servizi. Ad esse si può aggiungere la più recente sentenza C-271/08 (*Commissione c. Germania*) che fissa la prevalenza delle libertà di circolazione sugli accordi tra le parti sociali.

³⁸ Cfr. R. von MOHL, *Das Staatsrecht der Königsreichs Württemberg*, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 1840, 88. Sul punto, cfr. E. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin 1958, 178 ss. e *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Frankfurt a. M. 1969, 58 s.

punto che il senso di pudore non ha impedito ad alcuni studiosi dell'epoca di predicare la permanenza dei principi della *Rechtstaatlichkeit* anche nei regimi totalitari del '900.³⁹ Oggi i richiami della giurisprudenza europea a tali principi e alla loro traduzione inglese *rule of law* ripristinano la stessa versione vuota e formale di essi; e —quel che più conta— segnano con nuovi reticolati e barriere doganali i confini che impediscono all'azione dei pubblici poteri di incidere sulla società civile e il suo ordine “spontaneo” basato sulle regole del libero mercato.

Con l'uso dell'espressione *rule of law* il linguaggio giuridico sembra voler ritornare a segnare la separazione tra istituzioni politiche e regole pubbliche, da un lato, e società civile e la sua autoregolazione, dall'altro. Il libero mercato, d'altra parte, si è instaurato ben oltre i confini nazionali —e della stessa Unione europea— e impone agli Stati di astenersi dall'interferire con le loro leggi nella regolazione “spontanea” del mercato stesso; al contrario, i diritti individuali —e ancor più i diritti sociali, ovviamente— si sono affermati dentro i confini nazionali, attraverso la democratizzazione delle strutture politiche dello Stato, dalle quali dipende la loro effettività. È vero che la tutela dei diritti è parte inseparabile del *rule of law*, così come lo è stata del *Rechtsstaat*, sin dalle origine. Ma di quali diritti si sta trattando?

6. I diritti sono stati elaborati ricalcando l'immagine della proprietà. Alla loro origine c'è il concetto medievale di *dominium sui*: poi dalla proprietà di se stessi si è passati alla “libertà come *dominium*”, un rapporto intersoggettivo immaginato come un insieme di meccanismi proprietari.⁴⁰ Per altri percorsi, anche i diritti politici⁴¹ si sono modellati sulla proprietà, quantomeno a partire dalle antiche costituzioni in cui, mancando la separazione tra Stato e società, venne prendendo piede “il paragone dello Stato con una Società per azioni e della proprietà terriera con le singole azioni di tale Società”⁴² — idea che ha alimentato le radici ideologiche del suffragio

³⁹ Cfr. R. BIN, *Stato di diritto*, cit., 1156.

⁴⁰ Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma – Bari 2007, 70.

⁴¹ Anche i diritti sociali, ignorati dalla Convenzione, nella interpretazione della Corte EDU possono ottenere protezione *sub tegmine* del diritto di proprietà, quando la legislazione nazionale instauri un sistema di sicurezza sociale che costituisca per il singolo un interesse patrimoniale (cfr. *Grand Chambre*, dec. *Stec et autres c. Royaume Uni*, 6.7.2005. punto 54).

⁴² Così, con riferimento a Möser, E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*, tr. it. di P. Schiera, Milano 1970, 73 s.

censitario. Le cose si tengono assieme, perché un certo tipo di organizzazione politica è funzionale alla tutela di un certo tipo di diritti, come aveva perfettamente colto M.me de Staël.⁴³ “In somma è da tenersi per cosa certa, che le proprietà non sono sicure, se non hanno una rappresentanza politica corrispondente; e che il potere politico non è sicuro se non è connesso ad una corrispondente proprietà”, come sosteneva il liberale cattolico Rosmini.⁴⁴ Ma la garanzia che le costituzioni rigide offrono alla proprietà non sono sufficienti a garantirne l’invulnerabilità?

Proprietà e ricchezza non sono esattamente la stessa cosa. Lo ha messo in luce Ernst Forsthoff, nella sua critica spietata al concetto di *sozialer Rechtsstaat*: la costituzione *democratica* continua a garantire il diritto *liberale* di proprietà, così come tutela tutti gli altri diritti “negativi” della tradizione liberale; ma la tassazione progressiva dei redditi, al cui continuo incremento spinge la richiesta di Stato sociale, colpisce la *ricchezza* prima che essa possa trasformarsi in *proprietà*.⁴⁵ Quanto la distinzione sia gravida di conseguenze lo si può percepire oggi, poiché la distinzione tra proprietà e ricchezza è diventata cruciale. Se la pressione del suffragio universale sulle istituzioni politiche può poco nei confronti della proprietà, ancor meno può nei confronti della ricchezza: la profezia di Benjamin Constant si è realizzata al di là delle sue stesse previsioni.

Quando Constant esaltava l’ineludibile superiorità della proprietà rispetto alla politica, ne attribuiva la causa al commercio, che garantisce alla proprietà la possibilità di circolare, sottraendosi così alla voracità delle istituzioni politiche.⁴⁶ Se questo poteva essere credibile quando la ricchezza era in larghissima parte formata da proprietà immobiliari, la smaterializzazione che la ricchezza ha subito nella nostra epoca realizza la profezia con ben più drammatica evidenza. Tassare la proprietà è oggi ancora una possibilità che gli Stati possono realizzare, tassare la ricchezza finanziaria

⁴³ “La liberté politique est à la liberté civile, comme la garantie à l’objet qu’elle cautionne”: G. STAËL-HOLSTEIN, *Reflexions sur la paix intérieure* (1796), in *Oeuvres complètes de madame la baronne de Staël-Holstein*, I, Paris 1871, 57 s.

⁴⁴ A. ROSMINI-SERBATI, *La costituzione secondo la giustizia sociale*, Firenze 1848, 63.

⁴⁵ Cfr. E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, tr. it. L. Riegert e C. Amirante, Milano 1973, 91.

⁴⁶ “Le commerce donne à la propriété une qualité nouvelle: la circulation; sans la circulation, la propriété n’est qu’un usufruit; l’autorité peut toujours influer sur l’usufruit, car elle peut enlever la jouissance; mais la circulation met un obstacle invisible et invincible à cette action du pouvoir social”: B. CONSTANT, *De la liberté des anciens compare à celle des modernes* (1819), in *Oeuvres politiques de Benjamin Constant*, Paris 1874, 258 ss., 280 s.

è pressoché impossibile. La circolazione è stata effettivamente il grimaldello che ha fatto saltare il controllo fiscale degli Stati nazionali e resa vana qualsiasi ipotesi di un'efficace redistribuzione dei redditi: le pretese dello Stato sociale sono fiscalmente insostenibili, non tanto perché gli elettori vi si oppongono, ma perché i capitali si sottraggono al fisco convolvendo verso paesi fiscalmente più "comprensivi".

Persa di gravidanza l'aggettivazione "*sozialer*", che ha da dirci ancora il *Rechtsstaat* nel mondo globalizzato e della liberalizzazione finanziaria? Quello che resta è un concetto sbiadito e standardizzato di *rule of law*. Si può guardare con interesse e speranza ai tentativi delle organizzazioni internazionali e delle relative istituzioni di tipo giurisdizionale di assicurare lembi di legalità e di estendere la tutela contro gli arbitri più evidenti:⁴⁷ ma è evidente che stiamo ragionando di un'espressione che è ritornata a perdere qualsiasi capacità connotativa del sistema dei rapporti tra chi esercita il potere e chi lo subisce. Di quale diritto stiamo predicando la supremazia? Che nella *rule of law* possano insinuarsi anche i principi del libero mercato appare una cinica conseguenza dell'approccio realistico al tema della legalità nella globalizzazione. Il sistema finanziario detta le regole del mercato finanziario stesso, anche le regole che dovrebbero guidarci fuori dalla crisi da esso provocata:⁴⁸ se accettiamo che quelle regole siano parte del *rule of law* abbiamo trasformato questo concetto in qualcosa di non meno vuoto dello *Rechtsstaat* inteso come formula applicabile al regime fascista o nazista. È la legalizzazione del dominio dell'uomo sull'uomo e la perdita di quella idea (tanto cara già a von Mohl) che la legge che ci governa non possa essere prodotta senza il consenso della rappresentanza dei governati.

7. For the United Nations, the rule of law refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the

⁴⁷ In questo senso si veda il libro di G. PALOMBELLA, *E' possibile una legalità globale?*, più volte citato.

⁴⁸ Cfr. J.E. STIGLITZ, *The Price of Inequality*, London, Penguin, 2013, 101.

application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency.⁴⁹

Le enunciazioni del Segretariato generale dell'ONU ci confermano che l'affermazione del *rule of law* che oggi trova posto nel nostro linguaggio giuridico "globalizzato" fotografa uno stadio evolutivo della teoria del *Rechtsstaat* che ne riproduce la versione "formale", svuotata di ogni contenuto dal pensiero liberale. Sarebbe senza dubbio un obiettivo auspicabile che le garanzie che vi sono rivendicate contro abusi, illegalità e mancata responsabilità di chi esercita il potere *pubblico* vengano ad essere assicurate ovunque, in tutti gli Stati. Ma i detentori del potere oggi non sono solo gli Stati, e forse neppure gli Stati in primo luogo: gli stessi Stati sono pesantemente condizionati da un potere economico e finanziario che sfugge al loro controllo e anzi pretende di dettare ad essi regole di comportamento anche attraverso gli organismi internazionali. Se gli Stati europei odierni hanno dovuto fare un passo indietro rispetto al cammino che era stato tracciato dalle costituzioni democratiche, e sono costretti a ridurre le prestazioni pubbliche e i programmi di redistribuzione del reddito, ciò deriva dall'impossibilità di sottoporre alle regole dello Stato di diritto il potere economico privato che la libera circolazione ha sottratto al controllo statale e la dimensione globale ha potenziato a dismisura. Il potere economico delle élite finanziarie che dominano i mercati globalizzati, si riflette inevitabilmente in potere politico, che pretende di guidare gli Stati sovrani verso scelte economiche, criteri di spesa pubblica, indici di tassazione e discipline del mercato del lavoro che favoriscono le stesse élite a detrimento delle masse, che pure sono dotate di diritto di voto. Si svolgano pure libere elezioni, ma queste non possono sovvertire le decisioni e le regole poste dai mercati finanziari internazionali.⁵⁰ Il potere politico democratico deve cedere di fronte al potere economico delle élite internazionali. Ed anche il "livello intermedio continentale",⁵¹ se guardiamo all'esperienza sin qui maturata dall'Unione europea, non sembra affatto capace ad opporsi alla dittatura dei

⁴⁹ *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. Report of the Secretary-General United Nations, Security Council, S/2004/616, § III.

⁵⁰ Cfr. J.E. STIGLITZ, *The Price of Inequality* cit., 169 s.

⁵¹ È la terminologia usata da O. HÖFFE, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, tr. it. di F. Ferraresi e C. Sandrelli, Bologna 2007, 217 ss. per indicare un tassello fondamentale della sua costruzione visionaria della democrazia mondiale.

mercati, ma piuttosto si presta ad esserne uno strumento efficiente, spesso corrivo e talvolta complice.⁵²

Siamo ritornati al problema che aveva suscitato l'attenzione di Hobbes: il Leviatano, il mostro biblico rappresentato non da una bestia disumana, ma da una *magnus homo*, che a sua volta dà forma e ordine alla massa degli uomini, non riesce più ad imporsi e inglobare l'enorme potere economico esercitato da soggetti privati. Sono uomini quelli che oggi impongono il loro potere incontrollato sugli altri uomini e sugli Stati. È la loro prepotenza ad annientare la difesa dei nostri diritti; il loro arbitrio non è arginabile dalle regole poste dagli Stati né vi è giudice che possa sanzionare i loro comportamenti. Il *global rule of law* non è molto di più di una speranza e non basta certo a ripristinare le condizioni minime della *Rechtsstaatlichkeit*. Da molti anni la distanza dei redditi e dei "punti di partenza" ha ripreso ad aumentare e i rapporti tra privati appaiono sempre più strutturati secondo quelle logiche cetuali che la Rivoluzione francese e la teoria dello Stato di diritto avevano voluto sconfiggere. La divaricazione tra i livelli di reddito

⁵² Si possono trarre conclusioni assai pessimistiche sulla reale corrispondenza della prassi tenuta dalle istituzioni europee ai principi —pur costantemente professati dalla legislazione e dalla giurisprudenza dell'UE— di trasparenza, legalità e responsabilità se si riflette su quanto siano oscure, misteriose e slegate dal controllo democratico le attività svolte dal c.d. "Comitato 133" (ora, con il Trattato di Lisbona, rinominato *Trade Policy Committee*) nella negoziazione degli accordi commerciali internazionali. Parlamento europeo e parlamenti nazionali sono stati tenuti sistematicamente all'oscuro, e anche il Trattato di Lisbona ha concesso al Parlamento europeo un ruolo di rilievo assai marginale, limitato alle "misure che definiscono il quadro di attuazione della politica commerciale comune" (art. 207.2 TUE) ed all'obbligo per la Commissione di riferire periodicamente al comitato speciale del Parlamento europeo (art. 207.3 TUE); mentre esso non ha alcun potere autorizzativo o di controllo nella fase di negoziazione degli accordi commerciali (il Parlamento è coinvolto nel procedimento di ratifica degli accordi internazionali solo in alcuni casi e comunque a negoziazione già avvenuta: art. 218.6 TUE). La situazione può però essere migliorata attraverso la ormai consueta prassi di accordi interistituzionali tra Parlamento e Commissione, che sono sempre stati lo strumento che ha fatto evolvere la "forma di governo" europea (qualche evoluzione sembra già registrarsi se è vero che l'attività di *lobbying* relativa agli accordi commerciali deve ormai rivolgersi anche ai parlamentari europei: cfr. J. HILLMAN, D. KLEIMANN, *Trading Places: The New Dynamics of EU Trade Policy under the Treaty of Lisbon*, GMF Economic Policy Paper, German Marshall Fund, Washington D.C., 2010: <www.gmfus.org/galleries/ct_publication_attachments/Hillman_Kleiman_TradingPlaces_Oct10_final.pdf>; più in generale L. RICHARDSON, *The Post-Lisbon Role of the European Parliament in the EU's Common Commercial Policy: Implications for Bilateral Trade Negotiations*, EU Diplomacy Paper 5/2012: <http://aei.pitt.edu/39239/1/edp_5_2012_richardson.pdf>).

appare ormai incolmabile, e questo blocca l'ascensore sociale e tutte le prospettive e i comportamenti che erano legati al suo funzionamento, fosse esso effettivo o solo immaginario. Il movimento di *Occupy Wall Street* non esagera nello scrivere nei propri slogan "we are the 99 percent", perché pone così il dito sullo scandalo della concentrazione della ricchezza: essa è così marcata che "se tale evoluzione dovesse proseguire, la società del XXI secolo tornerebbe a essere una società dominata da chi vive di rendita".⁵³ E se ciò lo si può osservare all'interno dei singoli sistemi nazionali, su scala internazionale la concentrazione della ricchezza raggiunge dimensioni tali da essere facilmente equiparabile a quella esistente in tutti i paesi europei prima della Rivoluzione francese.

Non è un caso che la logica dei mercati globalizzati sia improntata ad un forte antistatalismo e ispirata dalle teorie economiche neo-liberiste. Solo da un'iniziativa che parta dagli Stati è pensabile che scaturiscano quegli interventi e quelle regole che siano capaci di ripristinare garanzie effettive per la tutela dei diritti individuali, garanzie che oggi si sono in larga parte perse. Il tendenziale equilibrio cui porterebbe inevitabilmente un mercato lasciato libero di autoregolarsi è un'utopia su cui si basano ampi strati della "scienza" economica che vedono nella "politica" l'avversario da battere: i meccanismi del mercato "permettent en effet de penser la société biologiquement et non plus politiquement".⁵⁴ Come è stato affermato di recente, capitalismo e democrazia sono "a somma zero", "more market inevitably means less democracy".⁵⁵

8. Che ruolo avrà lo Stato di diritto nel XXI secolo? Si potrebbe essere indotti a rispondere distinguendo tra ciò che avviene all'interno degli Stati e fuori di essi. Dentro gli Stati vigono tutti i principi che fanno dello Stato di diritto la formula di sintesi di un sistema di organizzazione dei poteri pubblici che abbiamo ereditato dal costituzionalismo liberale: divisione dei

⁵³ J-P. FITOUSSI, *Il teorema del lampione*, Torino 2013, 85 (ove si riportano dati statistici che ben rappresentano il fenomeno). Cfr. anche i dati relativi agli USA riportati da T. BORSTELMANN, *The 1970s: A New Global History from Civil Rights to Economic Inequality*, Princeton – Oxford 2012, 69 ss. e soprattutto da J.E. STIGLITZ, *The Price of Inequality*, cit., 47 s., 51 ss.

⁵⁴ P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Paris 1979, 46.

⁵⁵ N. LAWSON, *Dare more democracy - From steam-age politics to democratic self-governance*, Compass (<http://www.compassonline.org.uk/publications.asp>).

poteri, legalità dell'esercizio di ogni forma di pubblico potere, giustiziabilità degli atti, tutela dei diritti e dell'eguaglianza formale dei cittadini sono tutti presidi che gli Stati *normalmente* assicurano. Fuori dagli Stati le garanzie sono di molto attenuate, anche se un certo livello di legalità e di giustiziabilità delle decisioni può talvolta essere assicurato e così anche trovano protezione i diritti umani. A voler essere ottimisti, dunque, qualche sintomo di un *global rule of law* può essere rintracciato e proiettato in uno scenario futuro confortante.

Ma è un ottimismo piuttosto eccessivo. La stessa separazione tra dentro e fuori è difficile da sostenere. Uno dei primi requisiti dello Stato di diritto è garantire un certo grado di prevedibilità alle persone, consentire loro di programmare la propria vita sulla base di un legittimo affidamento sulla stabilità delle regole, la chiarezza e la trasparenza dei procedimenti decisionali e la responsabilità dei soggetti che decidono. Questi sono valori che usualmente sono connessi al *rule of law* dai maggiori fautori del pensiero liberale, come Nozick e Hayek.⁵⁶ Su questa linea lo Stato sociale ha svolto il suo compito, nell'intento di assicurare un sistema di protezione sociale in grado di estendere le tutele e rafforzare le reti di sicurezza su cui i cittadini possono contare. Sono questi i traguardi mediamente conseguiti dagli Stati costituzionali moderni. Ma sono standard che non hanno alcuna applicabilità ai meccanismi decisionali che dominano il mercato globalizzato. L'internazionalizzazione dei mercati ha spostato grandi percentuali del potere decisionale lontano dalla vista dei cittadini, del controllo democratico e della responsabilità politica. Con la capacità degli Stati nazionali di regolare la vita dei propri consociati si è drasticamente ridotta anche la prevedibilità, stabilità e certezza delle regole e la capacità degli individui di costruire il proprio futuro. L'incertezza e la perdita di affidamento sono caratteristiche che dominano la nostra vita, condizionata ogni giorno da eventi rispetto ai quali nessuna delle nostre istituzioni è in grado di esercitare guida e controllo. Il crollo dei redditi della maggior parte degli abitanti della maggior parte dei paesi europei, l'incredibile diffusione della povertà e la non meno incredibile concentrazione della ricchezza, la divaricazione dei redditi sempre più marcata tra le esigue élite dominanti e le larghe masse lasciate prive di strumenti per reagire, sono tutti questi fenomeni che non possono essere privi di conseguenze per il *rule of law*.

⁵⁶ Cfr. J. WALDRON, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, cit., 84 s.

È stato scritto che la democrazia non può attecchire in paesi in cui non sia garantito un reddito *pro capite* superiore ad un certo livello.⁵⁷ Si potrebbe immaginare un teorema simile anche per lo Stato di diritto: non può resistere in sistemi in cui l'incremento della diseguaglianza sociale superi un certo livello.⁵⁸ La diseguaglianza sociale non è un problema soltanto per lo Stato sociale, tra cui presupposti domina l'idea che si possano e debbano garantire pari condizioni di partenza e che sia possibile per ognuno raggiungere i livelli più elevati della società: e che spetti al potere politico il compito di garantire queste condizioni attraverso una politica di redistribuzione del reddito. Se la diseguaglianza sociale continua ad aumentare e supera un certo livello, ciò significa (a) che i meccanismi di rappresentanza e di legittimazione basata sul consenso non sono più alla base della legislazione, e che (b) un ceto sociale si è impossessato dei meccanismi di produzione delle regole e li utilizza per migliorare il proprio *status* e per preservare o accrescere la diseguaglianza. Non si è più di fronte ad un sistema basato sulla sovranità della legge, perché la legge non incarna più i valori della *fairness*, dell'interesse generale, dell'eguaglianza: si è invece ritornati ad un sistema basato sul predominio del potere privato.

Che prospettive allora, in una situazione siffatta? La risposta non può che essere una: lo Stato di diritto può essere ripristinato solo se la situazione che lo nega venga rovesciata. Nulla di nuovo, in fondo: la affermazione dei diritti è sempre stata il frutto di una lotta politica, non di uno sviluppo "spontaneo" della società. I fautori del libero mercato e gli apologeti della naturale capacità auto-regolativa del mercato, nella loro costante contestazione dell'intervento pubblico, delle politiche sociali e della redistribuzione dei redditi, hanno sempre difeso uno stato di natura di hobbesiana memoria, in cui *homo homini lupus*. Proprio quella condizione contro cui il *Rechtsstaat* è suonato come grido di battaglia duecento anni fa.

⁵⁷ "Che cosa consente [alla democrazia] di durare? La storia non ci indica che una risposta: la ricchezza": F. ZAKARIA, *The Future of Freedom*, tr. it. di L. Di Lella, Milano 2003, 86.

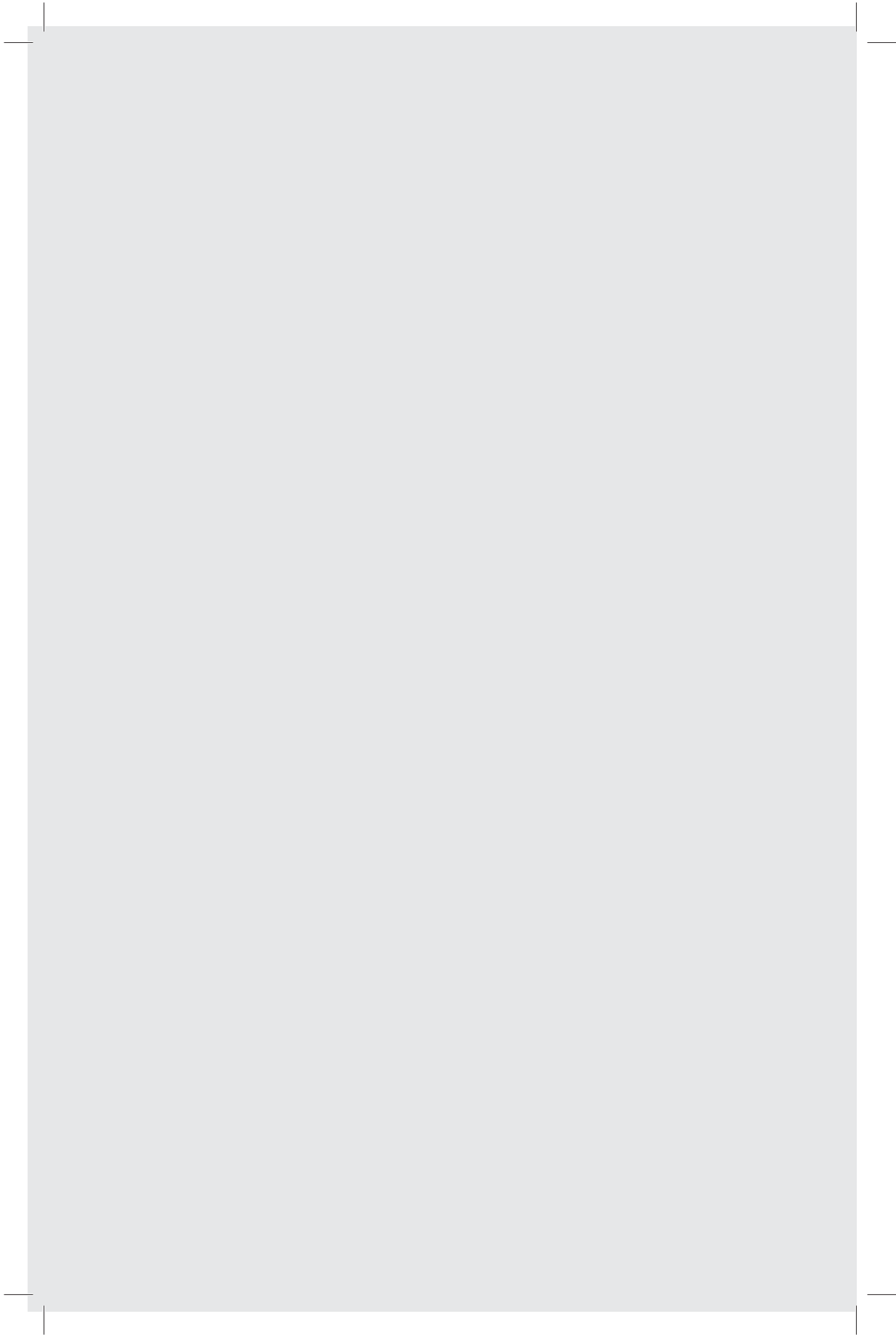
⁵⁸ Qualcosa del genere è sostenuto anche da J.E. STIGLITZ, *The Price of Inequality* cit., il cui cap. 7 intitola significativamente *Justice for all? How inequality is eroding the rule of law*.

LE TEORIE DEL COSTITUZIONALISMO GLOBLALE E LA SFIDA DEI MERCATI FINANZIARI

Cesare Pinelli

SUMARIO

1. Oggetto dello studio.
2. L'ipotesi del diritto costituzionale internazionale.
3. L'ipotesi del *Global Administrative Law*.
4. L'ipotesi del costituzionalismo sociale.
5. Suggestimenti di risposte politiche alla sfida dei mercati finanziari.
6. Finanza globale e processi di differenziazione.
7. Un tentativo di ridefinire la posta in gioco per il costituzionalismo democratico.



I. OGGETTO DELLO STUDIO

Influenti scuole di giuristi europei e americani sono da qualche tempo impegnate nel tentativo di fornire una prospettiva di teoria costituzionale al fenomeno della globalizzazione. Le accomuna la duplice convinzione che il nesso stato-costituzione sia una creazione storica, non un vincolo logico o assiologico inscindibile, e che sia vano inseguire disegni di una costituzione mondiale. Muovendosi nello spazio fra le due negazioni, esse si propongono di verificare come sia possibile interpretare la globalizzazione in termini costituzionalistici, se non di cogliere le ‘costituzioni parziali’ degli ordinamenti giuridici che di volta in volta si reputino da essa emergenti. Le pagine che seguono danno brevemente conto di tali tentativi e ne ricercano la tenuta su versanti differenti ma complementari: la capacità di affrontare la questione della frammentazione degli ordinamenti giuridici e politici indotta dalla globalizzazione, e quella di cogliere la natura della sfida lanciata dai mercati finanziari ai principi del costituzionalismo nel corso della crisi dell’Eurozona.

2. L’IPOTESI DEL DIRITTO COSTITUZIONALE INTERNAZIONALE

Uno dei primi tentativi ha riguardato la *World Trade Organization*. A differenza delle altre organizzazioni internazionali che agiscono in campo economico, come quelle di Bretton-Woods (FMI e Banca Mondiale), il processo decisionale interno alla WTO non si fonda sul voto ponderato bensì sulla regola che ciascuno Stato dispone di un voto; le sue funzioni consistono tanto nell’accentrare in una sola sede gli accordi sul commercio internazionale di beni, servizi e proprietà intellettuale, quanto nel facilitarne l’esecuzione e il funzionamento, soprattutto grazie a un distinto apparato

giurisdizionale per la risoluzione delle controversie interstatali circa la loro corretta applicazione, composto da *Panels* costituiti di volta in volta per le istanze di primo grado e da un *Appellate Body* stabile, formato da giudici nazionali che si alternano a rotazione, per le decisioni in appello sulle questioni di diritto. Questi elementi autorizzano a ritenere che si tratta di un ordinamento giuridico,¹ senza che l'istituzione dell'organizzazione tramite un trattato internazionale basti a smentirlo: per risultare credibile, la WTO deve poter esercitare le proprie funzioni in modo indipendente dagli Stati come dalle imprese, ed evitare così quei fenomeni di 'cattura' degli interessi organizzati di cui parlano gli studi americani sulle agenzie.²

Peraltro, l'invito a considerare l'accordo istitutivo della WTO come se si trattasse di una costituzione non viene tanto giustificato con le sue caratteristiche organizzative, quanto col fatto che il Preambolo dell'accordo annovera gli obiettivi della "qualità della vita", della "piena occupazione" e dello "sviluppo sostenibile" accanto a quello della crescita del volume degli scambi commerciali,³ con una conseguente ricerca di congegni di garanzia dei soggetti deboli, in presenza di una intensificazione esponenziale degli scambi commerciali che è rimasta indifferente alle conseguenze redistributive.⁴

Parallelamente, la considerazione che la WTO agisce come "interfaccia" dei sistemi regolativi nazionali sollecita l'esigenza di protezione dei diritti dell'uomo, che a sua volta rende manifesto il volto costituzionale dell'organizzazione.⁵ Si può dire dunque che l'invito a trattare l'accordo istitutivo del WTO come se si trattasse di una costituzione non presuppone che quello del WTO sia già un ordinamento costituzionale, e nello stesso tempo riflette una visione prescrittiva e contenutistica della nozione di costituzione.

¹ M.D'Alberty, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, il Mulino, Bologna, 2008, 112.

² C.Pinelli, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Giuffrè, Milano, 1999, 1307.

³ J.H.Jackson, *The World Trade Organization and the 'Sovereignty' Question*, in *Legal Issues of European Integration*, 1996, 186.

⁴ G.R.Shell, *Trade Legalism and International Relations Theory: An Analysis of the World Trade Organization*, in *Duke Law Journal*, 1995, 907.

⁵ E.-U. Petersmann, *The WTO Constitution and Human Rights*, in *3 Journal of International Economic Law*, 19 (2000). Più in generale cfr. D.Z.Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization – Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System*, Oxford, OUP, 2005.

Un approccio analogo si avverte nei fautori di un “diritto costituzionale internazionale”. Anche qui si riconosce che l’ordinamento internazionale non può assimilarsi in termini costituzionalistici a quelli nazionali, e d’altra parte si avverte che non è in gioco la ricerca di una costituzione mondiale. Tuttavia, si invita a valutare i sintomi di una sua graduale costituzionalizzazione. Sul piano formale essi vengono ricavati dalla possibilità di individuare una gerarchia interna fra lo *ius cogens* e la Carta delle Nazioni Unite e, all’esterno, da un’embrionale strutturazione federale dei rapporti fra diritto internazionale e diritti nazionali, in quanto fondata sulla preservazione dell’unità assicurata dalle norme di grado superiore.⁶ Dal punto di vista sostanziale si invita a guardare alla estensione delle aree di protezione giurisdizionale dei diritti umani, alle richieste di democratizzazione interna e alle forme di sorveglianza internazionale sulle elezioni politiche in vari Stati come ad altrettanti esempi di costituzionalizzazione del diritto internazionale.⁷ La WTO e l’Unione europea costituirebbero le punte più avanzate,⁸ e la costituzionalizzazione dell’UE viene addirittura assunta a modello per quella del diritto internazionale.⁹

Per i fautori di questo indirizzo, vicende come l’intervento armato degli Stati Uniti in Iraq e più in generale l’“eccezionalismo” americano, col rifiuto di considerare giuridicamente vincolanti, sul piano interno, le norme di diritto internazionale, pur contrastando di fatto la tendenza verso la costituzionalizzazione, potrebbero venire più efficacemente ritenute ingiustificate proprio assumendo una prospettiva costituzionalistica del diritto internazionale.¹⁰

Infine, all’obiezione che la crescita di regimi settoriali (commercio, ambiente, diritto penale) impedirebbe di concepire il diritto internazionale in

⁶ J.A.Frowein, *Konstitutionalisierung des Voelkerrechts*, in K.Dicke et al. (a cura di), *Voelkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System: Auswirkungen der Enstaatslichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, Mueller, Heidelberg, 2000, 427 ss., A.Peters, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, in *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006), 598, e E.De Wett, *The International Constitutional Order*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, January 2006, 57 ss.

⁷ A.Peters, *Compensatory Constitutionalism*, cit., 599 ss., e E.De Wett, *The International Constitutional Order*, cit., 67 ss.

⁸ A.Peters, *Compensatory Constitutionalism*, cit., 595 e E.De Wett, *The International Constitutional Order*, cit., 52 ss.

⁹ M.Kumm, *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*, 15 *European Journal of International Law*, 907 (2004).

¹⁰ A.Peters, *Compensatory Constitutionalism*, cit., 605.

senso unitario, e a maggior ragione in senso costituzionalistico,¹¹ si replica che i singoli regimi possono ritenersi idonei a dar vita ad altrettante “costituzioni parziali”, il che potrebbe costituire ostacolo alla costituzionalizzazione del diritto internazionale solo a patto di considerare implicita nella stessa nozione di costituzione un’istanza di regolamentazione politica totale della vita collettiva nel senso di Heller, come accadde all’epoca di formazione dello stato moderno in reazione alla moltiplicazione dei centri di autorità tipica dell’ordine medioevale; viceversa, riconosciuto che a seguito della globalizzazione le stesse costituzioni nazionali hanno perduto quell’istanza unificante, l’ipotesi del diritto costituzionale internazionale faciliterebbe lo sviluppo di regole di collisione fra i vari sottosistemi.¹²

In definitiva, l’ipotesi della costituzionalizzazione si reggerebbe su un *Als-ob*: un progetto per interpretare il mondo come se fosse tenuto insieme da vincoli costituzionali.¹³ In questi termini, la replica non appare tuttavia in grado di soddisfare le obiezioni dei critici. Concede loro che nei singoli settori si vanno affermando costituzioni parziali, senza però rinunciare al tentativo generale di concepire il diritto costituzionale internazionale come una sorta di compensazione della “decostituzionalizzazione” nel frattempo verificatasi negli ambiti nazionali a seguito della globalizzazione. Ma se è vero che la pretesa di concepire la costituzione come un piano politico totale è divenuta insostenibile negli ambiti nazionali, l’ipotesi della compensazione presuppone pur sempre una omogeneità fra quanto si perde e quanto si ottiene, mentre l’affermazione delle costituzioni parziali vanifica questa possibilità, tanto più se si considera che le regole di soluzione dei conflitti fra di esse, che potrebbero rappresentare il solo ancoraggio di un diritto costituzionale internazionale concepito in senso unitario, almeno sul piano giuridico rimangono mere ipotesi teoriche.

Di queste difficoltà è stata data una spiegazione quasi sociologica. La tesi di un diritto costituzionale internazionale in formazione, peraltro non priva di illustri precedenti,¹⁴ è oggi prevalentemente sostenuta da internazionalisti

¹¹ C.Walter, *Constitutionalizing (Inter)national Governance—Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, (2001) 44 *German Yearbook of International Law* 170, 191 ss.

¹² A.Peters, *Compensatory Constitutionalism*, cit., 603.

¹³ D.Kennedy, “*The Mystery of Global Governance*”, in *Ohio Northern University Law Review*, 2008, 841.

¹⁴ B.Mirkin Guëtzevitch, *Droit constitutionnel international*, Paris, Sirey, 1933.

alla ricerca di una cornice di concetti universali e supremi del cui sapere costoro sarebbero gli esclusivi detentori, e trova il proprio epicentro in Germania, dove il rapporto fra diritto costituzionale e diritto internazionale è stato per ragioni storiche particolarmente intenso.¹⁵

3. L'IPOTESI DEL GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW

Altri critici, nel rilevare le scarse chances dei fautori del diritto costituzionale internazionale nella loro ricerca del fondamento costituzionale, in termini di legittimazione democratica, degli ordini emergenti su scala globale, estendono la loro critica a studiosi di altre matrici disciplinari come David Held e Jurgen Habermas. Anziché perseguire tentativi simili, ritenuti eccessivamente ambiziosi in questa fase di sviluppo della globalizzazione, costoro puntano sulla più modesta ma più realistica prospettiva del *Global Administrative Law* (GAL), che ha preso le mosse dalla New York University e ha trovato una sponda importante in Italia negli studi di Sabino Cassese e della sua scuola.¹⁶ La prospettiva del GAL sarebbe più modesta e realistica perché incentrata non più sulla legittimazione generale del diritto globale, bensì sui meccanismi idonei a far valere la responsabilità dei poteri pubblici e privati – dalla tutela giurisdizionale ai congegni di responsabilità di fronte agli elettori – così come elaborati dal diritto amministrativo in sede nazionale, e sulle questioni poste dalla fissazione di standards globali e dall'emergere di organizzazioni e agenzie transnazionali e globali, soprattutto in ordine ai moduli di partecipazione ai processi decisionali che vi si svolgono e all'attuazione degli standards. Il tutto sulla premessa che i governi nazionali, nell'impossibilità di formare un solo ordinamento giuridico con un governo cosmopolitico, avrebbero dato vita a governi e a regolazioni di settore che di fatto competono con essi.¹⁷

Il GAL mira a comprendere i vari meccanismi di funzionamento della *governance* e della regolazione globale, il che, come accade agli altri in-

¹⁵ C.Schwoebel, *The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers*, in *German Law Journal*, vol. 13, No.1, 2012, rispettivamente 7 e 19.

¹⁶ N.Krisch, *Global Administrative Law and the Constitutional Ambition*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 10/2009, 12. Fra i principali studi sul GAL v. B.Kingsbury, N.Krisch, R.Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, Institute for International Law and Justice Working Paper 2004/1, e S.Cassese, *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Global Law Press - Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012.

¹⁷ S.Cassese, *The Global Polity*, cit., 23.

dirizzi teorici che concentrano i loro sforzi sul momento analitico, trova giustificazione nel fatto che siamo tutti agli inizi di un percorso senza poter disporre di mappe capaci di guidarci. Inoltre, è inevitabile che, nel tentativo di decifrare un fenomeno che le coinvolge tutte come la globalizzazione, le diverse discipline competano fra loro nel ricercarne ciascuna una chiave il più possibile comprensiva e, così, di reinventarsi.¹⁸

Ciò non impedisce tuttavia di notare che, rinunciando all'“ambizione costituzionalistica”, gli studiosi del GAL perdono di vista i principi che i filoni scientifici prima esaminati intravedono o invitano a individuare nei governi settoriali emersi dalla globalizzazione. Registrano la frammentazione come un dato, senza occuparsi della formazione delle costituzioni parziali all'interno dei singoli settori e del conseguente problema delle modalità della loro composizione. Non si può dire, dunque, che gli studiosi del GAL si occupino di oggetti di indagine diversi da quelli che interessano gli studi di diritto costituzionale internazionale. In buona parte si tratta dello stesso oggetto trattato da punti di vista diversi, e a mio giudizio complementari. In particolare, una volta escluso che il principio costituzionale di corrispondenza fra potere e responsabilità sia riferibile ai soli poteri pubblici statali, la ricerca dei congegni e delle sedi di esercizio del potere in ambito globale, sovranazionale e transnazionale non potrà non collegarsi a quella delle corrispondenti misure di responsabilità che già in quegli ambiti vengono fatte valere, o potrebbero esserlo.¹⁹

Diversamente, l'embricazione di punti di vista sfocia in un dilemma. Se le indagini sul GAL consentono nell'immediato maggiori certezze in termini conoscitivi a costo di smarrire la dimensione prescrittiva, gli studi di diritto costituzionale internazionale tentano di stabilire una continuità sul piano dei principi con il precedente assetto dei rapporti fra diritto costituzionale e diritto internazionale, ma non spiegano come sia realizzabile in presenza di costituzioni parziali ancora embrionali, e soprattutto prive di regole di soluzione dei reciproci conflitti. Il dilemma ruota dunque intorno alla fram-

¹⁸ D.Kennedy, “*The Mystery of Global Governance*”, cit., 835. Secondo M.Koskenniemi, *The Politics of International Law – 20 Years Later*, in *European Journal of International Law*, vol. XX, 2009, n. 1, 12, nello spazio transnazionale non si sarebbe sviluppata una narrazione di diritto internazionale ma una specializzazione o una creazione di regimi speciali di conoscenza negli ambiti del diritto commerciale, dell'ambiente, della sicurezza, internazionale penale, europeo e così via.

¹⁹ C.Pinelli, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, cit., 1301 ss.

mentazione del diritto globale, che o si assume come un presupposto pacifico o diventa un problema insolubile.

4. L'IPOTESI DEL COSTITUZIONALISMO SOCIALE

La tesi del “costituzionalismo sociale” che fa capo a Gunter Teubner supera questo dilemma. A differenza dei fautori della coincidenza necessaria tra stato e costituzione come Dieter Grimm, secondo cui l'emergere dei governi settoriali su scala globale consisterebbe in una giuridificazione senza costituzione di ambiti sociali,²⁰ per Teubner il “costituzionalismo della società mondiale che esiste al giorno d'oggi” non solo fa saltare “lo stretto accoppiamento strutturale dei sistemi funzionali con la politica e con il diritto nazionali”, ma costruisce in positivo “strutture di stato di diritto per le necessità di una rete mondiale di comunicazioni funzionali specifiche”.²¹

E' appena il caso di segnalare il diverso significato che la nozione di costituzione rispetto a quello corrente nella scienza costituzionalistica. La sua dimensione prescrittiva diventa irrilevante, mentre ciò che conta, sulla scia di Luhmann, è la sua valenza funzionale: in quanto “forma nella quale il sistema giuridico reagisce alla propria autonomia” onde “rimpiazzare quei sostegni esterni che erano stati postulati dal giusnaturalismo”, “la costituzione chiude il sistema giuridico disciplinandolo come un ambito in cui essa ricompare a sua volta”.²² Citando ancora Luhmann, Teubner afferma che “Il significato originario di *constitutio*, termine medico per indicare la condizione di un corpo come malato o sano, è ancora presente in ogni costituzione propriamente detta, perché le operazioni della costituzione interna mirano sempre ad assicurare due cose: il buon funzionamento degli organi interni e l'attitudine del corpo alla vita nel suo ambiente”.²³

Tuttavia il ‘costituirsi’, ossia la connotazione strutturale di una costituzione, non esaurisce affatto il concetto teubneriano di costituzione. Una volta che si siano costituiti, i sistemi parziali generano energie che accanto agli effetti produttivi conducono a conflitti sociali così disastrosi “da rendere neces-

²⁰ D.Grimm, *The Constitution in the Process of Denationalization*, in *Constellations*, 2005, n. 2, 460 ss.

²¹ G.Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Bruno Mondadori, Milano, 2012, 73.

²² N.Luhmann, *La costituzione come conquista evolutiva*, in G.Zagrebel'sky, P.P.Portinaro, J.Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1997, 94.

²³ G.Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 89.

saria una drastica correzione di rotta della politica costituzionale”, per cui “Al posto di norme costituzionali costitutive sono ora richieste norme limitative”.²⁴

Prima di proseguire l’illustrazione del pensiero di Teubner si impone un’avvertenza. Se si trattasse di porre a raffronto teorie costituzionali in quanto tali, dovremmo interrogarci sui margini di compatibilità fra le rispettive premesse, la cui eterogeneità riflette diverse matrici scientifico-disciplinari.²⁵ Il nostro discorso verte però sugli usi del concetto di costituzione di fronte a trasformazioni anche giuridiche della convivenza che rimettono in discussione la tradizionale coesistenzialità delle nozioni di stato e di costituzione. Che alcune premesse divergano fra loro sullo stesso concetto di costituzionalismo anziché semplicemente sulle concezioni di un concetto condiviso,²⁶ servirà da *caveat*, ma non impedirà di esaminare gli apporti che ciascuna tesi potrebbe fornire al comune oggetto di indagine, salvo a verificarne poi gli spazi di reciproca contaminazione in termini teorici.

D’altra parte la globalizzazione ha rimescolato le carte anche all’interno degli ambiti scientifico-disciplinari. Lo dimostra lo stesso Teubner quando scrive che “una costituzione non sorge solo nel sistema politico, come pensa Luhmann, ma in ogni sistema sociale, purché i suoi meccanismi riflessivi siano sorretti da norme giuridiche secondarie”.²⁷ A questo riguardo aggiunge che “ogni sistema funzionale presenta una differenziazione interna in un ambito organizzato-professionale e in uno spontaneo. Il primo ambito è composto, a sua volta, da organizzazioni che agiscono a livello decentrato e istanze di autoincremento centrali. Dal canto loro, le costituzioni politiche hanno già allestito, nelle loro sezioni organizzative, la corrispondente differenziazione interna della politica per mezzo di norme dettagliate: diritto di voto; diritti fondamentali politici; norme di competenza e procedurali

²⁴ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 75-76.

²⁵ Non a caso, secondo G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 109 “Con buona pace dei giuristi, il diritto non gioca il ruolo principale in tutte le costituzioni, siano esse statali o sociali. La costituzionalizzazione è sempre innanzitutto autocostruzione del *medium* comunicativo di un sistema sociale, della politica, dell’economia, dei media, della sanità. In questi processi, il diritto assume un ruolo indispensabile ma ancillare. Un concetto di costituzione valido nel costituzionalismo sociale deve conservare la consapevolezza del fatto che le costituzioni sono innanzitutto processi sociali, e solo in un secondo momento processi giuridici”.

²⁶ Come notato da N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *Modern Law Review*, May 2002, 333.

²⁷ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 112, che afferma di intendere le “norme giuridiche secondarie” nel senso di H.L. Hart.

per parlamento, governo e amministrazione. Ma anche negli altri sistemi funzionali esistono candidati a una tale costituzionalizzazione, non solo nelle strutture organizzate (come imprese, banche, fornitori di accesso a Internet, organizzazioni sanitarie, associazioni di professionisti e università), ma anche nell'ambito spontaneo, cioè nelle opinioni pubbliche parziali funzionalmente specifiche".²⁸

In questa prospettiva l'ipotesi delle costituzioni sociali diventa la risposta aggiornata dei teorici della differenziazione funzionale dei sistemi sociali al disallineamento fra politica e diritto verificatosi in ambito statale con la globalizzazione. Tale ipotesi rende visibile come la globalizzazione, nonostante i temuti rischi per la democrazia e per lo stato di diritto cui viene sovente associata, offra l'opportunità in ciascun settore sociale "di dare una nuova forma al rapporto tra ambito spontaneo e organizzato", attraverso un "costituzionalismo dal basso" capace di "assicurare la politicizzazione dell'ambito spontaneo rispetto alle pretese di dominio dell'ambito organizzato-professionale", come dimostrano i vari movimenti (Brent Spar, Wikileaks, indignados, Occupy Wall Street) rivolti "non solo contro lo stato, ma anche, in maniera decisa, contro l'ambito organizzato-professionale dell'economia e degli altri sistemi funzionali".²⁹

La frammentazione del diritto e del governo globale, che nei tentativi teorici di costituzionalismo globale prima considerati o veniva assunta come un presupposto pacifico o si traduceva in un problema insolubile, diventa addirittura un'opportunità dal punto di vista del costituzionalismo sociale. Ciò si spiega anzitutto perché i processi di differenziazione funzionale dei sistemi sociali rientrano fra le premesse della teoria sistemica ben prima della globalizzazione della fine dello scorso secolo, e in secondo luogo grazie alla mossa di Teubner, che disancora nel modo che abbiamo visto il costituzionalismo sociale dal sistema politico: "Nella differenziazione funzionale, si è azzardato il rischioso esperimento di rinunciare alla grande unità della società e di liberare invece una moltitudine di energie sociali frammentarie che – non essendo limitate da nessun principio opposto incorporato – generano un'incredibile dinamica incrementale interna. Sono state così rese possibili grandi conquiste civilizzatrici nell'arte, nella scienza, nella medicina, nell'economia, nella politica, nel diritto. Ma il lato oscuro

²⁸ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 90-91.

²⁹ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 93.

di ciascuno di tali principi incrementali può condurre a momenti catastrofici, i momenti costituzionali che rendono possibile l'esperienza collettiva di apprendimento dell'autolimitazione."³⁰

In tale prospettiva, la frammentazione non si traduce più in un dilemma. Se nel dibattito in corso la frammentazione viene "vista come un deficit da superare, e non come una sfida per definire in modo diverso i problemi costituzionali della società mondiale e trovare nuove soluzioni", occorre invece "smetterla di interpretare la frammentazione come un problema da sanare, staccandosi così dall'idea di una costituzione globale unitaria. L'attenzione si concentrerà, invece, sui fondamentali conflitti tra i frammenti. Ma allora un diritto costituzionale diffuso non può fungere da diritto unitario, bensì solo da diritto costituzionale globale delle collisioni".³¹ Più precisamente, si pone la questione di come contrastare i "momenti catastrofici" che la "dinamica incrementale interna", guidata da "l'obbligo di produrre sempre di più",³² determina nell'ambito dei singoli sistemi parziali.

Dopo il totalitarismo politico del secolo scorso non è più pensabile "una statalizzazione permanente del sistema parziale", né "un controllo amministrativo dei processi di comunicazione globali", e del resto l'esperienza suggerisce che il tentativo di controllare processi interni attraverso interferenze esterne è di solito destinato a fallire; rimane la possibilità della "autolimitazione, forzata dall'esterno, delle opzioni del sistema": "Un ordinamento costituzionale globale si trova di fronte il seguente compito: come si può produrre una pressione interna sui sistemi parziali talmente massiccia da rendere efficace, nei loro processi interni, l'autolimitazione delle scelte di comportamento?".³³ Si aggiunga che, secondo Teubner, nella sfera economica come in quella politica, le autocorrezioni non si realizzano di fronte all'"astratto pericolo di un collasso", ma solo quando "la catastrofe incombe nell'immediato": "Solo allora emergono una presa di coscienza e una spinta al cambiamento sufficientemente potenti da permettere un drastico cambiamento di rotta".³⁴

In ogni caso non bisogna dare per scontato "nel lungo periodo, che il costituzionalismo mondiale si limiti alla sua funzione costitutiva in senso uni-

³⁰ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 82.

³¹ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 21.

³² G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 79.

³³ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 83.

³⁴ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 81.

lateralmente ‘neoliberale’. E’ solo questione di tempo prima che le energie sistemiche liberate, accanto agli effetti innegabilmente produttivi, scatenino conseguenze talmente disastrose, in termini di conflitti sociali, da rendere necessaria una drastica correzione di rotta della politica costituzionale”.³⁵

La riforma monetaria, proposta di recente in Gran Bretagna, in Svizzera e in Germania per contrastare gli eccessi della crescita economica, viene addotta da Teubner come esempio di una simile “drastica correzione di rotta della politica costituzionale”. Si tratta di agire sul meccanismo di creazione della moneta, che la diffusione di moneta scritturale nei conti correnti, l’espansione delle operazioni di pagamento non in contanti e la globalizzazione della circolazione di denaro e capitali hanno sottratto al monopolio delle banche centrali e attribuito alle banche commerciali, col risultato di spingere la crescita dell’economia reale fino a una misura che produce danni sociali, e di aumentare “la speculazione finanziaria autoreferenziale”.³⁶ Anziché alla decrescita, la riforma dovrebbe mirare, attraverso una modifica dello Statuto della BCE e conformi misure su scala globale, a ripristinare il monopolio delle banche centrali sulla creazione di tutta la moneta, a mettere in circolo questo denaro esente da debiti attraverso la spesa pubblica, e a impedire così la creazione di denaro a giro da parte delle banche.³⁷

5. SUGGERIMENTI DI RISPOSTE POLITICHE ALLA SFIDA DEI MERCATI FINANZIARI

Il sostegno a questo genere di proposte dimostra come, nel rispondere alla sfida della finanza globale al costituzionalismo, Teubner ricorra alle tradizionali risorse della politica, e quindi a una limitazione esterna del sistema parziale della finanza, accantonando l’ipotesi dell’autolimitazione avanzata a proposito delle costituzioni parziali. Eppure, al pari degli altri ambiti coinvolti dai processi di globalizzazione, per i mercati finanziari non si sarebbe avuto “un processo evolutivo alla cieca, in cui i mercati diventavano spontaneamente globali. Piuttosto, ciò è avvenuto con l’attiva partecipazione della politica e del diritto. Sull’abbattimento delle barriere nazionali e su una politica esplicita di *deregulation* si è sviluppata una costituzione globale dei mercati finanziari voluta dalla politica e resa stabile dal diritto, che ha scatenato dinamiche fuori controllo”.³⁸

³⁵ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 75.

³⁶ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 103.

³⁷ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 107.

³⁸ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 17.

Il contrasto fra l'analisi e le soluzioni appare evidente. Per coglierne le ragioni è necessario chiedersi in che cosa quel sistema parziale si discosti dagli altri al punto da richiedere, a fronte di una tendenza incontrollata alla crescita tendente alla catastrofe, una contropinta ben diversa dall'autolimitazione.

In effetti, il genere di proposte prospettato da Teubner appare simile a quello avanzato da giuristi e politici, che peraltro divergono fra loro nel giudicare la natura della finanza globale. Dopo aver designato con questo termine l'insieme di banche commerciali internazionali, di fondi di varia denominazione e specie, di responsabili della gestione di volumi di liquidità raccolti da gruppi di imprese sovranazionali nonché di banche di credito ordinario, operanti quotidianamente su scala globale,³⁹ Giuseppe Guarino ritiene inappropriato parlare di "speculazione": a suo avviso gli operatori della finanza privata internazionale hanno concorso in modo efficace allo sviluppo delle attività economiche e del commercio internazionale, anche attraverso la creazione dei derivati, e ne parla come di "un sistema che in dipendenza del principio di doverosità, vincolata al conseguimento del maggior profitto, si spinge fin dove lo porta la sua forza. Contenerlo entro i limiti in cui la sua funzione è utile, o addirittura essenziale, risponde all'interesse non solo della collettività economica mondiale, ma anche dello stesso sistema finanziario. Il sistema, qualora si consolidassero gli indirizzi in atto, potrebbe travolgere l'euro. Costretto nei suoi corretti confini, trasmetterebbe impulsi benefici, e altrettanti ne riceverebbe da una Unione politica europea, in grado di ricondurre il nostro continente al ruolo tradizionalmente esercitato, e che gli spetta, di costituire uno degli assi portanti dell'economia globale".⁴⁰

Ben diversa è l'opinione di Helmut Schmidt, secondo cui "Ci troviamo di fronte a uno scenario in cui alcune migliaia di speculatori finanziari americani ed europei e qualche agenzia di rating hanno preso in ostaggio i governi con la maggiore responsabilità politica in Europa... Nel 2008 e 2009 i governi di tutto il mondo hanno salvato le banche con le garanzie e il denaro dei contribuenti. Ma già dal 2010 questa schiera di manager finanziari super intelligenti e al tempo stesso soggetti a psicosi ha ripreso a giocare al vecchio gioco dei profitti e dei bonus". Schmidt invita i membri

³⁹ G. Guarino, *L'Europa imperfetta. Ue: problemi, analisi, prospettive*, in Id., *Diritto ed economia. L'Italia, l'Europa, il mondo*, in *Quaderni di Economia italiana*, 2011, 225.

⁴⁰ G. Guarino, *L'Europa imperfetta*, cit., 227.

dell'eurozona a mettere in atto congiuntamente una serie di regole per i propri mercati finanziari, dalla distinzione fra banche commerciali da una parte e banche di investimento e banche ombra dall'altra, al divieto di vendite allo scoperto di titoli e di commercio dei derivati non ammessi dagli organi di vigilanza sulle borse, fino a una limitazione dei giri d'affari delle agenzie di rating con effetti sull'eurozona: "Se gli europei avranno la forza e il coraggio di portare a compimento una drastica regolamentazione del mercato finanziario, potremmo pensare di diventare a medio termine una zona di stabilità. Se falliremo, il peso dell'Europa continuerà a diminuire, mentre il mondo si avvia verso il duumvirato Washington-Pechino".⁴¹

Eppure, nonostante le divergenze sull'azione della finanza globale, tanto Guarino quanto Schmidt ritengono necessaria una risposta politica in grado di contenerla, che né l'Unione europea né il *Financial Stability Board* od altre istituzioni internazionali sono finora riuscite a dare.⁴² E alla medesima conclusione giungono altri autori diversamente orientati, da chi ritiene che la finanza rimane uno strumento necessario della crescita dell'economia reale,⁴³ a quanti, senza negarlo, ragionano nondimeno dell'avvento di un capitalismo finanziario che avrebbe strutturalmente mutato la natura del capitalismo occidentale.⁴⁴

6. FINANZA GLOBALE E PROCESSI DI DIFFERENZIAZIONE

Il consenso sul tipo di risposte che si rendono necessarie di fronte alla espansione illimitata e incontrollata della finanza globale è dunque molto diffuso. Si tratta di risposte politiche che solo gli Stati possono dare, e la cui efficacia è condizionata alla possibilità di coinvolgerli tutti, per evitare che gli scambi finanziari si concentrino sul territorio dello Stato che rifiuti di sottoporli a regole e controlli.⁴⁵ Teubner, lo abbiamo visto, condivide la necessità di una risposta politica nonostante neghi che il potenziale trasformativo di ogni sistema parziale possa venire imposto dall'esterno, come avverrebbe se una normativa internazionale disponesse regole e controlli sui mercati

⁴¹ H.Schmidt, *La Germania in, con e per l'Europa*, Discorso al congresso SPD del 4 dicembre 2011, FEPS, Bruxelles, 2012, 200-201 (trad.it.). V. pure di recente Id., *L'essenza del bene comune* (2008), Fazi, Roma, 2009.

⁴² H.Schmidt, *La Germania*, cit., 199, e G.Guarino, *L'Europa imperfetta*, cit., 228 ss.

⁴³ S.Rossi, *Processo alla finanza*, Roma-Bari, Laterza, 2013, 35.

⁴⁴ G.Ruffolo e S.Sylos Labini, *Il film della crisi. La mutazione del capitalismo*, Torino, Einaudi, 2012, 44.

⁴⁵ S.Rossi, *Processo alla finanza*, cit., 43.

finanziari. Possiamo chiederci a questo punto se i mercati finanziari abbiano realizzato un sistema parziale assimilabile a quelli teorizzati da Teubner.

La risposta è negativa, anche secondo studiosi che seguono il suo indirizzo. Costoro osservano che gli effetti più importanti della deregolamentazione dei mercati finanziari compiuta dagli Stati occidentali a partire dagli anni Ottanta dello scorso secolo vadano misurati non tanto in termini di attenuazione del controllo pubblico su di essi, quanto di trasformazione degli stessi titolari dei pubblici poteri, sulla spinta dell'ideologia monetarista, in esecutori della volontà degli operatori privati, col risultato di cancellare progressivamente la differenziazione fra razionalità politica ed altre forme di razionalità sociale come quella economica, e di sottomettere l'intera società a una singola forma di razionalità.⁴⁶

Come tutte le ideologie fondamentaliste, si aggiunge, anche il neoliberalismo mira a superare quello che Luhmann aveva chiamato il "peccato originale" della differenziazione funzionale: e se il totalitarismo della prima metà del xx secolo aveva sottomesso immediatamente la società alla politica senza ricorrere a un universo semantico esterno alla politica, il neoliberalismo e altre forme di fondamentalismo (nazionalistico, religioso, ecologico) vi fanno al contrario ricorso, ma sempre per sottomettere la società a un'ideologia politica totalizzante. La logica economicistica operante nel neoliberalismo rifletterebbe dunque un obiettivo politico e solo secondariamente economico.⁴⁷ Su questa premessa, l'ipotesi dell'emergere di un ordine transnazionale basato su un'accelerata differenziazione dei sistemi sociali, anziché continuare a presupporre una politica incentrata sulla dimensione statale, dovrebbero prendere atto che il rapporto politica-diritto si è adeguato alla scala transnazionale della società mondiale.⁴⁸

Dallo studio citato si ricava uno spunto prezioso: nella misura in cui "l'obbligo di produrre sempre di più", lasciato privo di freni, tende a modellare la società secondo un proprio disegno politico, il funzionamento dei mercati globali spinge nella direzione opposta alla crescita della differenziazione indotta dalla globalizzazione.

Un Rapporto di J.P.Morgan non solo ha confermato simile tendenza, ma ne ha esteso il raggio d'azione alle Costituzioni democratiche. Esso

⁴⁶ P.Kjaer, *Law and Order Within and Beyond National Configurations*, in *Normative Orders Working Paper* 02/2010, <www.normativeorders.net>, 33.

⁴⁷ P.Kjaer, *Law and Order*, cit., 35.

⁴⁸ P.Kjaer, *Law and Order*, cit., 38.

spiega la crisi dell'eurozona con il fatto che i sistemi politici della "periferia" (Italia, Grecia, Spagna e Portogallo) furono instaurati all'indomani di dittature e vennero predeterminati da quell'esperienza. Le loro Costituzioni dimostrano una forte influenza socialista per via del successo che la sinistra aveva ottenuto con la sconfitta del fascismo, e risultano caratterizzati da governi deboli, stati centrali inermi di fronte alle regioni, protezione costituzionale dei diritti dei lavoratori, sistemi di creazione del consenso che alimentano il clientelismo politico, diritto al dissenso di fronte a modifiche sgradite dello *status quo*. Gli effetti negativi di queste tendenze sono stati rivelati dalla crisi dell'eurozona, ma i governi sono riusciti solo in parte a far avanzare riforme finanziarie ed economiche a causa di vincoli costituzionali (Portogallo), regioni potenti (Spagna) o l'ascesa di partiti populistici (Grecia e Italia).⁴⁹

Non è necessario ribattere punto per punto a una ricostruzione tanto generica e strumentale dell'avvento delle Costituzioni democratiche nei Paesi dell'Europa mediterranea e della loro attuale funzione. E' invece utile segnalare come uno dei maggiori protagonisti della finanza globale individui in esse il punto di maggior resistenza alla penetrazione dell'ideologia politica totalizzante di cui si fa portavoce.

Che la finanza globale non si limiti a scaricare gli effetti dell'imperativo della crescita indiscriminata — come nel caso della crisi dei derivati — sui bilanci degli Stati e quindi sui cittadini,⁵⁰ ma per bocca di propri autorevoli esponenti ricerchi poi nelle Costituzioni di quegli Stati la ragione della crisi finanziaria da essa provocata, può provocare comprensibili reazioni di conservazione. Ma per quanto la perdita di sovranità venga perciò sempre più spesso presentata "come un'autentica spoliazione ad opera di poteri che spadroneggiano su di noi da un mondo che ci sovrasta", dobbiamo chiederci se essa ci consenta "di rimettere il dentifricio nel tubetto" o debba piuttosto "portarci a rendere più forte, con meno buchi e più rispondente alle nostre aspettative, il tubetto più grande con il quale siamo comunque

⁴⁹ J.P.Morgan, *The Euro area adjustment: about halfway there*, in *Europe Economic Research*, 28 May 2013, 12.

⁵⁰ Se è vero, come nota S.Rossi, *Processo alla finanza*, cit., 87, che "Da che mondo è mondo, i debitori stanno dalla parte del torto", nel senso che "il peccato originale è di chi s'indebita, quando lo fa non per investire per il futuro ma per consumare nel presente", è pur vero che il debito pubblico di quegli Stati si era formato nei decenni precedenti, e che solo la crisi generata dalla sregolatezza della finanza globale lo ha fatto percepire come insostenibile.

alle prese”, nonché se sia rimasto uno spazio per il tubetto più piccolo, ossia per lo stato.⁵¹

7. UN TENTATIVO DI RIDEFINIRE LA POSTA IN GIOCO PER IL COSTITUZIONALISMO DEMOCRATICO

Lo studio qui condotto è maturato sullo sfondo di questo interrogativo, anche se, invece di rispondervi direttamente, ricerca la tenuta delle principali ipotesi teoriche sul costituzionalismo globale, compresa la capacità di inquadrare nei rispettivi schemi le modalità di strutturazione e di funzionamento dei mercati finanziari.

A prima vista, la risposta è deludente. Una parte rilevante di quelle ipotesi teoriche, dovute per lo più a giuristi di diverse estrazioni disciplinari, non sembra superare il dilemma della frammentazione, né include i mercati finanziari nel suo campo di osservazione. L'ipotesi del costituzionalismo sociale, vista la matrice luhmaniana, può invece inquadrare la frammentazione nello schema teorico della differenziazione dei sistemi sociali, prospetta al riguardo soluzioni con una padronanza analitica sconosciuta ai giuristi, e si occupa diffusamente dei processi di globalizzazione finanziaria. Ma di fronte alla questione del contenimento degli effetti distruttivi posti dall'“obbligo della crescita” nel campo dei mercati finanziari, essa abbandona la sequenza “pressione esterna”/“autolimitazione” e ritorna ai tradizionali strumenti della politica e del diritto, con soluzioni dal contenuto simile a quelle dei pochi politici e giuristi che dell'“obbligo della crescita” hanno da tempo compreso i pericoli per la convivenza.

In compenso, la ricerca delle ragioni di questa contraddizione ci ha guidato a un risultato inaspettato. Se, come dice Kjaer, la razionalità dei mercati finanziari va assimilata a quella dei fondamentalismi di altro tipo presenti su scala globale, e le sue potenzialità distruttive a quelle dei totalitarismi politici, siamo in grado di identificare un “sistema parziale” che non si limita a seguire l'imperativo della crescita illimitata nel suo proprio ambito, ma mira a farsi “totale” fino a bloccare la stessa dinamica della differenziazione. E' proprio a questo punto che la teoria del costituzionalismo sociale fornisce un apporto prezioso a un discorso costituzionale sulla globalizzazione.

⁵¹ G. Amato, *Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, 2.

Si noti che per Teubner il problema del costituzionalismo sociale non nasce con la globalizzazione, ma è solo acuito da essa drasticamente: “Di fronte all’energia radiante dello stato e della sua costituzione politica, determinate costituzioni sociali sono sempre in una strana penombra, seppure per ragioni diverse”.⁵² Occultate dal tema delle libertà individuali all’epoca dello Stato liberale, poi assoggettate alla pretesa di dominio statale durante il totalitarismo, “le costituzioni sociali parziali autonome” non sono state riconosciute ufficialmente dalle costituzioni del tardo xx secolo, le quali però “al tempo stesso hanno stabilito un peculiare equilibrio tra un costituzionalismo statale, che estende man mano le disposizioni della costituzione politica ad ambiti sociali, e un pluralismo costituzionale, in cui lo stato di fatto rispetta le costituzioni proprie della società”.⁵³

Se la vicenda delle “costituzioni sociali parziali autonome” si risolve in quella del posto del pluralismo nell’evoluzione del costituzionalismo europeo-continentale,⁵⁴ si può dire qualcosa di più dell’ultima fase del suo sviluppo, quando, per usare il linguaggio della Costituzione italiana, le formazioni sociali saranno riconosciute, senza però venire istituzionalizzate. Più che di una scelta ambivalente o di un “peculiare equilibrio”, si tratta di un sofisticato intreccio fra assegnazione alla politica democratica del primato nei processi decisionali e precostituzione di un limite strutturale agli eccessi distruttivi dell’artificio politico, che viene potenziato sul terreno del rapporto fra interno ed esterno, dove determinate condizioni costituzionali di apertura al diritto internazionale e sovranazionale vengono tradotte in corrispondenti limitazioni di sovranità. A contare sono comunque i principi, ma i risultati dell’intreccio non vengono prefigurati, e ogni armonia prestabilita è esclusa.⁵⁵

Del resto, questo è solo uno dei risvolti di un tratto profondo di quelle costituzioni. Come dimostrano le procedure di revisione, e la scarsa capacità predittiva dei loro principi, esse hanno abbandonato la pretesa di possedere il tempo, che accomuna Licurgo agli enunciati costituzionali postrivoluzio-

⁵² G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., II.

⁵³ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., II.

⁵⁴ Come nota F. Rimoli, *Costituzionalismo societario e integrazione politica. Prime riflessioni sulle teorie funzionalistiche di Teubner e Sciulli*, in *Diritto pubblico*, 2012, 369-370.

⁵⁵ C. Pinelli, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, il Mulino, 2002, 231.

nari che affidavano a ogni generazione il diritto di disporre sovranamente del proprio futuro. Piuttosto, nello strutturare l'intreccio fra le istituzioni variamente autorizzate a perseguire i principi, come quello tra sfera politica e ambiti economici e sociali, le costituzioni democratiche confidano nel tempo. Le memorie del passato costituzionale sono corrispondentemente differenziate, e virtù trasformative e apprendimenti autocorrettivi dei cittadini sono incentivati in vista di preparare il futuro.

La posta in gioco andrebbe allora ridefinita. Non consisterebbe nell'esautoramento della sovranità statale, ma nella vanificazione del disegno costituzionale di società già internamente differenziate, e aperte a reciproci apprendimenti. Corrispondentemente, la minaccia non proverebbe dai processi di differenziazione funzionale realizzati su scala globale, bensì dall'opposta tendenza a chiudere gli spazi costituzionali del pluralismo in nome di una razionalità totalizzante e autoreferenziale.

In questo senso si rende possibile trascrivere il concetto funzionale di costituzione proposto da Teubner nei termini delle teorie costituzionali formatesi intorno al costituzionalismo. Parallelamente, esaminando la sua distinzione fra "norme costituzionali costitutive" e "norme limitative", o fra costituzione in senso strutturale e in senso funzionale, Mario Dogliani ha fatto notare che se per l'A. la prima non riesce ad arginare le tendenze autodistruttive derivanti dalla dinamica espansiva di ciascun sistema parziale, solo la costituzione in senso funzionale, come insieme di regole limitative e correttive di quella dinamica, corrisponde a un concetto di costituzione in senso compiuto, e al costituzionalismo "inteso come progetto di trattare responsabilmente i conflitti".⁵⁶

Indipendentemente da certi suoi esiti, l'analisi dei processi di differenziazione funzionale si colloca sulla stessa lunghezza d'onda di un costituzionalismo messo ancora una volta alla prova, e che impara a riconoscere la posta in gioco e a preparare conseguenti risposte.

⁵⁶ M. Dogliani, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale. A proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Diritto pubblico*, 2009, 314-315.

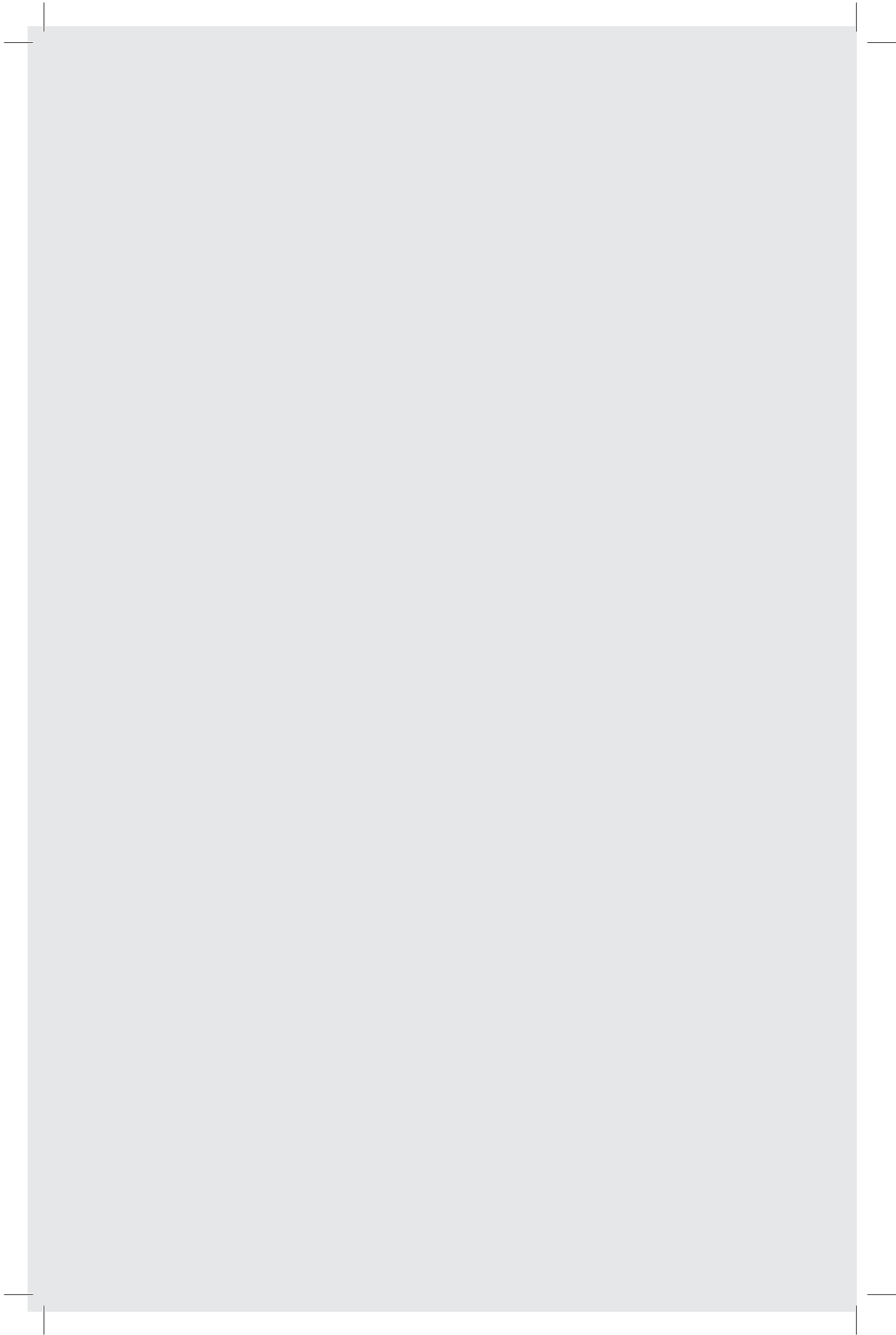
LOS ORGANISMOS REGULADORES EN EL ESTADO
CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XXI:
SU INDEPENDENCIA
(ESPECIAL REFERENCIA AL CASO ESPAÑOL).⁵⁷

Eduardo Vírjala Foruria

SUMARIO

1. Organismos Reguladores y Estado constitucional.
2. La independencia como característica imprescindible de los Organismos Reguladores .
 - 2.1. Introducción.
 - 2.2. La independencia del Organismo Supervisor único español: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
 - 2.2.1. La independencia orgánica.
 - 2.2.2. La independencia funcional.
 - 2.2.3. Otros criterios que afectan a la independencia.
 - 2.3. El control sobre los Organismos Reguladores.
3. Bibliografía utilizada.

⁵⁷ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «La energía en el Tratado de Lisboa: gobierno económico y construcción del mercado único energético» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2010-19581) y se integra en la labor del Grupo de investigación financiado con cargo a la Subvención General a Grupos de investigación de la UPV-EHU (GIU 11/08).



I. ORGANISMOS REGULADORES Y ESTADO CONSTITUCIONAL

La consolidación de la revolución industrial en la primera mitad del siglo XIX permite la aparición y desarrollo en la segunda mitad de toda una serie de servicios de carácter económico (ferrocarriles, gas, electricidad, teléfono, transportes por carretera) que, por su interés estratégico y por los beneficios sociales que aportan, son considerados de interés público, de forma que los mismos deban llegar a toda la población y con precios regulados.¹ El problema que plantean la mayoría de ellos es el de su entendimiento durante muchos años como monopolios naturales, es decir, que toda la demanda puede satisfacerse al costo más bajo posible por una empresa en lugar de dos o más, siendo ineficiente económicamente la construcción de más de una red de transporte o conexión.² A las dificultades técnicas de establecer redes alternativas para su prestación se uniría la creciente necesidad de que los mismos fueran prestados en condiciones de no discriminación a los ciudadanos por su status económico-social.

Frente a esta situación, el Derecho estadounidense y el Derecho europeo reaccionan de manera diferente. En el primero, heredando la doctrina del *common carrier* (transportista o porteador común) inglés,³ se establece que los servicios de red sean gestionados por empresas privadas pero some-

¹ Situación iniciada con anterioridad al Estado liberal, cuando ya se concedían privilegios exclusivos a compañías que ejercían actividades industriales y comerciales que el Estado no podía asumir por sí mismo, pero en el entendimiento de que el mercado no podía tampoco sustituir sin más al Estado sin riesgo de subidas de precios y crisis sociales, a lo que se añadía la situación de hecho de ciertos monopolios naturales: Triantafyllou (1997, 559).

² Cruz (1999, 100-101).

³ Montero (1996, 576 ss.).

tidas a determinadas condiciones como son la oferta del servicio a todo el público sin discriminaciones y la regulación por el Estado de determinados elementos de dicho servicio como el precio.⁴ Sin embargo, la sujeción al derecho privado no va a significar la entrada de la libre competencia, pues las empresas privadas que gozan en los primeros momentos de creación del mercado de un monopolio de hecho, son las que empujan al Estado estadounidense a regular el mercado y consagrar jurídicamente el monopolio, principalmente en la telefonía.

En el Derecho europeo, la contradicción con los postulados liberales del libre mercado se salva, por el contrario, con la creación de la figura de la concesión administrativa y el argumento de la utilización del dominio público. Cuando el liberalismo pierde fuerza y se produce la aparición del Estado social, se pasa ya a la reserva de titularidad estatal de la actividad y al concepto de servicio público.⁵ Este concepto de servicio público tiene un origen francés,⁶ pero se extiende posteriormente a otros países europeos y ha planteado siempre numerosas polémicas, sobre las que en este trabajo no puedo entrar.⁷ Los elementos básicos del servicio público europeo durante la mayor parte del siglo xx han sido: 1) la titularidad de un servicio indispensable para la sociedad por el Estado, que se lo reserva mediante una declaración (*publicatio*); 2) la actividad se presta sometida a unas reglas exorbitantes de Derecho público; 3) la prestación del servicio tiene carácter excluyente o monopolístico mediante gestión directa de la Administración o gestión indirecta de un particular (concesión).⁸ Se entiende

⁴ Amato (1997b, 650).

⁵ Long (2001, 1162), Ariño (1997, 21-22).

⁶ Tras la asunción por el Estado francés de la titularidad de los primeros servicios de red, la conceptualización jurídica del servicio público se produce con posterioridad por parte del Tribunal de Conflictos (*Arrêt Blanco* de 1873) y del Consejo de Estado (*Arrêt Terrier* de 1903): Fournier (2000, 4 ss.), Roldán (2000, 20).

⁷ Sobre el propio concepto de servicio público, su razón de ser y su configuración jurídica, no ha habido un patrón fijo y claro, tal y como señala T. R. Fernández Rodríguez (1999, 59 ss.); en el mismo sentido Muñoz Machado (1998, 88 ss.), Roldán (2000, 22 ss.).

⁸ Nebot (1998, 14), Ariño (1993, 299). La titularidad estatal del servicio público no significaba generalmente en sus inicios la necesidad de gestionarlo directamente. Por el contrario, era costumbre la gestión indirecta mediante concesionarios privados (correos, teléfono, electricidad). La nacionalización de los servicios públicos es propia de los dos últimos tercios del siglo xx como consecuencia de la quiebra económica de muchas empresas concesionarias de servicios públicos y del auge de la ideología económica keynesiana. Sobre este tema, puede verse el trabajo de Troncoso (1999, 98 ss.).

que sólo el Estado, y no las fuerzas del mercado, es capaz de asegurar una prestación continua de servicios públicos que llegue a toda la población y que suponga una tasación de precios asequible para las clases sociales más desfavorecidas.

Todo este panorama cambia radicalmente a partir de finales de los años setenta del siglo xx al producirse la crisis del Estado Social. El desarrollo tecnológico en los últimos treinta años, unido al triunfo ideológico a partir de esa misma época de las doctrinas del liberalismo económico, han producido una recapitulación de la concepción sobre el modo de gestión de estos servicios públicos,⁹ al permitir una diversificación y aumento de la demanda con la emergencia de nuevos operadores concurrendo con el monopolio con o sin su consentimiento.¹⁰ A ello se ha unido una, en ocasiones, deficiente gestión de los servicios públicos y la crisis del modelo político socialdemócrata (efectos de la crisis económica de los 70 y 80, caída del comunismo, descrédito de algunos partidos socialistas, etc.).¹¹

Todo ello, parecía hacer inevitable un proceso de liberalización, que ha conducido a concebir estos servicios públicos no tanto en su vertiente clásica subjetiva (como empresas u organismos pertenecientes al ámbito público) sino en la objetiva o funcional (como misión de interés general de la que habla el Derecho comunitario y que se traduce en la imposición a determinados servicios de interés económico general de las denominadas por la doctrina francesa obligaciones de servicio público),¹² es decir, en la necesidad de proporcionar al ciudadano unos servicios determinados en unas condiciones también determinadas, al margen de que tal función la desarrolle directamente el Estado o lo hagan operadores privados en un marco regulador estricto en que el Estado fija las condiciones que tiene que cumplir cualquier empresa que quiera actuar. Esta evolución ha conducido

⁹ Kovar (1996, 217), Triantafyllou (1999, 22), Geradin (1999, 13), Wilks y Bartle (2002, 149), Ruiz Cañete (1995, 46), Fernández Rodríguez (1999, 65-66), Monti (2000, 246), Voisset (1995, 304), Muñoz Machado (1998, 18).

¹⁰ Berrod y Ligné (1997, 83), Lasheras (1999, 142).

¹¹ Otra cuestión es la de los servicios públicos no estrictamente económicos (como la cultura, la educación o la sanidad) o la de los servicios públicos vinculados al empleo de la autoridad (policía, Ejército, diplomacia, etc.) que, al menos de momento, parecen mantener su sentido tradicional.

¹² Fernández Rodríguez (1999, 69), Muñoz Machado (1998, 318-319), Arrigoni (1995, 88-89), Desdentado (1999, 188), Caballero (2002). Malaret (1998, 58) prefiere hablar de sentido orgánico y de aproximación material al concepto de servicio público.

al concepto de servicios de interés general del Derecho comunitario,¹³ aunque tampoco resulta desconocida en la práctica del Derecho español en el que el Estado, por ejemplo, no gestionaba directamente ni la telefonía ni la electricidad, al menos no totalmente.

La liberalización de determinados servicios públicos, unida al desarrollo tecnológico, puede que sea beneficiosa para el conjunto de los ciudadanos en aquellos sectores que presenten una competencia real,¹⁴ pero si se quiere el mantenimiento del Estado Social es absolutamente necesario fijar y detallar con precisión las obligaciones que deben cumplir los operadores privados que actúan en los sectores económicos de infraestructura de red,¹⁵ ya que todavía hoy parece seguir siendo difícil compatibilizar un buen servicio a los ciudadanos con la libre competencia en determinados sectores como lo demuestran los ejemplos británicos del transporte ferroviario y de correos. No puede hacerse «un primer balance histórico sobre las privatizaciones» diciendo, sin más, que los precios, «principal objetivo para los consumidores, se han reducido relevantemente»,¹⁶ a lo que puede replicarse que la reducción del precio de los servicios es importante pues eso significa aumentar el salario real de los trabajadores, pero que la competencia centrada en el precio sólo se da en productos muy homogéneos, fácilmente comparables por el consumidor, mientras que en una sociedad compleja y desarrollada la competencia se debe dar fundamentalmente en la calidad, el trato mejor al cliente, la renovación del producto, etc.¹⁷

El Estado sigue interviniendo tras el proceso de liberalización poniendo reglas al mercado para que éste no se desboque, perjudique a los más débiles y lleve a la propia economía al colapso. Las empresas privadas dejadas a la libre competencia sin reglas estatales tienden a destruir la propia competencia, creando monopolios y oligopolios, acuerdos anticompetenciales y a aprovecharse de la asimetría informativa frente a los consumidores y usuarios.¹⁸ Además, el recurso al Estado, a pesar de lo que se suele decir, siempre termina en épocas de crisis utilizándose en favor de las empresas privadas y la actual comenzada en 2008 así lo atestigua.

¹³ Sobre el concepto de servicios públicos de interés general: Vír gala (2001).

¹⁴ Por ejemplo, telecomunicaciones, transporte, tal vez energía.

¹⁵ En sentido similar, Ruiz Cañete (1995, 46).

¹⁶ Rosell (2001).

¹⁷ Fernández Ordóñez (2000, 54 y 57).

¹⁸ Merusi (2000, 17), Costas y Bel (1995, 36), Boscolo (2000, 253).

En este sentido, lo decisivo del Estado Social es la cobertura de las necesidades vitales de los ciudadanos y la satisfacción de sus derechos sociales, al margen de quién pueda ser el sujeto prestador, pudiendo serlo particulares sometidos a determinadas condiciones que, si no cumplen, el Estado, por el principio de subsidiariedad, prestaría directamente.¹⁹ Pero no debe olvidarse que la retirada del Estado de la gestión directa en determinadas infraestructuras debe ir unida a un intervencionismo estatal de carácter regulador que impida cualquier desviación del cumplimiento de las obligaciones que tienen las empresas prestadoras. Se abandona, por tanto, el concepto de servicio público, pero aparecen las obligaciones de servicio público y, en acertadas palabras de A. Roldán, «una vez más en la historia —como dijera Max Weber— el vencedor se ha revestido con los despojos del vencido».²⁰ Es decir, lo público se transforma pero no desaparece.²¹ En caso contrario, se corre peligro de pasar de la publicación de los servicios públicos a una mera privatización sin real liberalización, es decir, la conversión de los monopolios públicos en privados.²² Como con acierto ha señalado Germà Bel, «grandes empresas financieras y de servicios comparten posiciones accionariales de importancia en otras empresas de servicios que, teóricamente, deberían estar orientadas a competir entre sí. Además, y esto es más importante, esta concentración de poder económico está debilitando de forma progresiva los equilibrios de poder consustanciales a cualquier democracia. En el futuro inmediato, la cuestión del fomento de la competencia y de la prevención del poder monopolístico no es ya una necesidad para mejorar la eficiencia de la economía española. Es también un imperativo para mejorar la calidad de la propia democracia».²³

Constatada la necesidad de que el Estado regule los nuevos mercados liberalizados, ha de señalarse que dicha regulación ha ido unida históricamente a la creación de los ahora denominados Organismos Reguladores (OR) y orginalmente conocidos como Comisiones Reguladoras Independientes

¹⁹ Troncoso (1999, 150-151). El mismo autor argumenta en su libro de 1997 (96 ss.) en favor de la privatización como defensa del Estado social.

²⁰ Roldán (2000, 54).

²¹ Parejo (2000, 221), Ferrari (2000, XIII). En este sentido, Germà Bel (2000, 24) habla de dos dimensiones de la política de liberalización: la pasiva (eliminación de las normas perjudiciales para la competencia) y la activa (la estimulación pública de la competencia para evitar actuaciones restrictivas de ésta que perjudiquen a los consumidores).

²² Bel (1996, 21-22), Predieri (1997, 40), Roldán (2000, 48), Ferrari (2000, XII).

²³ Bel (2000, 29).

(CRI).²⁴ Desde que en el último cuarto del siglo XIX se opta en los EE.UU. por la prestación de los servicios de red en mercados abiertos aparentemente a la competencia, el Congreso estadounidense entiende que la imposición de reglas y condiciones a las empresas operadoras de esos mercados debe ser encomendada a Comisiones en cuyo nombramiento interviene tanto el Ejecutivo como el Legislativo, no dependan directamente de ninguno de ellos y tenga importantes poderes normativos, ejecutivos y de resolución de conflictos entre los operadores. Cuando en Europa se produce la liberalización de los servicios públicos de red cien años después, la vía seguida ha sido la misma aunque con ciertas peculiaridades. El ejemplo estadounidense y las decisiones comunitarias de separar gestión y regulación de los servicios de red han conducido a la progresiva creación en los diferentes Estados miembros de la Unión Europea de Organismos encargados de la regulación de los mercados liberalizados de dichos servicios de red.

Todo ello en el marco del Estado regulador²⁵ que surge en el último cuarto del siglo XX y que se consolida en este XXI. El Estado deja de gestionar directamente la gran mayoría de actividades económicas para limitarse a poner reglas de funcionamiento, organización y fiscalización de la prestación de los antiguos servicios públicos²⁶ y de las actividades económicas, pasando de propietario-gestor a árbitro, para lo que se necesita un nuevo aparato administrativo, más técnico e independiente.²⁷ Los OR forman parte de la nueva Constitución de los Estados reguladores europeos que se establece a partir de los años 80 del siglo anterior y que es un precipitado del neoliberalismo, del Derecho comunitario y de la consiguiente crisis del Estado social, con su resultante final de liberalización y privatización.

Pasaré a exponer las razones que se suelen dar para encomendar parte de esa intervención del Estado en los nuevos mercados liberalizados a los OR:

1) Los fallos del mercado: en especial en mercados cautivos con monopolios naturales en los que la competencia es difícil, de forma que se

²⁴ La denominación de Organismos Reguladores es la asumida en España, especialmente a partir de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), a pesar de que sigo pensando que sería mejor utilizar el nombre de Comisiones Reguladoras Independientes. Sobre las razones para ello, me remito a Vír gala (2004, 213 ss.).

²⁵ Como trabajo emblemático sobre el Estado regulador puede acudir se a Majone y La Spina (2000).

²⁶ Sobre la evolución de estos servicios y su transformación como consecuencia de la política legislativa europea: Vír gala (2001).

²⁷ Clarich (2005, 17-18), Saddy (2009, 155-156).

garantice el acceso de todos los operadores a la red que les proporciona servicio.²⁸ Como antes ya he mencionado, la liberalización no obsta para que en determinados sectores siga siendo ineficiente económicamente la construcción de más de una red de transporte o conexión e, incluso allí donde es posible la competencia, sólo quepa la existencia de pocos operadores con tendencias oligopólicas.

2) La especialización técnica: ya que se pretende que los miembros de los OR sean expertos en el sector y que puedan analizar con precisión las necesidades y problemas en ámbitos tan complejos como telecomunicaciones, transporte, energía, etc.²⁹ Frente al funcionario ordinario se busca al experto específico que tenga un conocimiento previo profundo de la realidad y que funcione como contrapoder de los órganos políticos y de las empresas privadas.³⁰ Sin embargo, este argumento, que teóricamente puede ser correcto, no se compadece con la realidad. Los nombramientos de miembros de estos OR suelen estar más influidos por la posible afinidad ideológica, como luego se verá en el caso español, que por los conocimientos técnicos aunque estos sean exigidos legalmente como demuestra la larga práctica norteamericana.³¹ En este sentido, no puede equipararse conocimiento experto con neutralidad, si se entiende ésta como apoliticidad. La transferencia en la toma de una decisión pública a órganos no políticos no transforma la politicidad de la decisión.³² La aplicación de criterios técnicos no debe llevar a buscar la legitimidad de los OR en la simple cientificidad de sus decisiones. En primer lugar, porque han sido los órganos políticos los que deciden la política general del sector de manera detallada. En segundo lugar, porque los miembros de los OR han de poseer conocimientos técnicos pero la decisión del Gobierno de nombrarlos es política. En tercer lugar, la mitificación del técnico está en contradicción con el carácter no objetivo de la ciencia y sus aplicaciones técnicas, que responden siempre a decisiones valorativas o políticas. De ahí que los miembros de los OR deban ser especialistas del sector para poder tomar decisiones en el mismo, pero

²⁸ Larsen, Pedersen, Sørensen y Olsen (s/f, 3-4), Jacobzone (2005, 33).

²⁹ Majone (1996, 34-35), Cruz (1999, 398), Ariño (1994, 64), Niccolai (1996, 8), Ogus (2000, 36).

³⁰ Predieri (1997, 40), Teigten-Colly (1990, 155), Betancor (1994, 212), Thatcher (2002, 130), Wilks y Bartle (2002, 156).

³¹ Bernstein (1955, 113 ss.).

³² Passaro (1996, 32).

previa normativa dictada por los órganos políticos y sometidas a controles políticos y jurisdiccionales. La tentación de «neutralizar» la actividad de los OR puede entrar en contradicción con los valores sociales de la Constitución y con el propio sistema democrático, por lo que sólo cabe una interpretación no neutralizante de aquellas.³³

3) La eficacia: los OR tienen una variedad de potestades a su disposición y normalmente unos procedimientos rápidos, ágiles y baratos que los convierten en órganos de resolución de conflictos más adecuados que la Administración ordinaria o los tribunales.³⁴

4) La protección de los intereses comunitarios, difusos por toda la colectividad, pero sin titulares exclusivos o entes exponenciales, frente al progreso científico y técnico fundamentalmente a través de los poderes económicos: son intereses que, por fragmentados, son débiles (ahorradores, consumidores, usuarios) frente a los grandes centros de poder económico, organizados establemente y a escala internacional, por lo que los OR deben asumir en sus decisiones, previa procedimentalización, las demandas de todos los interesados.³⁵ Los OR deben ser independientes, con capacidad para disciplinar a las empresas que disponen de poder de mercado, lo que aumenta las posibilidades de que las ganancias de productividad se trasladen, vía precios, a los consumidores y a la generalidad de las empresas productivas de bienes y servicios.³⁶

5) Garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales a través de un procedimiento contradictorio que asegure la igualdad de armas: de manera que, al igual que sucede con los jueces, no haga falta que los OR tengan una legitimidad democrático-representativa.³⁷

6) Los OR proporcionan a la regulación de los mercados una estabilidad y continuidad mayor que la de los Gobiernos: la política en estos sectores exige una cierta continuidad en los equipos técnicos y en la autoridad que la desarrolle, y las decisiones que toman los OR se proyectan más allá de la duración normal de un Gobierno. En el orden tecnológico, la opción por

³³ Manetti (1994, 151 y 156), Baldwin y McCrudden (1987, 4-5).

³⁴ Conseil d'État (2001, 275-277), Guédon (1991, 24-25), Ergas y Heimler (2000, 353-354), Baldwin y McCrudden (1987, 4-5), Roppo (2000, 163), Betancor (1994, 213), Salvador (2002, 349).

³⁵ Passaro (1996, 263-267), Betancor (1994, 214).

³⁶ Bel (2000, 28)

³⁷ F. Merusi en su obra *Democrazia e Autorità indipendenti* desarrolla con detalle esta teoría: Merusi (2000).

unos u otros sistemas condiciona por largo tiempo la oferta del servicio y en el orden económico-empresarial, las inversiones exigen un marco jurídico y fiscal estable y garantizado.³⁸

7) El alejamiento de la influencia gubernamental o, mejor dicho, de la mayoría política dominante en cada momento: relacionado con la razón anterior se encuentra ésta, que constituye el elemento decisivo que creo que debe valorarse en mayor medida como argumento favorable a la existencia de los OR.³⁹ En los sectores estratégicos o de gran conflictividad se tiende a una política no partidaria para garantizar imparcialmente los intereses de los ciudadanos frente a estructuras económicas particularmente fuertes, de forma que los OR son sustraídos de la relación jerárquica con el Ejecutivo y se les convierte en entes sujetos exclusivamente a la Ley.⁴⁰ Los mercados regulados son imperfectos, con operadores dominantes que intentan evitar la entrada de otros nuevos. En ese contexto, la experiencia demuestra que el Gobierno suele tener una especial relación con algunos operadores, bien porque algunos de ellos son los herederos privatizados de los antiguos monopolios públicos en los que el Gobierno sigue teniendo una significativa influencia, bien porque algunas empresas privadas tienen especiales relaciones con el Gobierno al apoyar las campañas electorales de éste o tener relaciones comerciales con miembros del mismo. Por otra parte, el Gobierno podría utilizar la regulación para conseguir rentabilidad electoral en el corto plazo mediante la bajada de tarifas o la modificación de la prestación del servicio que podrían ser perjudiciales a medio y largo plazo, debiendo responder, por el contrario, a un equilibrio entre los costes de los operadores, las necesidades de los usuarios y los márgenes de incentivo necesarios para estimular la competencia.⁴¹ La finalidad última es alejar al Gobierno para que éste no altere las reglas del mercado adecuándolas a sus exigencias que no son las de la libre competencia en igualdad de condiciones entre los operadores del mercado y en beneficio de los usuarios sino la del fácil e inmediato consenso social y electoral.⁴²

³⁸ Ariño (1994, 52), Chillón y Escobar (2001, 46).

³⁹ Conseil d'État (2001, 275-277), Guédon (1991, 24-25), Majone (1996, 34-35), Chevallier (1986), Thatcher (2002, 130), Wilks y Bartle (2002, 151), Ogus (2000, 36).

⁴⁰ Abagnale (1997, 129), Niccolai (1996, 8), Thatcher (2002, 131).

⁴¹ Amato (1997a, 5), Cruz (1999, 400), Fernández Ordóñez (1999, 6), Smith (1997, 22), Ariño (1994, 51).

⁴² Passaro (1996, 236), Clarich (2001, 92).

En todo caso, y éste es el tema central del trabajo, los OR sólo pueden funcionar eficientemente si gozan de independencia, no sólo del Gobierno, sino también de los operadores del mercado. A su vez, esta independencia sólo será admisible en un Estado constitucional democrático si va acompañada de fuertes controles, lo que compensaría su falta de legitimación democrática. Intentaré demostrar en la parte final del trabajo que el único OR existente en estos momentos en España, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), ni es lo suficientemente independiente ni está sometida a los controles adecuados.

2. LA INDEPENDENCIA COMO CARACTERÍSTICA IMPRESCINDIBLE DE LOS ORGANISMOS REGULADORES

2.1. *Introducción*

Por definición, un OR sólo puede ser independiente. La independencia es una característica imprescindible para diferenciar a los OR de otros organismos estatales que actúan bajo la autoridad y a las ordenes de otros poderes del Estado. Sin embargo, la independencia, a pesar de los que pueda pensarse, no fue un objetivo perseguido por los creadores de los primeros OR en el Derecho comparado, que fueron los estadounidenses.

La razón fundamental para el establecimiento en 1887 de la la *Inters-tate Commerce Commission* (ICC) es la desconfianza hacia el Presidente, para establecer, cuando está en juego el interés general, una intervención pública, pero también para asegurar un beneficio adecuado a las empresas ferroviarias ante una excesiva competencia y la incapacidad del Congreso para encontrar un equilibrio entre dichos intereses públicos y los privados de las empresas. El legislador, tomada la decisión de regular y no permitir el libre juego del mercado, se ve incapaz de fijar los criterios y límites de tal derogación a las reglas de la competencia, dando lugar a un mandato amplio a la ICC: «equidad» en las tarifas, «equilibrio» entre empresas y usuarios, «correcto desarrollo» del servicio; y una garantía de independencia e imparcialidad técnica a la Comisión. En este sentido, la concepción de la propia ICC tendía ya desde un primer momento a un carácter contencioso que ofreciera las ventajas de una justicia especializada, rápida y económica a diferencia de los tribunales ordinarios, carácter jurisdiccional que era el argumento fundamental para alejar las CRI de la tutela presidencial.

Desde entonces, en EE.UU. no se trata tanto de despolitizar las CRI como de no ponerlas al servicio de la mayoría parlamentaria de turno lo que se aprecia en su composición normalmente bipartidista,⁴³ que suele utilizarse aunque la ley no lo exija, pero también con el contrapeso de que el Presidente tiende a nombrar a miembros del partido opuesto que sean cercanos a sus posiciones y siempre elige al Presidente que sea de su confianza.

Las CRI están encargadas de una función de concertación, avalada por ambos partidos, entre ellas y los intereses regulados sobre la conducta o las tarifas de los servicios y al margen de la lógica que caracteriza a quien constitucionalmente se le adjudica la dirección administrativa como son los Departamentos presidenciales. Su neutralidad política no es entendida como una zona de confin de los poderes tradicionales sino como una superación del principio mayoritario para favorecer un desarrollo más estable de la función regulatoria de la economía. Es un proceso decisional basado en la competencia técnica que justifica la ausencia de controles políticos directos, ya que sus principales características son la corrección y la objetividad basados en datos empíricos.

En el caso europeo, a diferencia del de EE.UU., la independencia sí ha sido una característica que se ha buscado desde un primer momento para los OR, hasta el punto de que el OR debe ser independiente o pierde su razón de ser. Como señaló la consejera de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones-CMT, Gloria Calvo, «la independencia de las entidades reguladoras es justificativa de su propia existencia. Si no somos independientes, la Administración General del Estado basta para cumplir las funciones que se nos han atribuido, y esa independencia no lo es sólo respecto de nuestros regulados —preocupación típica al otro lado del Atlántico—, es también, en nuestro caso, independencia respecto de quienes previamente nos han señalado el marco que debemos administrar. A ellos compete la plena libertad de hacerlo en consideración de todos los elementos coyunturales. A nosotros nos corresponde, en beneficio de la seguridad jurídica, aplicar ese marco en sus concretas previsiones y sin más consideración —que bastante

⁴³ Hasta 1938 de las 12 CRI existentes sólo tres (*Federal Reserve Board*, *National Labour Relations Board* y *Bituminous Coal Commission*) no tenían una composición bipartidista obligatoria. En la actualidad siete no tienen tal componente bipartidista (sí lo poseen las siguientes: *Federal Trade Commission*, *U. S. International Trade Commission*, *Security and Exchange Commission*, *Federal Election Commission*, *Federal Communications Commission*, *Federal Energy Regulatory Commission*): Giraudi y Righettini (2001, 41-42 y 50).

es— que el cumplimiento de los objetivos que se nos asignan en beneficio, además, de los consumidores finales».⁴⁴

Pero, además de la independencia frente al Poder Ejecutivo, los OR han de serlo también de los poderes privados que actúan en los mercados liberalizados de red,⁴⁵ por el riesgo de captura del regulador e información asimétrica. En este sentido, la independencia tendría dos vertientes como son las incompatibilidades de los integrantes de los OR y el establecimiento de un procedimiento abierto y transparente de toma de decisiones y que se asemeje en lo posible a un proceso contradictorio.⁴⁶

Lo primero que debe resaltarse es que en este trabajo me refiero a la independencia en un sentido relativo y no absoluto, en el entendimiento de que los OR deben ejercer sus potestades sin intervención de otros órganos del Estado, pero eso no significa que no existan mecanismos que puedan corregir, aunque sea de manera excepcional, una conducta irregular de dichos OR.⁴⁷ En el caso español, la legislación anterior a 2013 utilizaba en muchas ocasiones la expresión «autonomía» en lugar de «independencia». Esta referencia a la «autonomía» ha sido aceptada por algunos autores en el sentido de un «poder funcional y limitado que se reconoce, por otro, superior a él, para el mejor servicio de las funciones y fines propios de la institución de la que tal poder se predica, funciones y fines que, de este modo, constituyen al mismo tiempo el fundamento y el límite del poder en cuestión».⁴⁸ Aunque a primera vista esta acepción pueda ser correcta ya que la independencia de la que hablamos no es absoluta sino relativa, creo que los OR han de definirse como «independientes». En primer lugar, el término organismos autónomos es utilizado en nuestro Derecho administrativo para identificar determinados entes públicos que no son los estudiados en este trabajo. En segundo lugar, porque la «independencia» forma parte de la terminología utilizada en el

⁴⁴ Calvo (2009, 214).

⁴⁵ Como así lo recuerda también el Libro verde europeo sobre los servicios de interés general de 2003 (anexo-punto 41).

⁴⁶ Larsen, Pedersen, Sørensen y Olsen (s/f, 6-7).

⁴⁷ «Cabe destacar que la independencia no significa que no se deban rendir cuentas. Por lo general, los organismos reguladores han de informar regularmente al Gobierno y/o al Parlamento y, lo que es aún más importante, las partes afectadas pueden impugnar sus decisiones ante los tribunales»: Libro verde sobre los servicios de interés general de 2003 (anexo-punto 43).

⁴⁸ Fernández Rodríguez (1990, 5). Prefieren hablar también de autonomía: Betancor (1994, 275), Díez Sánchez (1997, 749), Fuertes (1994, 376).

Derecho comparado. En tercer lugar, en el imaginario jurídico la expresión de «independencia» da una idea más adecuada que la de «autonomía» respecto de la no dependencia del Gobierno y de su diferenciación con el resto de la Administración General del Estado.⁴⁹

Un problema que ha de tenerse en cuenta al hablar de la independencia de los OR es que, si realmente la independencia es tal, eso puede plantear problemas de constitucionalidad. Como ya me he referido al caso español en extenso en otros trabajos,⁵⁰ a ellos me remito. Dejaré aquí expuestas solamente las conclusiones a las que he llegado.

En el ordenamiento jurídico español las Autoridades Administrativas Independientes (AAI),⁵¹ incluidos los OR, suponen en cierta forma una situación cercana a la novación constitucional en la que determinados órganos no previstos en el texto de 1978 han ido surgiendo como mecanismos de garantía de determinados derechos constitucionales o para regular las deficiencias del libre mercado, en un contexto que P. Pasquino denomina de «democracia escéptica y pluralista»,⁵² en la que se abandona la teoría de la democracia como sistema basado exclusivamente en las elecciones periódicas y en el dominio de la mayoría para pasar a una democracia en la que una pluralidad de órganos (en primer lugar, el Tribunal Constitucional, pero no sólo) se controlan unos a otros, para asegurar el respeto de las minorías y limitar el abuso de poder.⁵³ Se puede estar o no de acuerdo con esta transformación de la forma de Estado, pero, en todo caso, las AAI, como expresión de esa novación constitucional, chocan, al menos parcialmente, con el art. 97 CE.

La independencia de los OR ha de entenderse como independencia orgánica e independencia funcional respecto del Gobierno, para lo que se pueden establecer una serie de condiciones que debe cumplir la legislación creadora de este tipo de organismos. Sin embargo, entre esas condiciones las hay de mayor y menor relevancia para asegurar la independencia de los OR. Por ello, entiendo que es importante resaltar desde este momento que la independencia de los OR debe concretarse además de en su creación

⁴⁹ Betancor (2001, 415). Para Italia, Franchini (1996, 75).

⁵⁰ Vírjala (2004; 2012).

⁵¹ Sobre el concepto de Autoridad Administrativa Independiente: Vírjala (2004, 207 ss.).

⁵² Pasquino (2001).

⁵³ Esta visión de las Autoridades independientes responde, como señalan Muñoz Machado (2009a, 611) o Grasso (2006, 31-32), a un enfoque madisoniano de la democracia.

mediante Ley formal para que el Gobierno no pueda modificar su estatuto jurídico,⁵⁴ en tres condiciones sin las cuales no existe, de forma que la ausencia de alguna de ellas hace que el OR dependa del Gobierno, no tenga una capacidad de actuación propia y no plantee por ello problema alguno de constitucionalidad al ser un organismo más de la Administración General del Estado. Otros elementos pueden contribuir a reforzar la independencia, pero sin ser tan determinantes como los que ahora comentaré.

Los citados tres principios serían, dentro de lo que suele denominarse la independencia orgánica, la imposibilidad para el Gobierno de disponer de la composición del órgano⁵⁵ y dentro de la llamada independencia funcional, la inexistencia de una relación de jerarquía, tutela o control del Gobierno con el OR⁵⁶ y la prohibición al Gobierno para emitirles instrucciones o directrices de obligado cumplimiento⁵⁷ o, al menos, la imposibilidad de modificar las decisiones de los OR mediante el oportuno recurso administrativo.⁵⁸

En cuanto a la impartición de instrucciones por el Gobierno, los OR se caracterizan precisamente por lo contrario. Su independencia funcional debe sustraerles de toda relación de jerarquía, tutela o control del Gobierno y, por tanto, debe impedirse que éste les dicte instrucciones o directrices de obligado cumplimiento o pueda avocar la resolución de los asuntos que correspondan a los OR.

La mínima dirección que el Gobierno ejerce sobre los OR debe conducir a que el art. 108 CE también se vea modulado en este aspecto, ya que aquel no puede hacerse responsable del funcionamiento ordinario de los OR que poseen una independencia funcional. Si el Gobierno carece de cualquier mecanismo para modificar las decisiones de un OR no puede hacérsele responsable de las mismas, aunque sean contrarias a las directrices gubernamentales, salvo que se quiera activar una especie de responsabilidad *per culpa in*

⁵⁴ Betancor (2001, 416), Fuertes (1994, 377). Así se deduce también de la disposición adic. décima.2 LOFAGE cuando dice: «Los Organismos públicos a los que, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se les reconozca expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía ...».

⁵⁵ Menéndez (1995, 299), Pomed (1993, 158-159), Betancor (1994, 28); Pajno (1996, 111) para Italia.

⁵⁶ García Llovet (1993, 97), Betancor (1994, 28), Passaro (1996, 36-37), Malaret (1992, 597), Desdentado (1999, 153), Grasso (1993, 1312).

⁵⁷ Betancor (1994, 28), J. de la Cruz en Bellido (1998, 307), Bilbao (1999, 166); Pajno (1996, 112) para Italia.

⁵⁸ Jiménez de Cisneros (1987, 339).

eligendo. Solamente si el funcionamiento de un OR es gravemente dañoso o contrario a la misión legal que se le ha otorgado y el Gobierno no reacciona cesando a sus miembros por alguna de las causas tasadas, entonces se le podrá hacer responsable político de esa actuación.⁵⁹ Cuando se produce un actuación de ese tipo nada impide ni en la Constitución ni en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), que el Gobierno sea el responsable político, a lo que se añade el que la opinión pública también exigirá que el Gobierno explique las razones que le llevarán a no reaccionar a tiempo no permitiendo que se esconda tras la experiencia o independencia de los expertos,⁶⁰ como el escándalo Gescartera demostró en 2001 para la Comisión Nacional del Mercado de Valores-CNMV.⁶¹ Por lo anterior, parece necesario reforzar, en el sentido que luego se señalará, el control parlamentario sobre el único Organismo Regulador, o más bien Supervisor, que es la CNMC.⁶²

2.2. *La independencia del Organismo Supervisor único español: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*

Poco más de dos años después de la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), que supuso un avance en la regulación unitaria de los OR,⁶³ se ha aprobado la LCNMC que crea un denominador Supervisor único (la CNMC) con autoridad en los sectores de la competencia, energético, de telecomunicaciones, postal, aeroportuario, ferroviario, y de medios audiovisuales.⁶⁴

⁵⁹ Betancor (1994, 191 y 201-202).

⁶⁰ La misma opinión para Francia en Conseil d'État (2001, 371).

⁶¹ Las vicisitudes de este escándalo financiero que implicó directamente a la CNMV, y que supuso la dimisión de su Presidenta, pueden verse en toda la prensa española a partir del mes de julio de 2001: por ejemplo, El País, 27 de julio de 2001, p. 52; 31 de julio de 2001, p. 37; 7 de agosto de 2001, p. 39; 9 de agosto de 2001, p. 45, etc.

⁶² En el mismo sentido para Italia: Ciriano (2000, 419-420).

⁶³ Sobre los OR en la LES me remito a Virgala (2012).

⁶⁴ Además, el art. 4 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (EOLCNMC), señala que la CNMC tendrá la consideración de:

«a) Autoridad Nacional de Competencia.

b) Autoridad Nacional de Reglamentación en el sector de las comunicaciones electrónicas.

c) Autoridad Reguladora Nacional de los sectores de electricidad y gas natural.

d) Autoridad Estatal de Supervisión en materia de tarifas aeroportuarias.

No puedo detenerme ahora en la escasa conveniencia de unificar en un solo Organismo Supervisor a todos los anteriores OR,⁶⁵ a diferencia de lo que ocurre en el resto de la UE.⁶⁶ Como de ello me he ocupado en otro trabajo, allí me remito.⁶⁷

Al margen de la poca justificación de la unificación de los OR, el gran problema que plantea la LCNMC es la reducción de la independencia del Organismo Supervisor multisectorial previsto. La LCNMC supone un giro radical respecto a la evolución de los últimos años, plasmada en la LES. Ahora se opta por transferir competencias a las autoridades ministeriales⁶⁸ y por reducir la independencia del Regulador. En definitiva, la CNMC no va

e) Autoridad Nacional de Reglamentación para el sector postal».

⁶⁵ Desde el año 2010 se había producido un crecimiento inusitado de estos Organismos, ya que antes de esa fecha sólo existían en telecomunicaciones (CMT, creada en 1996: Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones), en energía (Comisión Nacional de Energía-CNE establecida en 1998: Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos-LSH, aunque con anterioridad existió desde 1994 la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional) y en competencia (Comisión Nacional de la Competencia-CNC surgida en 2007: Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia-LDC). A partir de 2010 entra en funcionamiento la Comisión Nacional del Sector Postal-CNSP (Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal-LCNSP; la CNSP entró en funcionamiento efectivo el 6 de octubre de 2010, Orden FOM/2575/2010, de 1 de octubre, BOE de 5 de octubre, tras el previo nombramiento de sus miembros por los correspondientes Decretos del Ministerio de Fomento de 16 de julio de 2010), y se crean el CEMA (Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual-LGCA; el CEMA no llegó a constituirse), la Comisión Nacional del Juego-CNJ (Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego-LJ; la CNJ no entró nunca en funcionamiento) y la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria-CREA (Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, se regula su composición y funciones, y se modifica el régimen jurídico del personal laboral de Aena-DLCREA).

⁶⁶ En estos momentos en la UE hay un país con un Organismo de este tipo y es Alemania desde 2006 con su *Bundesnetzagentur* (telecomunicaciones, postal, energía y ferroviario), pero que no engloba las cuestiones relativas a la competencia. El único caso parecido es el de Holanda con la Ley de establecimiento de la Autoridad para los consumidores y los mercados, de febrero de 2013 (Competencia, consumidores, energía, transporte, correos y telecomunicaciones)

⁶⁷ Virgala (2013) y en el artículo de prensa: E. Virgala Foruria, «La unificación de los reguladores», en *El Correo* y en el *Diario Vasco* (p. 22), 6 de julio de 2012 y otros medios de Vocento.

⁶⁸ Esa pérdida se denomina en el Preámbulo de la LCNMC como «reordenación de funciones» de «índole administrativa», para «cuyo desempeño no se requiere una especial independencia, así como tareas de escasa utilidad para la consecución de los objetivos de la Comisión».

a ser un auténtico OR, sino un Organismo Supervisor y así se puede apreciar en la propia Ley 3/2013 que no utiliza el término «regulación» y sí continuamente, por el contrario, el de «supervisión».

2.2.1. *La independencia orgánica.*⁶⁹

Antes de entrar a analizar la independencia orgánica de la CNMC,⁷⁰ conviene recordar que la Ley 3/2013 remite el diseño definitivo de los órganos internos de la Comisión a un «Estatuto Orgánico» que el Gobierno «aprobará, mediante real decreto» (art. 26.1) y que «determinará la distribución de asuntos en el Consejo entre el pleno y las salas y las funciones y la estructura interna de las Direcciones de instrucción» (art. 26.2), lo que se ha materializado en el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (EO-CNMC).

La CNMC se articula en un Consejo y en dos Salas. Ante las críticas recibidas por el proyecto original, y las advertencias de la Comisión de la UE,⁷¹ la LCNMC ha establecido una división de la CNMC en dos Salas que se dedicarán de forma separada a las funciones de «supervisión regulatoria», normalmente *ex ante*, y de «competencia», *ex post*. Aunque esta división en Salas es un avance respecto de la idea inicial de un Consejo encrgado de todas las decisiones, no podrán evitarse los problemas que probablemente

⁶⁹ La LCNMC habla tanto de independencia como de «autonomía orgánica y funcional» (art. 2.1).

⁷⁰ El Consejo de la CNMC se constituyó el 25 de septiembre de 2013, procediendo a los primeros nombramientos en el día siguiente: <http://www.expansion.com/agencia/europa_press/2013/09/26/20130926215549.html> (visita, 27 de septiembre de 2013). La puesta en funcionamiento de la CNMC, con el ejercicio efectivo de sus funciones, se estableció que fuera el 7 de octubre de 2013 (Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, por la que se determina la fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; BOE, nº 239, de 5 de octubre).

⁷¹ En diversas ocasiones de la Vicepresidenta y Comisaria de telecomunicaciones, Neelie Kroes, («Bruselas da un ultimátum a España por la fusión de los reguladores», en *El País*, 25 de febrero de 2013; «Bruselas avisa de que actuará para garantizar la independencia del nuevo regulador único español», en *Noticias Aranzadi*, 10 de enero de 2013, <<http://www.aranzadi.es/actualidad/noticias/bruselas-avisa-de-que-actuará-para-garantizar-la-independencia-del-nuevo>>, visita 20 de mayo de 2013) y, también, del Presidente del BEREC (Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas) («El regulador europeo pide que se garantice la independencia de la CMT», en *El País*, 4 de marzo de 2013, <http://economia.elpais.com/economia/2013/03/03/actualidad/1362341538_093852.html>, visita 21 de mayo de 2013).

se produzcan en el futuro, ya que las Salas van a actuar con rotación de miembros y con la posibilidad de realizar informes contradictorios entre ellas sobre los mismos asuntos.

Las Salas en las que se divide el Consejo, como acabo de comentar, son la de competencia (presidida por el Presidente de la CNMC) y la de supervisión regulatoria (presidida por el Vicepresidente de la CNMC), compuesta cada una de ellas por cinco miembros. El Consejo en pleno determina, por mayoría de seis votos, la asignación de los miembros del Consejo a cada Sala y establece el número de Consejeros sometidos a rotación y la periodicidad de ésta, lo que se publicará en diciembre de cada año para el siguiente.⁷² En ningún caso se permite la adscripción permanente a una Sala de ningún Consejero, la rotación en bloque de los Consejeros entre las Salas ni la asignación a una única Sala de todos los Consejeros nombrados con ocasión de la renovación parcial del Consejo (arts. 18 LNCM y 13 EO-CNMC).

Este sistema de rotación pretende evitar que la CNMC funcione como dos OR separados, pero ahonda todavía más los problemas que crea la falta de especialización de la CNMC y las dificultades que tendrán sus miembros para resolver las complicadas funciones que les asigna la Ley.⁷³ A lo anterior se añade la posibilidad de que conociendo de un asunto una Sala,⁷⁴ deba informar la otra⁷⁵ con el problema de la existencia de informes contradictorios.

⁷² La primera distribución se ha producido el 9 de octubre de 2013 (<http://www.boe.es/boe/dias/2013/10/12/pdfs/BOE-A-2013-10645.pdf>, visita 12 de octubre de 2013), quedando las Salas de la forma siguiente:

—Sala de Competencia: Doña María Ortiz Aguilar, don Fernando Torremocha y García Sáenz, don Benigno Valdés Díaz y doña Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín. La presidencia de la Sala corresponde al Presidente de la CNMC, don José María Marín Quemada.

—Sala de Supervisión regulatoria: Don Eduardo García Matilla, don Josep María Guinart Solá, doña Clotilde de la Higuera González y don Diego Rodríguez Rodríguez. La presidencia de la Sala corresponde a la Vicepresidenta de la CNMC, doña María Fernández Pérez.

⁷³ CNC (2013, 4).

⁷⁴ Las Salas conocen de los asuntos que no estén expresamente atribuidos al pleno (art. 21.1 LNCM).

⁷⁵ Es obligatorio el informe: «a) Por la Sala de Competencia, en los procedimientos que, previstos en los artículos 6 a 11 de esta Ley, afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados.

b) Por la Sala de Supervisión regulatoria, en los procedimientos en materia de defensa de la competencia previstos por el artículo 5 de esta Ley que estén relacionados con los sectores a los que se refieren los artículos 6 a 11» (art. 21.2).

Además, la CNMC tiene cuatro Direcciones (art. 25.1 LCNMC): Competencia, Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, Energía, y Transportes y del Sector Postal, que ejercen sus funciones de instrucción con independencia del Consejo (art. 25.1 LCNMC). Los Directores son nombrados por el Consejo de la CNMC, no por el Gobierno como inicialmente estaba planteado, pero con «la pérdida de capacidad del Director de Investigación de nombrar a su propio equipo, competencia que corresponde al Consejo, lo que puede debilitar su independencia funcional y la debida separación entre instrucción y resolución. Es por ello preciso arbitrar mecanismos que refuercen la independencia de los órganos de instrucción respecto del órgano resolutorio, y la debida separación funcional entre instrucción y resolución».⁷⁶

1) *Nombramiento de los miembros de los OR*

En el procedimiento de nombramiento de los miembros de los OR, el rasgo general en el ordenamiento español, ha sido la intervención exclusiva del Gobierno⁷⁷ o del Presidente del Gobierno.⁷⁸

⁷⁶ CNC (2013, 5).

⁷⁷ Eran nombrados directamente por el Gobierno los miembros de la CMT (art. 48.5 Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones-LGTel), de la CNE (Disp. adic. undécima. primero.4 LSH), de la CNC (antiguo art. 29 LDC), de la CNSP (art. 4.4 LCNSP), y así lo estableció con carácter general la LES. Con posterioridad, también iba a ser así para la nonata CNJ (art. 26.10 CNJ).

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos es nombrado por el Gobierno «mediante Real Decreto» (art. 36.1 LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal); el Presidente y Vicepresidente de la CNMV por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía, y el resto de Consejeros por el Ministro de Economía (art. 17 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores-LMV). El Gobernador del Banco de España-BE por el Presidente del Gobierno (art. 24.1 Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España-LBE), mientras el Subgobernador lo es por el Gobierno a propuesta del Gobernador (art. 24.2 LBE) y el resto de Consejeros también por el Gobierno pero a propuesta del Ministro de Economía (art. 24.3 LBE).

En el caso del CSN, el Gobierno nombra a sus miembros, pero el «Congreso, a través de la comisión competente y por acuerdo de las tres quintas de sus miembros, manifestará su aceptación o veto razonado en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos» (art. 5.2 Ley 15/1980, de 22 de abril, del Consejo de Seguridad Nuclear-LCSN).

La ruptura más clara con el modelo podía haber sido la del procedimiento de nombramiento de los miembros del nonato CEMA: «por el Gobierno mediante Real Decreto, a propuesta del Congreso de los Diputados por mayoría de tres quintos entre personas de reconocida competencia en materias relacionadas con el sector audiovisual en todas sus

Con la CNMC, en una especie de mezcla de lo previsto para el Consejo de Seguridad Nuclear-CSN⁷⁹ y de lo antiguamente regulado para la desaparecida CNC,⁸⁰ se establece el nombramiento de todos los miembros del Consejo «por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados».⁸¹ La Comisión del Congreso, «por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, podrá vetar el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos» (art. 15.I LCNMC).

vertientes. No obstante lo anterior, en la primera designación de los consejeros si transcurridos dos meses desde la primera votación en el Congreso de los Diputados no se alcanzase la mayoría requerida de tres quintos, esta Cámara procederá a su designación por mayoría absoluta» (art. 49 LGCA).

⁷⁸ El Gobernador del BE (art. 24.I LBE), mientras el Subgobernador lo es por el Gobierno a propuesta del Gobernador (art. 24.2 LBE) y el resto de Consejeros también por el Gobierno pero a propuesta del Ministro de Economía (art. 24.3 LBE).

⁷⁹ El Gobierno nombra a sus miembros, pero el «Congreso, a través de la comisión competente y por acuerdo de las tres quintos de sus miembros, manifestará su aceptación o veto razonado en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos» (art. 5.2 LCSN).

⁸⁰ «[P]revia comparecencia ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso, que versará sobre la capacidad y conocimientos técnicos del candidato propuesto» (art. 29 LDC), lo que se reiteraba («ante la Comisión correspondiente del Congreso») en el art. 4.4 LCNSP para la CNSP.

⁸¹ En la LES estaba prevista la «previa comparecencia del Ministro y de las personas propuestas como Presidente y Consejeros ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, que versará sobre la capacidad de los candidatos. La comparecencia del Presidente, además, se extenderá a su proyecto de actuación sobre el organismo y sobre el sector regulado» (art. 13.I LES). Con anterioridad, para la CNC se estableció por vez primera la necesidad de que antes del nombramiento se produjera la «previa comparecencia ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso, que versará sobre la capacidad y conocimientos técnicos del candidato propuesto» (art. 29.2 LDC), lo que se reiteraba («ante la Comisión correspondiente del Congreso») en el art. 4.4 LCNSP para la CNSP. En la nonata CNJ (art. 26.10), vigente ya la LES, se añadió que «[l]a comparecencia del Presidente, además, se extenderá a su proyecto de actuación sobre el organismo y sobre el sector regulado».

A pesar de que la independencia parece reforzarse con el nombramiento entre personas de reconocida competencia profesional,⁸² la indeterminación del concepto y la actitud partidista mostrada por los sucesivos Gobiernos y la experiencia habida hasta el momento con la comparecencia, por ejemplo, de los candidatos a miembros del TC⁸³ hace que exprese mi escepticismo ante las cautelas previstas en la LCNMC.⁸⁴ Los Gobiernos españoles suelen tender a realizar los nombramientos más por la afinidad ideológica que por la competencia profesional⁸⁵ o, en todo caso, como consecuencia de un pacto político con la oposición,⁸⁶ siendo su expresión más evidente las palabras del Ministro de Economía el día 12 de diciembre de 2001 al comparecer ante el Congreso para informar sobre la designación de un nuevo consejero de la CNE, Jaime González, al señalar que lo hacía «cumpliendo la obligación legal, a propuesta del primer partido de la oposición y en el marco de un

⁸² La LES de 2011 hablaba de «reconocido prestigio y competencia profesional» (art. 13.1). Con anterioridad: «personas de reconocida competencia profesional relacionada con el sector de las telecomunicaciones y la regulación de los mercados» para la CMT (art. 48.5 LGTEL); «personas de reconocida competencia técnica y profesional» para la CNE (Disp. adic. undécima. primero.4 LSH); «juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio» para la CNC (art. 29 LDC); «personas de reconocida competencia profesional en el sector postal y en la regulación de mercados» para la CNSP (art. 4.4 LCNSP); «personas de reconocida competencia en materias relacionadas con el sector audiovisual en todas sus vertientes» para el CEMA (art. 49.1 LGCA). Tras la LES: «personas de reconocido prestigio y competencia profesional» para la CNJ (art. 26-10 LJ).

⁸³ En la comparecencia ante la Comisión de nombramientos del Senado, de los 20 candidatos sólo al antiguo Presidente del TS, Francisco José Hernando, «fue el único al que preguntaron algo» y «la razón la conocían los propios candidatos, los más conscientes de que más que sus largos currículos, ayer pesaba la política (...). Todos los portavoces se deshicieron en elogios a los candidatos. Todos eran 'idóneos' o 'más que idóneos': *El País*, 16 de julio de 2010.

⁸⁴ Una visión mucho más optimista la daba J. Segura Sánchez (2009, 260), consejero de la CNMV: «sería imposible o extremadamente difícil, en esas condiciones [sesiones públicas parlamentarias en la Comisión de Economía], que propusieran a un ingeniero agrónomo, por muy excelso que fuera, para supervisar entidades de crédito».

⁸⁵ Labriola (1999, 9-10 nota 34) para Italia.

⁸⁶ No se muestra tan crítica Pauner (2010, 79) cuando señala que: «Sin embargo, no creemos que deba mantenerse una formulación crítica contra tales requisitos por cuanto, al menos, permiten que las fuerzas políticas dispongan de un siempre amplio margen de discrecionalidad pero nunca de arbitrariedad. Con ello, el sistema de cuotas funcionará más encorsetado y ello lleva a una cierta objetivación de los candidatos. En otras palabras, "puede que no se nombren a los mejores, pero es difícil que se nombren a inidóneos" (Espín)».

acuerdo institucional»⁸⁷ o el acuerdo de 2010 entre PSOE, PP y CIU para el nombramiento de los miembros del CNSP⁸⁸ o el de 2011 con la incorporación de los militantes del PNV, por el hecho de serlo, Idoia Zenarruzabeitia a la CNE y Xabier Ormaetxea a la CMT.⁸⁹

El primer proceso de nombramiento de los miembros del Consejo de la CNMC en septiembre de 2013 ha confirmado los peores presagios. Inicialmente, los dos principales partidos habían llegado a un acuerdo para repartirse los diez puestos de la forma siguiente: seis a propuesta del PP, dos del PSOE, uno de CIU y uno del PNV.⁹⁰ Este acuerdo no ha llegado a materializarse por el aumento de la tensión en las relaciones entre PP y PSOE a partir del verano de 2013, de forma que el PP se ha reservado ocho nombramientos, dejando uno para CIU y otro para el PNV.⁹¹ Lo importante es que, como siempre, el criterio fundamental no ha sido la experiencia técnica o profesional contrastada, sino el reparto por cuotas y el acaparamiento por el partido del Gobierno de casi todos los puestos, hasta el punto de que tres integrantes de la CNMC han dado el salto directamente desde cargos gubernamentales.⁹²

La comparecencia de los propuestos por el Gobierno ante la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso se ha realizado el 9 de septiembre de 2013 en turnos de quince minutos, incluido el debate, para cada uno de los propuestos,⁹³ lo que muestra claramente que lo que se ha pretendido es realizar un mero trámite en el que no se debatiera ni sobre el curriculum ni sobre las posiciones de los propuestos sobre las materias en las que va a actuar la CNMC. Se sigue, por lo tanto, un sistema de reparto de cargos por partidos que tan nefasto resultado ha dado en los órganos de garantía como el TC o el CGPJ, contribuyendo en gran medida al deterioro institucional

⁸⁷ *El País*, 13 de diciembre de 2001.

⁸⁸ *El País*, 9 de noviembre de 2010, p. 13.

⁸⁹ *El Correo (Bilbao)*, 21 de abril de 2011.

⁹⁰ «Últimas noticias del regulador único: la hora del reparto del botín», en Blog *Hay Derecho*, 14 de mayo de 2013 <<http://hayderecho.com/2013/05/14/ultimas-noticias-del-regulador-unico-la-hora-del-reparto-del-botin/>> (visita 25 de septiembre de 2013).

⁹¹ «La derecha copa los cargos del nuevo regulador que debe vigilar la competencia entre empresas», en *Diario.es*, 5 de septiembre de 2013 <http://www.eldiario.es/economia/derecha-regulador-vigilar-competencia-empresas_o_172183292.html> (visita 6 de septiembre de 2013).

⁹² La Vicepresidenta, María Fernández, y las consejeras Clotilde de la Higuera y María Ortiz.

⁹³ <http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BS/CO/DSCD-10-CO-393.PDF> (visita 25 de septiembre de 2013).

que se está produciendo en España en los últimos años. En este sentido, entendiendo que el reparto más o menos proporcional entre partidos puede permitir que los minoritarios tengan presencia en este tipo de órganos,⁹⁴ creo que no es argumento suficiente ya que la pluralidad política no ha de ser el objetivo de estos nombramientos sino el de designar a personas que tengan conocimientos y experiencia en el sector.

Frente a esta «tradición» española, he mantenido en varios trabajos⁹⁵ que, por la importancia de sus funciones y por la necesidad de reforzar su independencia, la única forma que puede determinar un nombramiento que no sólo parezca independiente sino que también lo sea efectivamente es el de la intervención parlamentaria⁹⁶ pero no a través de la fórmula española de las mayorías cualificadas de tres quintos como en otros órganos de garantía (TC, CGPJ, Defensor del Pueblo)⁹⁷ o en otras AAI (CSN), sino de la italiana de los años noventa del nombramiento por decisión conjunta de los Presidentes de las Cámaras.⁹⁸ La experiencia española hasta el momento es que la exigencia de mayorías reforzadas conduce a un reparto de puestos en

⁹⁴ Pauner (2010, 66) entiende que esa presencia de partidos minoritarios es, al menos, una virtualidad de la práctica desarrollada en España.

⁹⁵ Virgala (2004, 2012).

⁹⁶ Para Italia: Manetti (1994, 139-140). Escobar (1998, 189) refiriéndose a un hipotético Consejo de lo Audiovisual como Administración independiente. Por el contrario, la elección de los miembros del Consejo de RTVE por las Cortes ha sido criticada por Parada (1999, 306) y García Llovet (*El régimen jurídico de la radiodifusión*, Madrid, 1991, citado por Magide 2000, 235) pues impediría a éstas ejercer el control sobre dicho Consejo. No veo las razones por las que la designación parlamentaria de un órgano impide el posterior control del mismo si tiene una serie de competencias propias y las Cortes no pueden dirigirle instrucciones. En este sentido, basta citar el ejemplo norteamericano en que las CRI no son nombradas por el Congreso, pero el Senado, a través de la confirmación, tiene la última palabra en tal nombramiento, y, además, las CRI actúan como un apéndice legislativo en la Administración y, sin embargo, son estrechamente controladas por el Congreso.

⁹⁷ Carlón (1999, 249 nota 75), por ejemplo, ha sugerido un mecanismo de mayor intervención de las Cortes Generales como la aceptación por mayoría de tres quintos de la Comisión del Congreso correspondiente como en el CSN.

⁹⁸ Sistema de nombramiento por consenso de los Presidentes de las Cámaras (*Autorità per la tutela della concorrenza e del mercato*, *Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, *Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, *Garante per la radiodiffusione e l'editoria*) con el objetivo de separar a las Autoridades independientes del poder político en su vertiente partidocrática desde su nombramiento, al involucrar a la mayoría y a la oposición, y acercarlas a los órganos de garantía de la Constitución: Niccolai (1998, 350-351), Sirianni (1993, 80), Manetti (1994, 182), Casavola (1997, 27), Grasso (1999, 112-113).

que cada partido mayoritario intenta introducir a personas afines ideológicamente⁹⁹ muchas veces, no siempre claro está, a costa de la competencia profesional.¹⁰⁰ Por eso pensaba que el consenso entre los dos Presidentes de las Cámaras, aunque fueran del mismo partido, comprometería su prestigio personal y su neutralidad lo que podría conducir a una elección más adecuada, a lo que cabría añadir la necesidad de que el nombramiento se realizara a partir de listas proporcionadas por los operadores, las asociaciones de consumidores, los Colegios profesionales, etc.¹⁰¹ Sin embargo, la politización de los nombramientos de la CMT y CNE en 2011 y de la CNMC en 2013 me llevan a decantarme más por la idea lanzada por el mercantilista Jesús Alfaro de realizar los nombramientos «a través de un proceso competitivo —con anuncios en la prensa internacional— y por una Comisión de notables encargada de velar por el proceso, Comisión que podría estar formada por los ex-presidentes de esas instituciones y Comisión que no ejecutaría el proceso, lo que se puede encargar a las empresas especializadas».¹⁰²

Un aspecto que refuerza la independencia de los miembros de la CNMC es la larga duración del mandato (seis años)¹⁰³ y la imposibilidad de reelección,¹⁰⁴ ya que aunque en España desde 1982 se suelen repetir, al

F. Garri (2002, 123) ha señalado que en su día la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento italiano calificó, casi por unanimidad, como el mejor sistema de nombramiento al realizado por los Presidentes de la Cámara y del Senado.

⁹⁹ Magide (2000, 100-101). Para Italia, Pera (2001, 103), Cerulli Irelli (2001, 56).

¹⁰⁰ Es necesario aquí recordar los bochornosos espectáculos proporcionados por PP y PSOE en la renovación de diversos órganos constitucionales. La situación alcanzó tintes esperpénticos con la designación del CGPJ en septiembre de 2008 con un retraso de casi dos años por las continuas peleas entre los partidos mayoritarios y con la de los magistrados del TC en su renovación por el Senado de 2010, ¡tres! años después de haber vencido el mandato de los anteriores.

¹⁰¹ Cerulli Irelli (2001, 57) para Italia.

¹⁰² Alfaro (2013).

¹⁰³ Hay que recordar que, por ejemplo, la Directiva 2009/72 exige «un mandato fijo de entre cinco y siete años» (art. 35.5.b).

¹⁰⁴ Renovándose «parcialmente cada dos años, de modo que ningún miembro del Consejo permanezca en su cargo por tiempo superior a seis años» (art. 15.2). «Si durante el periodo de duración del mandato correspondiente a un determinado Consejero se produjera su cese, el sucesor será nombrado por el tiempo que restase al sustituido para la terminación de su mandato. Si el cese se hubiera producido una vez transcurridos cuatro años desde el nombramiento, no resultará de aplicación el límite anterior, y el sucesor será nombrado por el periodo de seis años previsto con carácter general» (art. 23.2).

Para la primera renovación, la LCNMC ha dispuesto: «1. En la primera sesión del Consejo se determinarán, preferentemente de forma voluntaria y supletoriamente por sorteo, los tres

menos, dos legislaturas con mayoría del mismo partido,¹⁰⁵ esto no siempre es así y se asegura que todo miembro de la CNMC conozca, al menos, dos Gobiernos con la posibilidad de que se encuentre ante uno de identidad ideológica diferente al que lo nombró.¹⁰⁶ También es importante el dato de la imposibilidad de reelección, ya que ésta no supone una garantía de la independencia ¹⁰⁷ sino lo contrario, al saber la persona afectada que, si su continuación en un cargo de importancia como el de miembro de la CNMC depende del Gobierno, estará más inclinado a complacer a éste o, al menos, a no molestarlo.¹⁰⁸

2) Cese de los miembros de los Organismos Reguladores

El establecimiento de causas tasadas en términos muy restrictivos para poder cesar a los miembros de la CNMC refuerza su independencia, sobre todo si se tiene en cuenta la forma de nombramiento, ya que no cabe discrecionalidad en el cese por el Gobierno.¹⁰⁹

El cese de un miembro de la CNMC puede producirse, en primer lugar, por las causas generales que se suelen prever en todo cargo público, como

consejeros que cesarán transcurrido el plazo de dos años desde su nombramiento y los tres que cesarán transcurrido el plazo de cuatro años.

² No obstante lo dispuesto en el artículo 15 de esta Ley, los miembros del Consejo afectados por la primera renovación parcial podrán ser reelegidos por un nuevo mandato de seis años» (Disposición Transitoria 1.^a). De todas formas, «[l]o establecido en la Disposición transitoria primera de esta Ley no afectará al nombramiento del primer Presidente y Vicepresidente del organismo que, de acuerdo con el artículo 15.2 de la misma, tendrán un mandato de seis años no renovable» (Disposición Transitoria 2.^a).

En la primera reunión (26 de septiembre de 2013) del Consejo de la CNMC se sorteó el orden de renovación de los consejeros, resultando que Eduardo García Matilla, María Ortiz y Diego Rodríguez permanecerán dos años, José María Guinart, Fernando Torremocha e Idoia Zenarruzabeitia cuatro años y el mandato de Clotilde de la Higuera y de Benigno Valdés será de seis años: «La CNMC comienza su andadura con el nombramiento de Beatriz de Guindos como directora de Competencia», en *Expansión*, 26 de septiembre de 2013 <http://www.expansion.com/agencia/europa_press/2013/09/26/20130926215549.html> (vísita, 27 de septiembre de 2013).

¹⁰⁵ PSOE (1982, 1986, 1990 y 1993), PP (1996, 2000), PSOE (2004, 2008).

¹⁰⁶ Martí (2000, 249), Chillón y Escobar (2001, 102). Martínez Vila (1997, 437) habla de ««sistema» de blindaje» para referirse a la duración del cargo.

¹⁰⁷ Así lo manifiestan también Montero (1998, 12308) y Tornos (1999, 129). En contra, Terol (2000, 84).

¹⁰⁸ Magide (2004, 46), Gradolph (2009, 50).

¹⁰⁹ Betancor (1994, 191), Magide (2000, 104) en referencia a los OR existentes en su momento.

la renuncia y la expiración del término del mandato. En segundo lugar, al igual que ya habían hecho todas las leyes anteriores creadoras de OR, se ha recogido la posibilidad de que el cese lo decida el Gobierno por determinadas causas tasadas como son la incapacidad permanente, la incompatibilidad sobrevenida y la condena por delito doloso.¹¹⁰ Sin embargo, queda un cierto margen de discrecionalidad en la CNMC, como sucedía en el art. 16 LES, ya que se establece que también se producirá el cese «mediante separación acordada por el Gobierno por incumplimiento grave de los deberes de su cargo o el incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés y del deber de reserva. La separación será acordada por el Gobierno, con independencia del régimen sancionador que en su caso pudiera corresponder, previa instrucción de expediente por el titular del Ministerio de Economía y Competitividad» (art. 23.1).

En este sentido, hay que interpretar restrictivamente el término de «incumplimiento grave de los deberes de su cargo», de manera que el Gobierno esté obligado a identificar el deber incumplido y la forma del mismo.¹¹¹

En todo caso, considero que la previsión de la LCNMC es positiva en tanto en cuanto establece una posibilidad de cese de los miembros del Consejo de la CNMC por decisión del Gobierno, pero en casos muy concretos y previa instrucción de expediente. Esto permite que el Gobierno no tenga a su libre disposición el cese de los componentes de la CNMC salvo en casos límite y, a la vez, mantenga, aunque de manera muy debilitada, la dirección de la Administración de la que habla el art. 97 CE.¹¹²

2.2.2. *La independencia funcional.*¹¹³

La independencia funcional ha de significar que se aplican plenamente los dos criterios antes mencionados de la inexistencia de una relación de

¹¹⁰ En idéntico sentido en la LES (art. 16). Con anterioridad se solía utilizar la expresión de incapacitación para el ejercicio de sus funciones (art. 48.8 LGTél, Disp. adic. undécima. primero.5 de la LSH, art. 30.1 LDC, art. 4.7 LCNSP). Con posterioridad a la LES la recogió el art. 29 LJ para la nonata CNJ.

¹¹¹ Chillón y Escobar (2001, 103).

¹¹² En este punto me remito a Vírgala (2004, 235 ss.). Muy relevante en este sentido era el caso de la CNE, ya que, antes de la LES, la LSH en su Disposición adicional undécima. primero.5 concedía un cheque en blanco al Ejecutivo al permitir el cese a voluntad del Gobierno «a propuesta motivada del Ministro de Economía».

¹¹³ Como sucedía con la independencia orgánica, la LCNMC aunque en el art. 2.1 habla de «autonomía», en el art. 3 utiliza la expresión «independencia funcional».

jerarquía, tutela o control del Gobierno respecto a los OR y, por tanto, la prohibición al Gobierno para emitirles instrucciones o directrices de obligado cumplimiento o, al menos, la imposibilidad de modificar las decisiones de los OR mediante el oportuno recurso administrativo. Eso supone que los OR estén sujetos a las normas reglamentarias que dicte el Gobierno si así lo ha previsto su Ley de creación, pero no a las directrices entendidas como instrucciones para que el OR tome una decisión en un sentido determinado dentro de su propia esfera de competencias. En el caso de los OR, éstos pueden no cumplir las directrices emanadas por el Gobierno sin que eso afecte a la validez de los actos del ente y sin que sus miembros incurran en responsabilidad ni puedan ser cesados.¹¹⁴

En este sentido, son de nuevo esclarecedoras las palabras de G. Calvo, antigua miembro de la CMT, cuando señala que «la verdadera clave de bóveda es el control exclusivamente jurisdiccional de nuestras decisiones. Aquí radica, y yo no sé si debería de decirlo con tanto énfasis porque a lo mejor a alguien se le ocurre que hay que cambiarlo, nuestra verdadera independencia; el hecho de que nuestras decisiones no sean revisables en vía administrativa y, por tanto, en las que no se incorporen elementos distintos de las del marco regulatorio decidido y adoptado que hemos de administrar y que convierte, naturalmente, la revisión jurisdiccional en elemento de primera importancia para marcarnos nuestros límites, para asentar nuestras competencias, en definitiva, para construir la realidad económica a la que todos debemos de servir».¹¹⁵

Por todo lo anterior, es extremadamente importante la proclamación que realiza el art. 3 LCNMC de la «independencia funcional» y, especialmente, la de que «ni el personal ni los miembros de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada», siguiendo en este punto lo ya dispuesto, por ejemplo, en el art. 35.4.b.ii de la Directiva 2009/72.

Parece lógica esta regla de la prohibición expresa de emitir o aceptar instrucciones, a diferencia de la Administración ordinaria, pues su finalidad es precisamente ésa, actuar independientemente del Gobierno sin recibir instrucciones del mismo. Por lo tanto, al ser el principio fundamental la independencia funcional, hay que deducir que la CNMC no puede recibir, en

¹¹⁴ Betancor (1994, 197 y 200), Bilbao (1999, 166).

¹¹⁵ Calvo (2009, 215).

el ejercicio de sus potestades, instrucción, directriz o indicación alguna, no estando sometida a relación de jerarquía, control o tutela por el Gobierno o por otro órgano de la Administración del Estado.¹¹⁶ No puedo compartir, por tanto, la posición de A. Rallo de que «resultaría difícil impedir la instrucción gubernamental no formalizada conforme a dichos mecanismos y, en consecuencia, el mandato legal, en este ámbito, adquiriría un mero significado voluntarista».¹¹⁷ Creo que aquí el profesor Rallo confunde el plano de la práctica política con el estrictamente jurídico, pues es evidente que el Gobierno puede intentar instruir a una AAI, pero lo relevante es que ésta, como cualquier otro órgano independiente, puede negarse a aceptar tal instrucción y que si no lo hace estará incumpliendo el mandato legal de independencia.

Un elemento importante en este sentido es la taxatividad del art. 14.3 LCNMC, que impide la asistencia a las reuniones del Consejo a los miembros del Gobierno y a los altos cargos de las Administraciones Públicas. Es importante, ya que hasta la LES de 2011 existía la posibilidad de la presencia de un miembro del Gobierno, al estilo de los Comisarios gubernamentales franceses,¹¹⁸ en las sesiones de la CNE lo que suponía un claro elemento de presión que aumentaba la posición de subordinación al Gobierno.¹¹⁹ Si además la posición gubernamental se expresaba directamente en la reunión de la CNE, la presión, en principio, parece que era todavía más evidente, por lo que difícilmente podía hablarse de independencia de la antigua CNE.¹²⁰

La independencia funcional comienza a limitarse cuando existe la posibilidad de recurrir administrativamente las decisiones de un OR, excluyéndose la vía jurisdiccional directa,¹²¹ ya que eso permite un control último del Ministerio sobre las actuaciones y decisiones del OR. Esta situación se producía también hasta 2011 en la CNE con sus resoluciones adoptadas en el ejercicio de las funciones generales y las relativas al sector de la electricidad, y «sus actos de trámite en las mismas materias, si dichos actos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento producen indefensión o perjuicio irrepara-

¹¹⁶ Betancor (1994, 194), Magide (2000, 84), para los OR existentes en su momento.

¹¹⁷ Rallo (2002, 257-258).

¹¹⁸ Vírjala (2004, 92-93).

¹¹⁹ Kühn y Regibeau (1998, 70).

¹²⁰ Betancor (2001, 425).

¹²¹ Ariño (1997, 52), Magide (2000, 89).

ble a derechos e intereses legítimos», al ser susceptibles de recurso ante el Ministro de Economía.¹²²

Un caso especial a este respecto es el del Banco de España (BE) que si en política monetaria alcanza el grado máximo de independencia, por exigencia del Derecho comunitario, no siendo recurribles sus actos administrativamente, en el resto de sus funciones los actos administrativos y las sanciones impuestas son objeto de recurso ordinario ante el Ministro de Economía (art. 2 Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España-LBE), teniendo, por lo tanto, como AAI una doble faz dependiendo del tipo de funciones que actúe: en política monetaria como verdadera AAI, en el resto de funciones prácticamente como un organismo autónomo ordinario, ya que sus actos son recurribles administrativamente y el Gobierno puede participar en sus sesiones (art. 20 LBE), aunque las causas de cese son siempre tasadas (art. 25.4 LBE).

A este respecto hay que recordar que las disposiciones y resoluciones de la CNMV ponen fin a la vía administrativa pero no en todos los casos, ya que son recurribles ante el Ministro de Economía «las resoluciones que dicte en materia sancionadora, cuyo régimen será el previsto en el art. 97»¹²³ (art. 16.a Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores-LMV) y las «resoluciones que dicte en materia de intervención y sustitución de administradores» (art. 16.b en relación con el 107 LMV). Esta posibilidad de recurso administrativo, junto a la presencia gubernamental en su composición (art. 17 LMV) hace que la CNMV sea claramente una AAI débil.¹²⁴

¹²² Disp. adic. undécima.tercero.5 LSH y art. 2.2 Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía. Se exceptuaba del régimen anterior a «las resoluciones que se dicten en el ejercicio de la función de resolución de los conflictos que le sean planteados, en relación con el sector eléctrico, sobre la gestión económica y técnica del sistema y el transporte y en relación con el sector gasista, los que le sean planteados sobre la gestión del sistema, así como las circulares que se refieran a materia de información» (Disp. adic. undécima.tercero.5 LSH en relación con el art. 2.2 RCNE).

¹²³ Como M. Magide ha señalado, el art. 97 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores-LMV no hace referencia alguna a los recursos administrativos, por lo que podría concluirse que las sanciones de la CNMV sólo son recurribles jurisdiccionalmente, pero, sin embargo, la realidad es otra, tal y como declaró el que fue Presidente de la CNMV, Juan Fernández Armesto, al dejar el cargo en octubre de 2000: «La CNMV propone las sanciones, el ministerio las aprueba y, excepto para las leves, el Consejo de Ministros las impone» (*El País*, 8 de octubre de 2000, p. 8).

¹²⁴ De la misma opinión es F. Sánchez Calero (2001, 10-11) que ha señalado que se opuso a dicha presencia ya en 1978 cuando formó parte de la Comisión que elaboró el

A diferencia de esas AAI, en la CNMC «[l]os actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos del Presidente y del Consejo podrán ser objeto de recurso administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. No obstante, respecto a los actos dictados en aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, únicamente podrán ser objeto de recurso aquéllos a los que hace referencia el artículo 47 de dicha Ley» (art. 36.1) y todos los «actos y resoluciones del Presidente y del Consejo, en pleno y en salas, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictados en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y no serán susceptibles de recurso de reposición, siendo únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa» (art. 36.2), en concreto, en única instancia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Disposición Final segunda).

2.2.3. *Otros criterios que afectan a la independencia*

Establecida la independencia orgánica y funcional de los OR, a partir de los criterios principales que se han analizado, pueden añadirse otros tres más que contribuyen a reforzar tal independencia y que también aborda la LCNMC, aunque con desigual resultado.

Por un lado, un OR ha de poder estructurar libremente su organización y funcionamiento, pues son los propios Reguladores los que mejor conocen los problemas existentes en la actividad diaria, siempre respetando las disposiciones generales que establezca su Ley de creación y, en lo no previsto, la LRJPAC. Sin embargo, como ya señalé anteriormente, la LCNMC ha remitido el diseño definitivo de los órganos internos de la Comisión a un «Estatuto Orgánico» que aprueba el Gobierno y que determina la distribución de asuntos en el Consejo entre el pleno y las salas y las funciones y la estructura interna de las Direcciones de instrucción (art. 26.2 LCNMC), lo que obviamente menoscaba su independencia.

En segundo lugar, como en todo Estado democrático, los Presupuestos de cualquier organismo público han de ser aprobados por las Cortes mediante Ley anual, por lo que la CNMC carece de independencia presupuestaria, elevándose su propuesta al Gobierno, sin más, para que éste la integre en los Presupuestos Generales del Estado. Sin embargo, para reforzar su in-

«Informe para el Estudio del Mercado de Valores» por iniciativa del Ministro de Economía, E. Fuentes Quintana.

dependencia podría establecerse, como ya ocurre con el BE, que la propuesta de gastos e inversiones se traslade sin modificaciones por el Gobierno a las Cortes en el proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado.¹²⁵

En tercer lugar, es importante el régimen de incompatibilidades de los miembros de la CNMC. La regla general hasta el momento, que se reflejaba en el art. 15.4 LES, había sido la imposibilidad de ejercer actividad profesional relacionada con el sector durante los dos años posteriores al cese, recibiendo por ello una indemnización económica.¹²⁶

La LCNMC (art. 22.3) lo reitera, remitiéndose a la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, señalando que «[e]n virtud de esta limitación, el Presidente, el Vicepresidente y los consejeros de esta Comisión, al cesar en su cargo por renuncia, expiración del término de su mandato o incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones, tendrán derecho a percibir, a partir del mes siguiente a aquel en que se produzca su cese y durante un plazo igual al que hubieran desempeñado su cargo, con el límite máximo de dos años, una compensación económica mensual igual a la doceava parte del ochenta por ciento del total de retribuciones asignadas al cargo respectivo en el presupuesto en vigor durante el plazo indicado.

No habrá lugar a la percepción de dicha compensación en caso de desempeño, de forma remunerada, de cualquier puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público o privado en los términos previstos en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad» (art. 22.4).

2.3. *El control sobre los organismos reguladores*

Un elemento clave en el papel que deben cumplir los OR es, como he señalado al principio del artículo, el del control que deben soportar para que se acepte su independencia, tanto por su legitimación democrática muy

¹²⁵ «La propuesta de presupuesto de gastos de funcionamiento e inversiones del Banco de España, una vez aprobada por su Consejo de Gobierno, según el artículo 21.1.g), será remitida al Gobierno, que la trasladará a las Cortes Generales para su aprobación. El presupuesto del Banco de España tendrá carácter estimativo y no será objeto de consolidación con los restantes presupuestos del sector público estatal» (art. 4.2 LBE).

¹²⁶ La Ley italiana de las Autoridades de regulación de los servicios de utilidad pública amplía ese plazo a los cuatro años: Clarich (2005, 43).

indirecta (por su nombramiento) como por la ausencia de responsabilidad política. La independencia de los OR no significa desaparición de los controles, ya que estos siguen subsistiendo aunque sean diferentes de los existentes respecto del resto de la Administración General del Estado.

Pueden destacarse las siguientes formas de control:

1) El control difuso por la opinión pública: la valoración de las decisiones y actuaciones de los OR puede aumentar o disminuir su prestigio ante los ciudadanos, pudiendo, si el resultado es positivo, resistir las presiones políticas del Gobierno o de los operadores privados.¹²⁷ En todo caso, esta forma de control puede calificarse de débil en tanto en cuanto el ciudadano no suele diferenciar entre decisiones adoptadas por los diversos órganos del Estado (Gobierno, OR) y parece difícil que llegue a apreciar a los OR hasta el punto de valorar su actuación. Ayudaría en este sentido una mayor transparencia en el funcionamiento y comunicación de decisiones de los OR.

La LCNMC mantiene los principios de transparencia ya establecidos en el art. 20 de la LES y establece que la Comisión «hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que las regulan, una vez notificados a los interesados, tras resolver en su caso sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores» (art. 37.1).

En particular, se difundirán (art. 37.1):

«a) La organización y funciones de la Comisión y de sus órganos, incluyendo los currículum vitae de los miembros del Consejo y del personal directivo.

b) La relación de los acuerdos adoptados en las reuniones del Consejo.

c) Los informes en que se basan las decisiones del Consejo.

d) La memoria anual de actividades que incluya las cuentas anuales, la situación organizativa y la información relativa al personal y las actividades realizadas por la Comisión, con los objetivos perseguidos y los resultados alcanzados, que se enviará a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio de Economía y Competitividad.

¹²⁷ Betancor (2001, 424).

e) Los informes económicos sectoriales, de carácter anual, en los que se analizará la situación competitiva del sector, la actuación del sector público y las perspectivas de evolución del sector, sin perjuicio de los informes que puedan elaborar los departamentos ministeriales. El informe se enviará en todo caso a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y a los titulares del Ministerio competente en el sector de que se trate y del Ministerio de Economía y Competitividad y en su caso, al titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en la parte relativa a las reclamaciones de los usuarios finales.

f) Otros informes elaborados sobre la estructura competitiva de mercados o sectores productivos, sin perjuicio de su remisión al titular del Ministerio de Economía y Competitividad.

g) El plan de actuación de la Comisión para el año siguiente, incluyendo las líneas básicas de su actuación en ese año, con los objetivos y prioridades correspondientes. Este plan de actuaciones se enviará también a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio de Economía y Competitividad.

h) Los informes elaborados sobre proyectos normativos o actuaciones del sector público.

i) Las reuniones de los miembros de la Comisión con empresas del sector, siempre que su publicidad no afecte al cumplimiento de los fines que tiene encomendada la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

j) Las resoluciones que pongan fin a los procedimientos.

k) Las resoluciones que acuerden la imposición de medidas cautelares.

l) La iniciación de un expediente de control de concentraciones.

m) La incoación de expedientes sancionadores.

n) La realización de inspecciones de acuerdo con la Ley 15/2007, de 3 de julio».

Además, al estilo de las Agencias reguladoras de la UE,¹²⁸ «[c]ada tres años, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia presentará una evaluación de sus planes de actuación y los resultados obtenidos para poder valorar su impacto en el sector y el grado de cumplimiento de las resoluciones dictadas. Estas evaluaciones se enviarán también a la Comisión

¹²⁸ Sobre el sistema periódico de evaluación en las Agencias de la UE, me remito a Virgala (2011a, 65).

correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio de Economía y Competitividad» (art. 37.3).

2) Control parlamentario: pienso que es donde más debe profundizarse, tanto para evitar la captura de los OR por los operadores privados como por su debilidad actual. Todas las AAI están obligadas a remitir informes anuales a las Cortes (CSN, art. 11 Ley 15/1980, de 22 de abril, del Consejo de Seguridad Nuclear-LCSN; CNMV, art. 13 LMV). En cuanto a la obligación de comparecer ante las Comisiones parlamentarias está previsto para la CNMV (art. 13 LMV), el CSN (art. 11 LCSN), pero nada impide que un diputado recabe datos, informes o documentos de una AAI (art. 7 RCD). Finalmente, los miembros de una AAI, como todo ciudadano, están obligados a comparecer ante la Comisiones de investigación del Congreso y del Senado (art. 76.2 CE).¹²⁹

La LCNMC se limita a reproducir las previsiones de la LES, quedando todavía, por lo tanto, mucho para llegar a un adecuado control parlamentario. La Ley 3/2013 sólo establece la comparecencia «con periodicidad al menos anual ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro. Junto con el Presidente, podrán comparecer, a petición de la Cámara, uno o varios miembros del Consejo», y, además, la Comisión correspondiente del Congreso o del Senado podrá solicitar la comparecencia del Presidente y cada tres años habrá una comparecencia especial «para debatir la evaluación del plan de actuación y el resultado obtenido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia» (art. 39).

A lo anterior hay que añadir que entre las medidas de publicidad y transparencia antes vistas también se incluyen algunas que afectan al Congreso de los Diputados. Así, la Comisión correspondiente recibirá la memoria anual de actividades que incluirá las cuentas anuales, la situación organizativa y la información relativa al personal y las actividades realizadas por el Organismo, con los objetivos perseguidos y los resultados alcanzados; el informe económico sectorial, de carácter anual, en el que se analizará la situación competitiva del sector, la actuación del sector público y las perspectivas de evolución del sector; y el plan de actuación del Organismo para el año siguiente, incluyendo las líneas básicas de su actuación en ese año, con los objetivos y prioridades correspondientes (art. 20.1.d-f).

¹²⁹ Como ocurrió en 2001 con la CNMV y el escándalo Gescartera.

Queda, por lo tanto, pendiente, lo que podría abordarse en una futura reforma de los Reglamentos parlamentarios, el establecimiento de Comisiones específicas de relación con la CNMC en el Congreso y en el Senado, con personal y medios adecuados para ello, que tuvieran una relación periódica con el Presidente del Supervisor multisectorial y que pudieran exigir la presencia de otros miembros del mismo y así evaluar su actuación. En caso contrario, una comparecencia anual, la especial trienal y la remisión de informes no parece suficiente para hacer un seguimiento adecuado de la actividad ingente que desarrollará la CNMC y poder someterla al control que ha de ser el contrapeso de su independencia.

3) Control por el Gobierno: el elemento fundamental de control preventivo por el Gobierno es el del propio nombramiento de los miembros de la CNMC que, como se ha visto, permite la designación de personas cercanas al Ejecutivo, lo que está contrarrestado por la irrevocabilidad en el cargo salvo causa tasada. En algunas AAI (BE, CNMV) el control aumenta al poder los miembros del Gobierno ser miembros o asistir a las sesiones,¹³⁰ lo que no puede suceder en la CNMC. El Gobierno también puede controlar la actuación de las AAI mediante la resolución de recursos administrativos contra las decisiones de algunas AAI (CNMV, BE), lo que tampoco puede hacer en la CNMC.

4) Control económico y financiero: todas las AAI están sometidas al control de la Intervención General del Estado y del Tribunal de Cuentas. En el caso de la CNMC así lo establece expresamente el art. 34.5 LCNMC.¹³¹

5) Control por los tribunales: como no podía ser de otra manera en un Estado de Derecho, y así lo ha reconocido el propio TEDH, por ejemplo, en su sentencia *A. Menarini Diagnostics c. Italia* de 27 de septiembre de 2011 (sección segunda, sentencia definitiva),¹³² las disposiciones y resoluciones

¹³⁰ Betancor (2001, 425).

¹³¹ «Sin perjuicio de las competencias atribuidas al Tribunal de Cuentas por su Ley Orgánica, la gestión económico financiera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estará sometida al control de la Intervención General de la Administración del Estado en los términos que establece la Ley 47/2003, de 26 de noviembre. El control financiero permanente se realizará por la Intervención Delegada en la Comisión Nacional bajo la dependencia funcional de la Intervención General de la Administración del Estado».

¹³² «Si confier à des autorités administratives la tâche de poursuivre et de réprimer les contraventions n'est pas incompatible avec la Convention, il faut souligner cependant que

de los OR son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en concreto ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional (Disp. adic. 4.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), limitándose la LCNMC a recordarlo: «[l]os actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos del Presidente y del Consejo podrán ser objeto de recurso administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. No obstante, respecto a los actos dictados en aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, únicamente podrán ser objeto de recurso aquéllos a los que hace referencia el artículo 47 de dicha Ley» (art. 36.1) y todos los «actos y resoluciones del Presidente y del Consejo, en pleno y en salas, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictados en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y no serán susceptibles de recurso de reposición, siendo únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa» (art. 36.2), en concreto, en única instancia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Disposición Final segunda).

Otra cosa es la amplitud del control que pueden llegar a ejercer los tribunales.¹³³ Por ello, es conveniente distinguir entre los diversos tipos de control jurisdiccional:

1) Control de legalidad: en el que no habría ninguna modulación o excepción con el que, con carácter general, se realiza sobre la actuación de la Administración.¹³⁴

2) Control procedimental: aquí empiezan ya las matizaciones o modulaciones en tanto en cuanto determinados procedimientos de los OR tienen un grado de formalización diverso del resto de la Administración, de forma que «si fueran examinados jurisdiccionalmente bajo la perspectiva del expediente administrativo clásico se perjudicaría tanto a la eficacia de la

l'intéressé doit pouvoir saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6 (Kadubec v. Slovaquie, 2 septembre 1998, § 57, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI, et Čanádý c. Slovaquie, no 53371/99, § 31, 16 novembre 2004)»

¹³³ Sobre las importantes dificultades que plantea el control judicial de la discrecionalidad en Derecho administrativo económico, véase Ciriano (2000, 359 ss.). Puede verse un excelente análisis de la situación en EE.UU. y su posible adaptación a España en Muñoz Machado (2009b, 19 ss.).

¹³⁴ Irurzun (2009, 116).

Administración reguladora como tanto más, en ocasiones, al administrado supervisado. Entiéndase bien, no se está negando que la actuación de las Administraciones reguladoras deba someterse al procedimiento administrativo, sino que los principios del procedimiento administrativo aplicables tendrán un alcance que debe acomodarse a la propia naturaleza de las potestades administrativas ejercitadas por esas Administraciones». ¹³⁵

3) Control de las decisiones basadas en criterios técnicos o económicos: desde la época del New Deal en Estados Unidos ha existido una gran deferencia judicial hacia los OR por sus conocimientos tecnocráticos, ¹³⁶ lo que también se ha dado en España, entendiendo los tribunales que las decisiones de los OR se basan en criterios técnicos y económicos, difíciles de aprehender por el juez y que, además, exigen una flexibilidad en su aplicación que casa mal con la actuación ordinaria de la Administración, de forma que los actos del «ente regulador no revisten las características de los actos administrativos clásicos, caracterizados por lo que se llama su «tipicidad», esto es, la vinculación estricta del contenido del acto a lo previsto por la norma que contempla ese supuesto de hecho (plena subsunción del acto en la norma). Frente a ello, en la regulación económica, aunque se aplique el principio de norma previa, existe un margen de discrecionalidad económica y técnica. El ente regulador tiene que ponderar en muchos casos los diferentes factores (técnicos, económicos, sociales, medioambientales, etc.) que entran en juego en toda decisión reguladora, con un impacto directo en el régimen económico de los servicios públicos. La apreciación y valoración de estos factores no es algo que pueda preverse con detalle en una norma escrita [...]. Por ello, el acto administrativo del ente regulador tendrá siempre una capacidad creadora, un ámbito de flexibilidad del que no gozan habitualmente las decisiones de la Administración ordinaria. Justamente por ello, es especialmente exigible una amplia motivación de los mismos. La decisión debe ser especialmente transparente y argumentada. Sólo así, es pensable su revisión judicial». ¹³⁷

Por ello, nuestros tribunales acuden a figuras como la discrecionalidad técnica, que consagra, una «prevalencia de los juicios de orden técnico emitidos por los organismos de la Administración especializados en un determinado

¹³⁵ Irurzun (2009, 118).

¹³⁶ Shapiro (2005, 356).

¹³⁷ Ariño (2010, 19), en sentido similar Quadra Salcedo (1997, 84).

sector» (STS de 8 de marzo de 2008)¹³⁸ y que lleva al que fuera magistrado del TC, F. Garrido Falla, a señalar, en un voto particular, que «tal exigencia constitucional [la garantía de tutela judicial efectiva que ofrece el art. 24.1 de la Constitución, con el refuerzo que supone lo dispuesto en el art. 106.1] —pieza maestra, por supuesto, del Estado de Derecho— convive sin problemas con la imposible fiscalización, en cuanto al fondo, de importantes decisiones atribuidas a determinadas «Administraciones independientes» que pueden afectar a intereses legítimos de los particulares: Es el caso, por ejemplo, de las que adopta el Banco de España con respecto al «precio» del dinero, o la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre cotización en Bolsa de las acciones de una sociedad anónima».¹³⁹ Por su parte, el propio TC ha excluido a lo que denomina discrecionalidad técnica de los órganos especializados de la Administración del control judicial: «Ciertamente este Tribunal ha afirmado que la discrecionalidad técnica como ámbito exento de control judicial no es contraria el art. 24.1 C.E., es decir, como dijimos en la STC 39/1983, fundamento jurídico 4., que sin ignorar los esfuerzos para que el control judicial de la actividad administrativa sea lo más amplio y efectivo posible, no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por el órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales» (STC 97/1993, de 22 de marzo).

Ante esto, parece que el único camino, reconociendo esa discrecionalidad técnica, es, como ha señalado G. Ariño, seguir reclamando el cumplimiento de los «requisitos generalmente exigidos a toda la actividad administrativa, a saber: a) toda regulación debe ser elaborada con *carácter general*, objetivo y global, como es propio de toda norma; b) *principio de la norma previa*: todo acto o resolución singular debe estar, en lo posible, previsto en su contenido en una norma anterior; c) *no se deben admitir dispensas* ni tratamientos singulares (*inderogabilidad singular* de las normas) ni alteración arbitraria y ocasional de las soluciones dadas con anterioridad (*vinculación al precedente*); d) en un modelo de regulación para la competencia es importante insistir en la necesidad de *transparencia y estabilidad*

¹³⁸ Citada por F. Irurzun (2009, 120).

¹³⁹ Voto particular a la STC 149/2000, de 1 de junio.

en las reglas; que exista seguridad jurídica en cuanto a su aplicación y que las conductas produzcan efectos previsibles; y, finalmente, hay que *reducir en lo posible la discrecionalidad* del regulador en las decisiones concretas. A todo ello sirve el ejercicio de la potestad reglamentaria y el uso del *soft law* por el regulador.»¹⁴⁰

4) Control de la exigencia de responsabilidad patrimonial: la doctrina de la Audiencia Nacional, órgano competente en el control jurisdiccional de las disposiciones y resoluciones de los OR, como antes ya he señalado, no niega el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, pero «se modulan sus contornos atendiendo a la naturaleza de la actividad de supervisión (sentencia de 13 de marzo de 2003, recurso n.º 153/1999) (...). La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008 (recurso de casación 7953/2003) matiza extremadamente el alcance de la relación de causalidad entre el quebranto económico sufrido por los inversores y la actuación de la CNMV. Aunque reconozca que ésta pudo y debió actuar, la responsabilidad patrimonial será desestimada porque quienes reclamaba eran los inversores que habían puesto los depósitos antes de que fuera objetivamente necesario el aviso de la CNMV sobre las irregularidades de la entidad supervisada. Pero ¿qué hubiera pasado si se tratara de depositantes que hubieran hecho su depósito con posterioridad al momento que objetivamente se consideraba necesario que se hubiera realizado el aviso a los inversores?».¹⁴¹

3. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

AA. VV. Aspects of the Independence of Regulatory Agencies and Competition Advocacy. *Paper Submitted under First Research Cycle of Cuts Competition, Regulation and Development Research Forum (CDRF) (2005-2007)* <<http://www.circ.in/pdf/Aspects%20of%20the%20Independence%20of%20Regulatory%20Agencies%20and%20Com.pdf>> (visita 4 de septiembre de 2013).

ABAGNALE, Gloria, 1997. *Autorità indipendenti e Trattato di Maastricht. Le autorità indipendenti nei sistema istituzionali ed economici*. A. Predieri (ed.). Firenze: Passigli Editori 117-144.

¹⁴⁰ Ariño (2010, 32-33).

¹⁴¹ Irurzun (2009, 121-122).

- ALFARO, J., 2013. Lo que harían los partidos —especialmente el PP— si quisieran, sinceramente, acabar con la corrupción. *Derecho Mercantil. Blog de Jesús Alfaro, Catedrático de Derecho Mercantil UAM*. <<http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2013/01/lo-que-harian-lospartidosespecialmente.html>> (visita 21 de mayo de 2013).
- ALLENDESALAZAR, R., 2013. Pistoletazo de salida a la creación de la CNMC. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* 12 de junio de 2013.
- AMATO, Giuliano, 1997a. Le Autorità indipendenti nella costituzione economica. *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*. AA. VV. Milano: Giuffrè 3-16.
- 1997b. Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 3: 645-664 (publicado también en 1999. *Autorità indipendenti e principi costituzionali*. Associazione italiana dei costituzionalisti. Padova: CEDAM 13-34).
- ARIÑO ORTIZ, G., 1993. *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons.
- 1994. REGULACIÓN ECONÓMICA Y MODELO DE ADMINISTRACIÓN. LA NECESARIA REFORMA INSTITUCIONAL. *ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL. LIBRO HOMENAJE A MANUEL FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO*. A. PÉREZ MORENO (COORD.). MADRID: CIVITAS-UNIVERSIDAD DE SEVILLA I: 49-71.
- 1997. SOBRE EL SIGNIFICADO ACTUAL DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO Y SU RÉGIMEN JURÍDICO (HACIA UN NUEVO MODELO DE REGULACIÓN). *EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO*. G. ARIÑO ORTIZ, J. M. de la Cuétara y J. L. Martínez López-Muñiz. Madrid: Marcial Pons 17-54.
- 2010. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS ENTIDADES REGULADORAS. LA NECESARIA EXPANSIÓN DEL ESTADO DE DERECHO. *REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA* 82: 9-37.
- ARRIGONI, Rita, 1995. Regolazione e gestione nelle *public utilities*: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione di principi costituzionali e comunitari. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 1: 87-109.
- BALDWIN, Robert y McCrudden, Christopher, 1987. *Regulation and Public Law*. London: Weidenfeld and Nicolson.
- BEL I QUERALT, G., 1996. Privatización y desregulación: cuando la liberalización no basta para aumentar la competencia. *Privatización, desregulación y ¿competencia?*. G. Bel i Queralt (ed.). Madrid: Civitas 17-32.
- 2000. Liberalización y competencia. *Claves de razón práctica* 105: 23-29.
- BELLIDO BARRIONUEVO, M. y otros, 1998 (2.^a ed.). *Derecho administrativo II. Parte especial*. Madrid: Editorial Universitas.

- BERNSTEIN, Marver H., 1955. *Regulating Business by Independent Commission*. Princeton (New Jersey): Princeton University Press.
- BERROD, F. y LIGNE, S., 1997. Les monopoles de vente au détail saisi par les règles du Marché unique. *Revue du Marché Unique Européen* 2: 81-110.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., 1994. *Las Administraciones independientes*. Madrid: Tecnos.
- 2001. L'expérience espagnole en matière d'autorités administratives indépendantes. *Conseil d'État. Rapport Public* 2001. *Les autorités administratives indépendantes*. Paris: La Documentation française 411-426.
- BILBAO UBILLOS, J. M., 1999. Las Agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 3: 163-181.
- BLACK, Julia, 2002. Critical Reflections on Regulation. *Australian Journal of Legal Philosophy* 27: 1-35.
- BOSCOLO, Emanuele, 2000. Le telecomunicazioni in Italia alla ricerca della concorrenza. *I servizi a rete in Europa*. Erminio Ferrari (ed.). Milano: Raffaello Cortina Editore 231-269.
- CABALLERO SANCHEZ, R., 2002. El papel central de las infraestructuras en red en la liberalización de servicios públicos económicos. *Revista General de Derecho administrativo* <http://www.iustel.com/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=278&id_revistas=1&id_categoria=46> (visita 25 de septiembre de 2013).
- CALVO DIAZ, G., 2009. El mercado de las telecomunicaciones: la experiencia de un proceso liberalizador. Abogacía General del Estado. *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*. Madrid: Ministerio de Justicia 213-220.
- CARLON RUIZ, M., 1999. La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. *Revista Española de Derecho administrativo* 102: 229-255 (publicado también en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. F. Sosa Wagner, coord. Valencia: Tirant lo Blanch, III: 2895-2924).
- CASAVOLA, Francesco Paolo, 1997. Quale «statuto» per le Autorità indipendenti. *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*. AA. VV. Milano: Giuffrè 17-33.
- CERULLI IRELLI, Vincenzo, 2001. Aspecti costituzionali e giuridici delle Autorità. *L'indipendenza delle Autorità*. Franco A. Grassini (ed.). Bologna: Il Mulino 49-60.

- CHEVALLIER, Jacques, 1986. Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes. *Juris-Classeur Périodique-La semaine juridique* 3254.
- CHILLON MEDINA, J. M. y ESCOBAR ROCA, G., 2001. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson.
- CIRIANO VELA, C. D., 2000. *Administración económica y discrecionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial)*. Valladolid: Lex Nova.
- CLARICH, Marcello, 2001. Un approccio «madinsoniano». *L'indipendenza delle Autorità*. Franco A. Grassini (ed.). Bologna: Il Mulino 91-96.
- 2005. *AUTORITÀ INDIPENDENTI. BILANCIO E PROSPETTIVE DI UN MODELLO*. BOLOGNA: IL MULINO.
- COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CNC), 2013. *Informe sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia* <http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=198040&Command=Core_Download&Method=attachment> (visita 4 de septiembre de 2013).
- CONSEIL D'ÉTAT, 2001. Considérations générales du Conseil d'État sur les autorités administratives indépendantes. *Conseil d'État. Rapport Public 2001. Les autorités administratives indépendantes*. Paris: La Documentation française 253-386.
- 2012. *Les Agences: une nouvelle gestion publique?*. <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/docfra/rapport_telechargement/var/storage/rapports-publics/124000501/0000.pdf> (visita 5 de septiembre de 2013).
- COSTAS, A. y BEL, G., 1995. Regulación y desregulación en la economía europea actual. *Regulación y competencia en la economía española*. J. Velarde, J. L. García Delgado y A. Pedreño (dtes.). Madrid: Civitas 33-63.
- CRUZ FERRER, J. DE LA, 1999. La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Madrid: Marcial Pons.
- DESDENTADO DAROCA, E., 1999. *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ SANCHEZ, J. J., 1997. La Comisión Nacional del Mercado de Valores. Análisis especial de las Cartas-Circulares de su Presidente. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 67: 741-781.
- ERGAS, Henry y HEIMLER, Alberto, 2000. Le autorità indipendenti raccontate dagli economisti: alcune riflessioni sui criteri di scelta degli assetti istituzionali. *Diritto amministrativo* 2: 341-356.

- ESCOBAR ROCA, G., 1998. ¿Quién debe controlar la televisión?. *Régimen de las telecomunicaciones*. J. F. Merino Merchán y M. Pérez-Ugena Coromina (coords.). Madrid: Tecnos 155-190.
- FERNANDEZ ORDOÑEZ, M. A., 1999. Reflexión preliminar. *La regulación económica de los servicios públicos*. M. A. Lasheras. Barcelona: Ariel 5-11.
- 2000. *La competencia*. Madrid: Alianza.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R., 1999. Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy. *Revista de Administración Pública* 150: 57-73.
- FERRARI, Erminio, 2000. La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici. *I servizi a rete in Europa*. Erminio Ferrari (ed.). Milano: Raffaello Cortina Editore XI-XXXII.
- FOOTE, Susan Bartlet, 1988. Independent Agencies Under Attack: a Skeptical View of the Importance of the Debate. *Duke Law Journal* 223-237.
- FOURNIER, Jacques, 2000. La teoria francese del servizio pubblico e il diritto comunitario. *I servizi a rete in Europa*. Erminio Ferrari (ed.). Milano: Raffaello Cortina Editore 3-17.
- FRANCHINI, Claudio, 1996. Le Autorità indipendenti como figure organizzative nuove. *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*. Sabinao Cassese y Claudio Franchini (eds.). Bologna: Il Mulino 69-85.
- FUERTES, M., 1994. *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*. Valladolid: Lex Nova.
- GARCIA LLOVET, E., 1993. Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho. *Revista de Administración Pública* 131: 61-118.
- GARRI, Francesco, 2002. Fra tecnica e politica. Fiorella Kostoris Padoa Schioppa (ed.). *Le Autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*. Milano: Il Sole 24 Ore 122-124.
- GERADIN, Damien, 1999. L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau—Analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation. *Cahiers de Droit Européen* 1-2: 13-48.
- GILARDI, Fabrizio y MAGGETTI, Martino, 2010. The independence of regulatory authorities <http://www.maggetti.org/Sito/Publications_files/gilardi_maggetti_handbook.pdf> (visita 21 de mayo de 2013).
- GIRAUDI, Giorgio y RIGHETTINI, Maria Stella, 2001. *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*. Bari: Laterza.
- GONZALEZ CUETO, T., 2013. La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia: el macro regulador hispano. *Blog Hay Derecho* 14 de marzo

- de 2013 <<http://hayderecho.com/2013/03/14/la-comision-nacional-de-los-mercados-y-de-la-competencia-el-macro-regulador-hispano/>> (visita 25 de septiembre de 2013).
- GRADOLPH CADIerno, J. E., 2009. La liberalización sectorial: impacto económico y papel de los organismos reguladores. Abogacía General del Estado. *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*. Madrid: Ministerio de Justicia 39-52.
- GRASSO, Giorgio, 1993. Spunti per un studio delle autorità amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale (Italia, Francia, Stati Uniti d'America). *Quaderni Regionali* 1303-1355.
1999. L'indipendenza delle autorità amministrative indipendenti tra forma di stato, forma di governo e trapasso dei sistemi elettorali. Un'indagine comparata. *Autorità indipendenti e principi costituzionali*. Associazione italiana dei costituzionalisti. Padova: CEDAM 101-174.
2006. *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*. Milán: Giuffrè.
- GUARINO, Giuseppe, 1999. Le autorità garanti nel sistema giuridico. *Autorità indipendenti e principi costituzionali*. Associazione italiana dei costituzionalisti. Padova: CEDAM 35-48.
- GUÉDON, Marie-José, 1991. *Les autorités administratives indépendantes*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- HERRERA GUERRA, C. A., 2010. Entes administrativos reguladores independientes y credibilidad institucional. Ineficiencia y peligros para la democracia latinoamericana advertidos desde el sistema norteamericano que los creó. *Revista de Administración Pública* 181: 373-404.
- IRURZUN MONTORO, F., 2009. Los organismos reguladores ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Abogacía General del Estado. *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*. Madrid: Ministerio de Justicia 115-122.
- JACOBZONE, Stéphane, 2005. Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities. A Comparative Overview across OECD Countries. OCDE. *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*. <<http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/35028836.pdf>> (visita 5 de septiembre de 2013) 33-36.
- JIMENEZ DE CISNEROS CID, F. J., 1987. *Los Organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*. Alcalá de Henares: Instituto Nacional de Administración Pública.

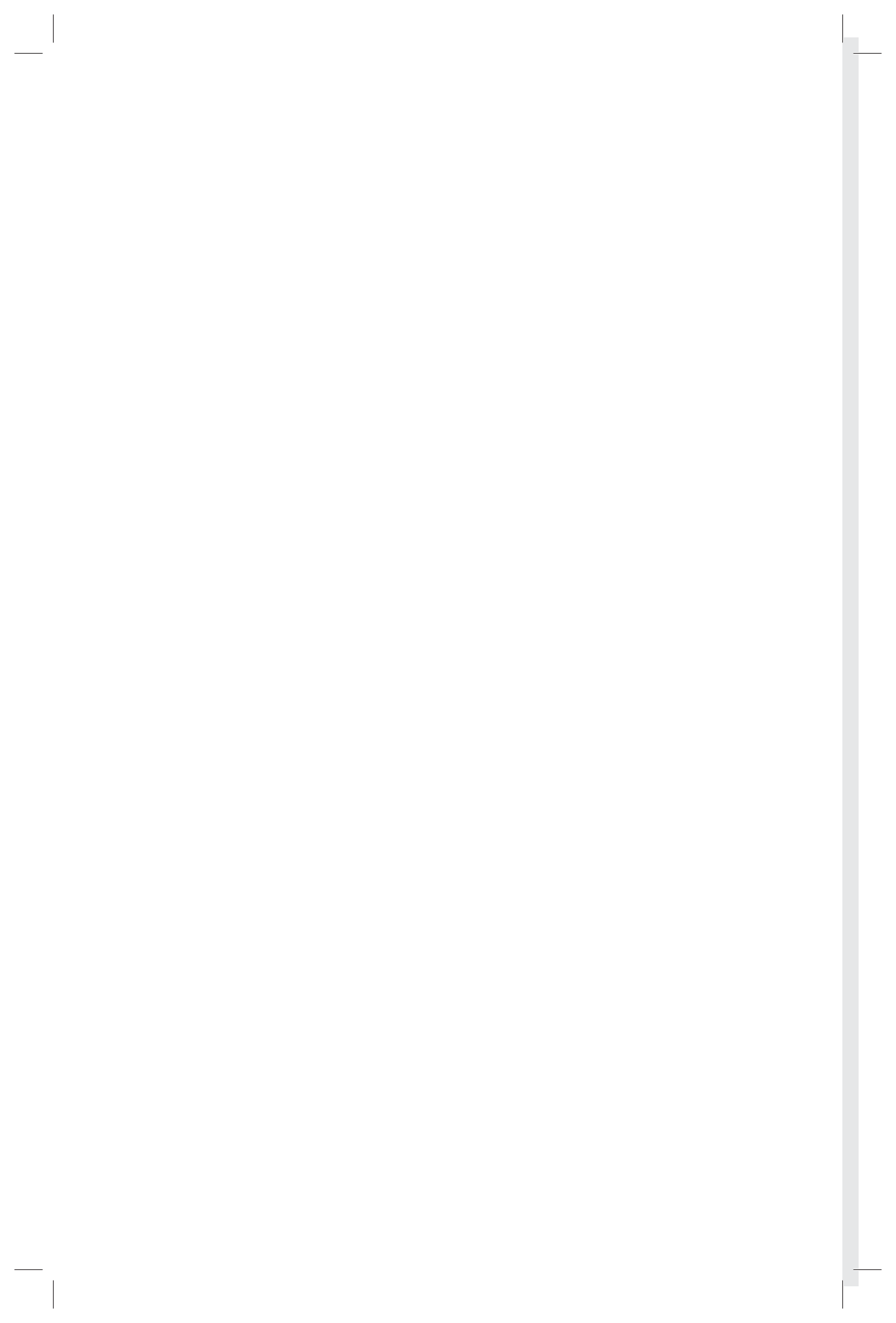
- KOVAR, Robert, 1996. Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée-I. *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 2: 215-242.
- KÜHN, Kai-Uwe y REGIBEAU, Pierre, 1998. *¿Ha llegado la competencia? Un análisis económico de la reforma de la regulación en el sector eléctrico en España*. Barcelona: Institut d'Anàlisi Econòmica, CSIC.
- LABRIOLA, Silvano, 1999. Le Autorità indipendenti (note preliminari). *Le Autorità indipendenti*. Silvano Labriola (ed.). Milano: Giuffrè 1-61.
- LARSEN, Anders; PEDERSEN, Lene Holm; SØRENSEN, Eva Moll; OLSEN, Ole Jess, s/f. *Independent Regulatory Authorities in Europe* <<http://www.sessa.eu.com/documents/wp/D73.1-Larsen.pdf>> (visita 25 de septiembre de 2013).
- LASHERAS, M. A., 1999. *La regulación económica de los servicios públicos*. Barcelona: Ariel.
- LONG, Marceau, 2001. Service public et réalités économiques du XIX^e siècle au droit communautaire. *Revue Française de Droit Administratif* 6: 1161-1168.
- MAGIDE HERRERO, M., 2000. *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- 2004. Las garantías de la independencia de los organismos de supervisión. *Estudios de Derecho Nuclear* 0: 38-49.
- MAJONE, Giandomenico y LA ESPINA, Antonio, 1991. Lo Stato regolatore. *Rivista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione* 3: 3-62.
- MAJONE, Giandomenico, 1996. *La Communauté européenne: un Etat régulateur*. Paris: Montchrestien.
- 2005. AGENCY INDEPENDENCE AND ACCOUNTABILITY. OCDE, 2005. *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*. <<http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/35028836.pdf>> (visita 5 de septiembre de 2013) 52-53.
- MALARET GARCIA, E., 1992. La Comisión Nacional del Mercado de Valores. *Revista Española de Derecho administrativo* 76: 557-597.
- 1998. SERVICIOS PÚBLICOS, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto. *Revista de Administración Pública* 145: 49-87.
- MANETTI, Michela, 1994. *Poteri neutrali e Costituzione*. Milano: Giuffrè.
- MARTI DEL MORAL, A., 2000. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J. L., 1997. La regulación económica en España. *El nuevo servicio público*. G. Ariño Ortiz, J. M. de la Cuétara y J. L. Martínez López-Muñiz. Madrid: Marcial Pons 185-269.

- MARTINEZ VILA, J. E., 1997. La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. *Actualidad Administrativa*, II: 427-439.
- MENENDEZ, P., 1995. Administración independiente (régimen jurídico). *Enciclopedia Jurídica Básica. Vol. I*. Madrid: Civitas 292-300.
- MERUSI, Fabio, 2000. *Democrazia e Autorità indipendenti. Un romanzo «quasi» giallo*. Bologna: Il Mulino.
- MILLER, Geoffrey P., 1988. Introduction: the Debate over Independent Agencies in Light of Empirical Evidence. *Duke Law Journal* 215-222.
- MILLER III, James C., 1988. A Reflection on the Independence of Independent Agencies. *Duke Law Journal* 297-299.
- MONTERO PASCUAL, J. J., 1996. Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica del servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones. *Revista Española de Derecho administrativo* 92: 567-591.
- 1998. NATURALEZA, estructura y funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. *Revista General de Derecho* 649-650: 12305-12318.
- MONTI, Mario. 2000. Libéralisation des services publics et croissance économique dans l'union européenne. *Revue du Droit de l'Union Européenne* 2: 245-252.
- MORRISON, Alan B., 1988. How Independent are Independent Regulatory Agencies?. *Duke Law Journal* 252-256.
- MOTA PRADO, M., 2008. The Challenges and Risks of Creating Independent Regulatory Agencies: A Cautionary Tale from Brazil. *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 41: 435-503.
- MUÑOZ MACHADO, S., 1998. *Servicio público y mercado. I. Los Fundamentos*. Madrid: Civitas.
- 2009a. *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público General. Tomo III: La Organización territorial del Estado. Las Administraciones Públicas*. Madrid: Iustel.
- 2009b. Los principios del derecho de la regulación: la actividad de las Agencias y su control. *Revista General de Derecho administrativo* 20.
- NEBOT LOZANO, J. M., 1998. Competencia y servicio público en la actividad eléctrica. *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*. J. M. Nebot Lozano y otros. Madrid: Civitas 13-35.
- NICCOLAI, Silvia, 1996. *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*. Edizioni ETS: Pisa.
- 1998. LE AUTORITÀ INDIPENDENTI COME POTERE DI GARANZIA. *RASSEGNA PARLAMENTARE* 2: 335-365.

- OCDE, 2005. *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*. <<http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/35028836.pdf>> (visita 5 de septiembre de 2013).
- OGUS, Anthony, 2000. La regolazione dei servizi privatizzati. *I servizi a rete in Europa*. Erminio Ferrari (ed.). Milano: Raffaello Cortina Editore 19-40.
- PAJNO, Alessandro, 1996. L'esercizio di attività in forme contenziose. *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*. Sabinio Cassese y Claudio Franchini (eds.). Bologna: Il Mulino 107-147.
- PARADA VAZQUEZ, R., 1999 (13.^a). *Derecho administrativo. II. Organización y empleo público*. Madrid: Marcial Pons.
- PAREJO ALFONSO, L., 2000. El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la «crisis» de las prestaciones y los servicios públicos. *Revista de Administración Pública* 153: 217-249.
- PASQUINO, Pasquale, 2001. Le autorità non elettive nelle democrazie. *Il Mulino* 4: 596-603.
- PASSARO, Michele, 1996. *Le Amministrazioni indipendenti*. Torino: Giappichelli.
- PAUNER CHULVI, C., 2010. Nuevas y viejas cuestiones en torno a la designación parlamentaria de cargos públicos. F. Santaolalla López y C. Pauner Chulvi. *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 55-114.
- PERA, Alberto, 2001. Autorità di regolazione e controllo nei settori economici. *L'indipendenza delle Autorità*. Franco A. Grassini (ed.). Bologna: Il Mulino 97-104.
- PETERS, Aulana L., 1988. Independent Agencies: Government's Scourge or Salvation?. *Duke Law Journal* 286-296.
- POMED SANCHEZ, L., 1993. Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes. *Revista de Administración Pública* 132: 117-169.
- PREDIERI, Alberto, 1997. *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*. Firenze: Passigli Editori.
- QUADRA SALCEDO, T. de la, 1997. El derecho europeo de las telecomunicaciones. *Cuadernos de Derecho Judicial* 7: 45-86.
- RALLO LOMBARTE, A., 2002. *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*. Madrid: Tecnos.
- ROBINSON, Glen O., 1988. Independent Agencies: Form and Substance in Executive Prerogative. *Duke Law Journal* 238-251.
- ROLDAN MARTÍN, A., 2000. Los nuevos contornos del servicio público. *Cuadernos de Derecho Judicial: Derecho administrativo-económico* XII: 15-56.

- ROPPO, Vincenzo, 2000. Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti. *Politica del diritto* 1: 159-165.
- ROSELL LASTORTRAS, J., 2001. Privatizar y liberalizar. *El País*, 25 de marzo, 15.
- RUIZ CAÑETE, O., 1995. La abolición de los derechos exclusivos de la empresa pública. *Noticias de la Unión Europea* 126: 45-50.
- SADDY, André, 2009. La función regulatoria ejecutiva de la Administración Pública y su responsabilización. Abogacía General del Estado. *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*. Madrid: Ministerio de Justicia 153-200.
- SALVADOR MARTINEZ, M., 2002. *Autoridades independientes*. Barcelona: Ariel.
- SANCHEZ CALERO, F., 2001. Algunas consideraciones sobre la autonomía o independencia de la CNMV. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 84: 7-26.
- SANTAOLALLA LOPEZ, F., 2010. Problemas de las designaciones parlamentarias en nuestro derecho. F. Santaolalla López y C. Pauner Chulvi. *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 13-54.
- SCOTT, Colin, 2000. Accountability in the Regulatory State. *Journal of Law & Society* 1.
- SEGURA SANCHEZ, J., 2009. Administraciones independientes y política económica. C. Pauner Chulvi y B. Tomás Mallén (coords.). *Las Administraciones independientes*. Valencia: Tirant lo Blanch 251-261.
- SHAPIRO, Martin, 2005. «Deliberative,» «Independent» Technocracy v. Democratic Politics: Will the Globe Echo the E.U.?. *Law and Contemporary Problems* 68: 341-356.
- SIRIANNI, Guido, 1993. Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti. *Nomos. Le Attualità nel Diritto* 1: 75-95.
- SMITH, Warrick, 1997. Utility Regulators-The Independence Debate. *Public Policy for the Private Sector-The World Bank* 21-24.
- TEITGEN-COLLY, Catherine, 1990. Les instances de régulation et la Constitution. *Revue du Droit Public* 1: 153-259.
- TEROL GOMEZ, R., 2000. *El control público de las telecomunicaciones. Autoridades reguladoras*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- THATCHER, Mark, 2002. Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation. *West European Politics* 1: 125-147.
- 2007. REGULATORY AGENCIES, the state and markets: a Franco-British comparison. *Journal of European Public Policy* 14:7 1028-1047.

- TORNOS MAS, J., 1999. *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*. Madrid: Marcial Pons-Consell Audiovisual de Catalunya.
- TRONCOSO REIGADA, A., 1999. Dogmática administrativa y Derecho constitucional: el caso del servicio público. *Revista Española de Derecho Constitucional* 57: 87-164.
- TRIANAFYLLOU, Dimitris, 1999. L'encadrement communautaire du financement du service public. *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1: 21-41.
- VERKUIL, Paul K., 1988. The purposes and limits of Independent Agencies. *Duke Law Journal* 257-279.
- VIRGALA FORURIA, E., 2001. Servicio público y servicios de interés económico general en la UE (art. 86.2 TCE). *Revista de Estudios Europeos* 27: 43-76.
- 2004. *La Constitución y las Comisiones reguladoras de los servicios de red*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2006. Agencias (y Agencias reguladoras) en la CE. *Revista de Derecho Constitucional europeo* 5: 145-212.
- 2009. Constitución española, servicios de interés general y Comisiones reguladoras. AA. VV. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*. Madrid: Cortes Generales II: 1485-1500.
- 2011a. *Las Agencias reguladoras de la UE*. Granada: Comares.
- 2011b. Las Autoridades administrativas independientes en España: su regulación jurídica. Paola Chirulli y Roberto Miccù (eds.). *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in memoria di Salvatore Cattaneo*. Napoli: Jovene 289-318.
- 2012. Los Organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la Ley de Economía Sostenible. *Revista Española de Derecho Constitucional* 94: 61-115.
- 2013. El regulador energético en el marco de la unificación de reguladores. De próxima publicación.
- WILKS, Stephen y BARTLE, Ian, 2002. The Unanticipated Consequences of Creating Independent Competition Agencies. *West European Politics* 1: 148-172.

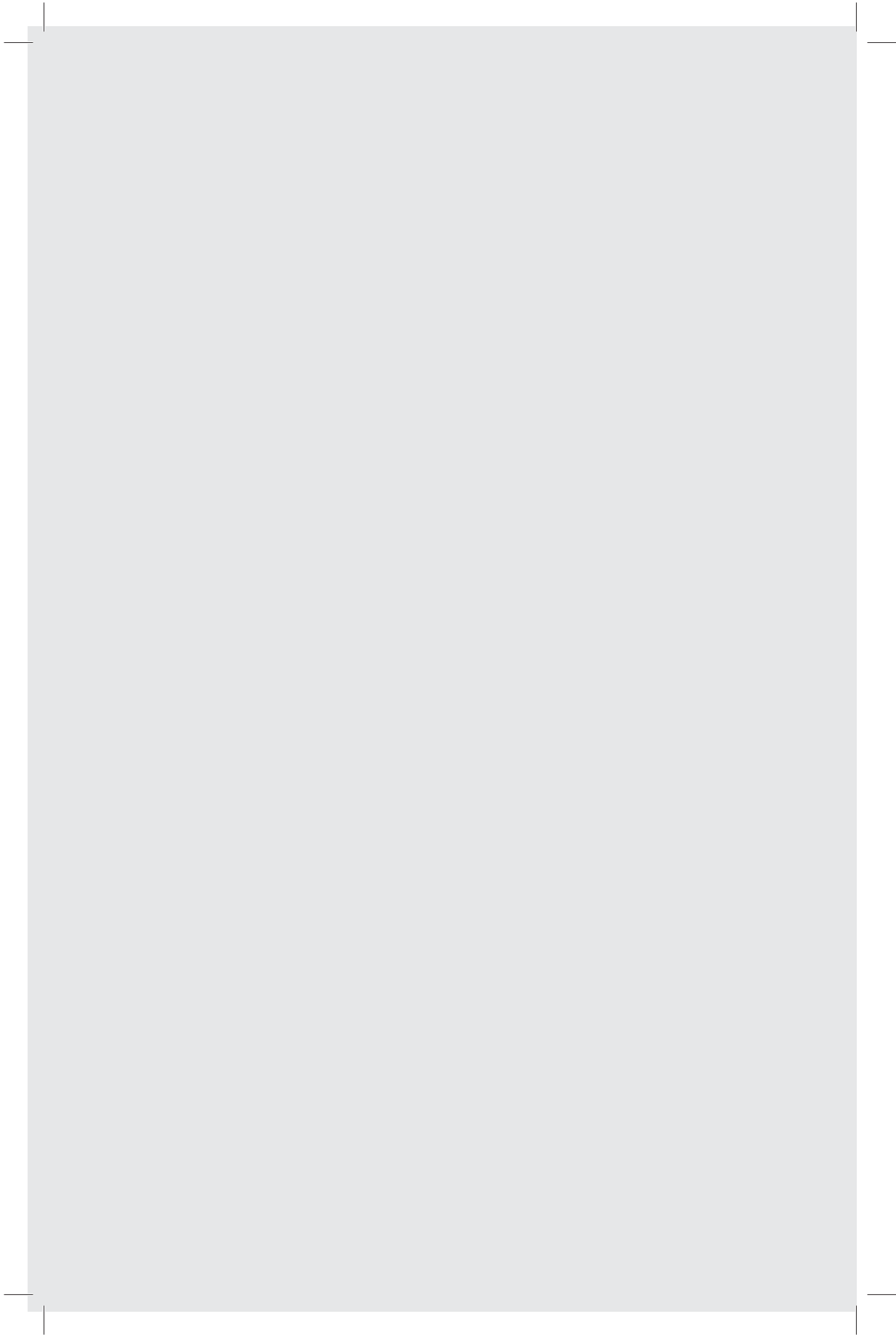


PARTIDOS POLÍTICOS Y MOVIMIENTOS CIUDADANOS EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO Y LA DESCONFIANZA

Miguel Ángel Presno Linera

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Aproximación histórico-constitucional al origen del sistema de partidos.
- III. La institucionalización de los partidos y su conversión en el «Príncipe moderno».
- IV. La desconfianza social hacia los partidos: «¡no nos representan!»
- V. El nuevo auge de los movimientos ciudadanos que exigen una democracia más participativa: el caso del 15M.
- VI. La contribución de los movimientos sociales a la dinamización de una democracia inactiva.



I. INTRODUCCIÓN

Sea cual sea el modelo constitucional en el que nos encontremos, a la hora de analizar las relaciones entre los poderes del Estado es imprescindible situarlas en el contexto de un concreto sistema de partidos, pues los partidos se han convertido, parafraseando a Costantino Mortati, en una «parte total», en el sentido de entidades idóneas para hacerse intérpretes de una ideología de política general, capaz de convertirse en acción del Estado.¹ Y esta idea del partido como parte total se ha visto favorecida en su asentamiento institucional por la conversión de la tarea de coordinación en la labor fundamental de los sistemas políticos de finales del siglo xx y principios del siglo xxi; este fenómeno supone una de las transformaciones políticas y constitucionales más importantes de los últimos cien años.

No obstante, una vez culminado este proceso de consolidación institucional y constitucional de los partidos, y quizá también por ello, ese «príncipe moderno» se ha visto afectado de manera cada vez más intensa por la creciente desafección social hacia una vida política que se percibe, por una parte importante de la sociedad, como un espacio poco transparente, donde la preocupación esencial es el puro ejercicio del poder y casi cualquier cosa vale para conservarlo, pues prima el partidismo y el cálculo sectario y, por si fuera poco, se está viendo afectado de manera cada vez más frecuente por casos de corrupción.

Paralelamente se advierte un resurgimiento de los movimientos ciudadanos como entidades de protesta frente a esos excesos pero, y aquí radica un matiz muy importante, también de propuesta de otras políticas y modos dis-

¹ *Istituzioni di diritto pubblico* (decima edizione), Cedam, Padua, 1991, t. II, pág. 796.

tintos de ejercicio del poder. En las páginas siguientes analizaremos, desde una perspectiva constitucional, qué papel están llamados a jugar partidos políticos y movimientos sociales (o ciudadanos) en un momento histórico caracterizado, por utilizar los títulos de dos libros bien conocidos de Ulrich Beck y Pierre Rosanvallon, por el riesgo y la desconfianza.² Y todo ello con el objetivo de, en palabras también de Rosanvallon, no de «despolitizar la democracia» sino, por el contrario de «repolitizarla», de darle más centralidad a lo político y eso implica que progresen, al mismo tiempo, la calidad de la regulación democrática y la atención a la construcción democrática.³

II. APROXIMACIÓN HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL AL ORIGEN DEL SISTEMA DE PARTIDOS

En el volumen 5 de *Fundamentos* (2009), coordinado por el profesor Punset Blanco, se estudió en profundidad el sistema de separación de poderes,⁴ que ha sido considerado uno de los requisitos esenciales para que pueda existir un Estado de Derecho. En ese volumen tuve ocasión de participar con un trabajo titulado «Pluralismo de partidos, no separación de poderes»⁵ donde apuntaba la necesidad de tener en cuenta algo que, si bien apenas estaba esbozado en el momento fundacional de la teoría de la separación de poderes, adquirió bien pronto una extraordinaria presencia y resulta determinante para entender la arquitectura constitucional de cualquier Estado democrático contemporáneo: el sistema de partidos políticos.⁶ Y ello porque en una democra-

² Ulrich BECK: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986; edición española: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, 2006; Pierre ROSANVALLON: *La contra-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Éditions du Seuil, París, 2006; hay versión española: *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Manantial, 2007.

³ *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, Paidós, Barcelona, 2010, págs. 303 y 304.

⁴ <<http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/quinto/index.html>>

⁵ <<http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/quinto/pdfs/Presno.pdf>>

⁶ En el mismo sentido, por ejemplo, Daryl J. LEVINSON y Richard H. PILDES: «Separation of parties, not powers», *Harvard Law Review*, vol. 119, nº 8, junio 2006, págs. 2311 a 2386. No deja de llamar la atención que Bruce ACKERMAN, en un estudio comparado del año 2000 titulado, precisamente, «The New Separation of Powers», *Harvard Law Review*, vol. 113, nº 3, págs. 633 y sigs., apenas preste atención al sistema de partidos, a diferencia de lo que hace, debatiendo con el trabajo de Ackerman, Mark TUSHNET en su obra del año 2003 *The new constitutional order*, Princeton University Press, bajo la premisa de que «a constitutional order extends well beyond the Supreme Court and includes the national

cia, presidencial o parlamentaria, las relaciones entre poderes dependen, en buena medida, del sistema de partidos, tanto en la dimensión jurídica relativa a las funciones que se asignan en el ordenamiento a las formaciones políticas, como en la articulación práctica que adopte en cada momento.

Retomando algunas de las cuestiones ya tratadas en ese trabajo, cabe recordar que el análisis de las relaciones entre poderes a partir del sistema de partidos no es en absoluto algo original e, incluso, podría remontarse, con muchos matices que no es posible abordar aquí, a las aportaciones de los que se han señalado como «padres» de la teoría de la separación de poderes, que, aunque de manera muy embrionaria, ya esbozaron la importancia de los partidos en el desenvolvimiento del Estado y, lo que más importa, para «la constitución de la libertad política», en las muy conocidas palabras de Montesquieu.⁷ Y es que, siguiendo a Vile, aunque el contexto es diferente y las dimensiones del problema han cambiado, los problemas de siglos pasados siguen siendo estando de actualidad.⁸

Para Montesquieu, los partidos eran elementos necesarios para el recto funcionamiento del régimen constitucional, pues favorecían la libertad individual, el disenso, el libre juego y la recíproca influencia de las distintas opciones políticas, como lo probaba el ejemplo inglés en el que la posibilidad de la alternancia de los partidos en el ejercicio del gobierno contribuía a dotar de estabilidad al sistema. La clave estaba en la «limitación del poder por el poder», pero, como explica Hanna Arendt,⁹ sin destruirlo, sin sustituir el poder por la impotencia.

En «el ejemplo inglés» el desarrollo del sistema parlamentario se benefició del bipartidismo¹⁰ y, la vez, contribuyó a consolidarlo, hasta el punto que, durante la primera mitad del siglo XVIII, la existencia de un partido en

political parties, Congress, and the presidency». El trabajo de Ackerman ha sido traducido con el título *La nueva división de poderes*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

⁷ Véase el capítulo quinto del libro XI del «Espíritu de las leyes», en *Oeuvres complètes*, Gallimard, París, 1951, volumen II; sobre sus aportaciones a la teoría de la separación de poderes puede verse el capítulo entero que le dedica Maurice J. VILE en *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Liberty Found, Indianapolis, 1998, págs. 83 y sigs.

⁸ *Constitutionalism and the Separation of Powers...*, pág. 3.

⁹ *Sobre la revolución*, Alianza, Madrid, pág. 203, donde recuerda que la no separación de poderes no es la negación de la legalidad, es la negación de la libertad.

¹⁰ Sobre el nacimiento del sistema bipartidista en Inglaterra, véase el estudio de George Macaulay TREVILLIAN: *The Two-Party System in English Political History*, Oxford University Press, 1982.

el poder y de otro en la oposición se fue considerando una pieza esencial del sistema político.¹¹ En el plano conceptual,¹² Bolingbroke y Hume establecieron el sustrato teórico para la diferenciación entre partidos y facciones,¹³ pero la consolidación del papel fundamental de los partidos en el sistema constitucional se debe a las tesis de Edmund Burke,¹⁴ para quien los partidos que sostienen al Gobierno deben velar desde el Parlamento para que se lleve a cabo una política que, en lugar de propiciar el beneficio personal de quienes están próximos al poder, atienda a los intereses generales de la comunidad. Aunque con estas tesis se trataba de justificar el mantenimiento del carácter censitario del sufragio y la homogeneidad que presidía la composición del Parlamento, ya estaban ahí presentes los partidos como un elemento esencial para la forma de gobierno parlamentaria, pues los partidos eran para Burke el elemento esencial de conexión entre el gobierno y el poder legislativo.¹⁵

Por su parte, en las tesis de los revolucionarios norteamericanos influyó, en mayor o menor medida, el pensamiento de Montesquieu, como se evi-

¹¹ Véase el estudio de Joaquín VARELA SUANZES: *Sistema de gobierno y partidos políticos: de Locke a Park*, CEPCO, Madrid, 2002.

¹² Sobre el origen y desarrollo etimológico de las palabras «facción», «partido» y «secta», así como sus diferentes significados, véase Giovanni SARTORI: *Partidos y sistemas de partidos*, I, Alianza, Madrid, 1980, págs. 19 y sigs.; sobre el debate teórico en la época véase la amplia recopilación realizada por J. A. W. GUNN: *Factions No More. Attitudes to Party in Government and Opposition in Eighteenth Century England*, Frank Cass, Londres, 1971.

¹³ Para BOLINGBROKE los partidos políticos constituían divisiones nacionales de opiniones acerca de la forma y los métodos de gobierno que mayor beneficio aporten a la comunidad, con lo que la consecución del interés general y el bienestar común sería el elemento identificador de los partidos en términos abstractos, y el concreto método para alcanzarlos constituiría el rasgo diferenciador de cada partido determinado; mientras que las facciones, en términos generales, no constituirían sino simples grupos de individuos instalados en el poder y desprovistos de toda noción de lo que ha de constituir el bien público; «A Dissertation upon Parties», *The Works of Lord Bolingbroke*, Augustus M. Kelley, Nueva York, 1967 (Reprinted), vol. II; en especial la Carta V, págs. 49 y sigs.

Para HUME únicamente ciertos partidos eran peligrosos para el Estado: los que mantenían posiciones contrarias a la forma de gobierno, la sucesión a la Corona o las demás instituciones básicas del Estado; *Essays Moral, Political and Literary*, I, en *Philosophical Works*, 3, (Edited, with preliminary dissertations and notes by T. H. Green and T. H. Grose), Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1964, págs. 127 y sigs.

¹⁴ *The Writtings and Speeches of Edmund Burke*, Clarendon Press, Oxford, 1981, vol. II (Party, Parliament, and the American Crisis, 1766-1774), págs. 317 y 318.

¹⁵ Luigi COMPAGNA: *L'idea dei partiti da Hobbes a Burke*, Bibliopolis, Nápoles, 1986, págs. 128 y 129.

dencia en las reflexiones tanto de Adams como de Madison.¹⁶ El primero sostuvo que «debe oponerse el poder al poder, la fuerza a la fuerza, la fortaleza a la fortaleza, el interés al interés, así como la razón a la razón...» y estas oposiciones son, precisamente, un mecanismo para generar el poder, la fuerza y la razón, no para abolirlos.¹⁷ Madison, además de preocuparse por los aspectos relativos a las funciones y poderes de las diversas ramas de gobierno, así como de sus relaciones recíprocas, sostuvo que en todas las sociedades políticas, la naturaleza de las cosas hace que surjan diferentes partidos e intereses, y la gran maña de los políticos consiste en hacer de ellos frenos y contrapesos recíprocos. Frente al peligro que suponían las «facciones» —grupos de ciudadanos que actúan movidos por el impulso de una pasión común, por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses de la comunidad considerada en su conjunto—, adoptó una postura pragmática, dado que «las causas de este espíritu no pueden suprimirse porque tienen su origen en la naturaleza del hombre y en la diversidad de sus facultades, donde se origina el derecho de propiedad, que es un obstáculo insuperable para conseguir la unanimidad de intereses».

La solución es el establecimiento de una república representativa, con diversos partidos, y en la que la proporción de personas idóneas para ejercer las funciones representativas sea lo bastante amplia como para permitir una selección adecuada, y el cuerpo electoral no sea ni demasiado numeroso, para evitar que el representante esté poco familiarizado con las circunstancias locales, ni demasiado reducido, para que el representante no se ate excesivamente a esos intereses y se incapacite para comprender los grandes fines nacionales. Como consecuencia, propugna para los Estados Unidos un Parlamento nacional que se ocupe de los intereses nacionales, y un Parlamento en cada Estado miembro de la federación que entienda de las cuestiones particulares y locales.¹⁸

¹⁶ La influencia de Montesquieu resultó decisiva a juicio de de Paul Merrill SPURLIN, *Montesquieu in America, 1760-1801*, Baton Rouge, 1940; no obstante, VILE insiste en que dado lo complejo que resulta determinar las influencias «decisivas» en el pensamiento de un solo autor, es difícil atribuir al influjo de un único pensador las conclusiones a las que llegaron todas las personas que estuvieron involucradas en la formulación de las Constituciones de los Estados Unidos y la Constitución Federal; *ob. cit.*, págs. 133 y sigs.

¹⁷ Zoltan HARASTZI: *John Adams and the Prophets of Progress*, Cambridge, 1952.

¹⁸ La cita está tomada del artículo «Partidos», publicado en el *National Gazette* y recogido ahora en *República y libertad. Escritos políticos y constitucionales*, Edición, estudio preliminar y traducción de Jaime Nicolás Muñiz, CEPCO, Madrid, 2005, p. 111.

En este discurso está presente, como ha señalado Matteucci,¹⁹ un nuevo concepto político introducido por Hamilton, el de la «ampliación de la órbita política», merced al cual en un gran espacio las tensiones y los conflictos se aligeran y pierden fuerza. En la argumentación de Madison, con la ampliación de la órbita política de la sociedad se pueden expresar una mayor variedad de opiniones e intereses, una creciente diversidad de grupos y partidos, lo que impide la formación de una mayoría tiránica; la multiplicidad de partidos, como la de confesiones religiosas, es la clave para la salvaguarda de los derechos civiles.²⁰

Aparece aquí la idea de que un sistema de partidos plural es un instrumento adecuado para la garantía de la libertad. En suma, el pluralismo de partidos acaba por ser un instrumento que reconduce una situación inicial negativa a un desenlace positivo o, cuando menos, posibilista.

III. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS PARTIDOS Y SU CONVERSIÓN EN EL «PRÍNCIPE MODERNO».

En la teoría política la transformación de los partidos se ha calificado de diferentes maneras, pero hay coincidencia, en lo esencial, de que se ha pasado primero de un sistema de partidos como organización de afiliados, o partido de masas, a un partido *catch-all* (en la terminología de Otto Kirchheimer),²¹ que ha desembocado, finalmente, en un entramado de partidos basados en los cargos públicos o en las instituciones públicas.²²

¹⁹ *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid, 1998, págs. 212 y sigs.

²⁰ Como explica en el número 9 de *El Federalista*, la influencia de los líderes de las facciones puede prender una llama en su propio Estado, pero no logrará propagar una conflagración general en los restantes. Una secta religiosa puede degenerar en bando político en una parte de la Confederación; pero las distintas sectas dispersas por toda su superficie pondrán a las asambleas nacionales a salvo de semejante peligro. En la magnitud y en la organización adecuada de la Unión, por tanto, encontramos el remedio republicano para las enfermedades más comunes de ese régimen. Y mientras mayor placer y orgullo sentimos en ser republicanos, mayor debe ser nuestro celo por estimar el espíritu y apoyar la calidad de Federalistas

²¹ «The Transformation of Western European Party Systems», en LAPALOMBARA/WEINER (eds.) *Political Parties and Political Development*, Princeton University Press, 1966.

²² Para una panorámica completa y actualizada del análisis politológico de la evolución de los partidos políticos es de obligada lectura el trabajo colectivo editado por José Ramón MONTERO, Richard GUNTHER y Juan J. LINZ, tanto en su versión en lengua inglesa *Political Parties: Old Concepts and New Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2002, como en la más reciente edición castellana: *Partidos Políticos. Viejos conceptos y nuevos retos*,

Diversos factores, como la ampliación progresiva del sufragio en los Estados democráticos en la primera mitad del siglo xx, la consolidación de procesos electorales competitivos, y las innovaciones tecnológicas y organizativas provocaron que los tradicionales partidos defensores de intereses particulares, profesionales, de clase o de creencias, se fueran transformando en partidos de integración de masas con la consiguiente burocratización y especialización técnica, y la consolidación del liderazgo, en la línea bien descrita hace un siglo por Robert Michels en las páginas de su libro *Los partidos políticos*,²³ que no en vano subtítulo *Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*.²⁴

Una vez que los partidos de masas vislumbraron la oportunidad real de participar e influir en las políticas gubernamentales y de formar parte de los gobiernos, tanto sus líderes como sus estructuras organizativas empezaron a centrarse de manera predominante en las procesos de captación de la voluntad de los electores, aunque también se vie-

Fundación Alfonso Martín Escudero/Trotta, Madrid, 2007; en las citas que se realizarán en lo sucesivo se mencionarán los trabajos en su formato en lengua castellana.

²³ En palabras de MICHELS, «la especialización técnica que resulta inevitablemente de toda organización extensa hace necesario lo que se ha dado en llamar la conducción experta. En consecuencia, el poder de determinación llega a ser considerado como uno de los atributos específicos del liderazgo, y las masas lo pierden gradualmente mientras se concentra en las manos de los líderes.

De este modo, los líderes que al principio no eran más que órganos ejecutivos de la voluntad colectiva, se emancipan pronto de la masa y se hacen independientes de su control...

Es innegable que la tendencia oligárquica y burocrática de la organización partidaria es una necesidad técnica y práctica, producto inevitable del propio principio de organización... Por razones técnicas y administrativas, no menos que por razones tácticas, una organización fuerte necesita un liderazgo igualmente fuerte...

A medida que la profesión de políticos se hace más complicada... se necesita que quien deba comprender la política posea una experiencia más amplia y un conocimiento más extenso. Esto hace aún más grande la diferencia entre los líderes y el resto del partido... esta competencia especial, este conocimiento de expertos, que el líder adquiere en cuestiones inaccesibles, o casi inaccesibles, para la masa, le da seguridad en su posición...»; Amorrortu Editores, Buenos Aires, segunda reimpresión, 1979, págs. 77, 80 y 122, del volumen I.

²⁴ Es bien conocida y está documentada la influencia de las tesis expuestas por Michels en el análisis que sobre los partidos hicieron autores clásicos como Max Weber, James Bryce o Maurice DUVERGER (*Les partis politiques*, Armand Colin, París, 1951); véase el breve pero ilustrativo comentario que realiza Seymour Martin LIPSET en la introducción a la obra de Michels, vol. I, pág. 21.

ron limitados por las realidades que implicaba la acción de gobierno.²⁵ En todo caso, y en la medida en que únicamente a través de esa acción se pueden adoptar medidas que implican una vinculación generalizada de la sociedad, la conquista del poder se ha convertido en la principal expectativa de los partidos.

Los sucesivos cambios sociales y políticos (la movilidad social, laboral y geográfica, la consolidación de los medios de comunicación de masas, la mejora educativa...) influyeron también en las formaciones políticas, que, cada vez en mayor medida, pudieron ir incorporándose al ejercicio de funciones de gobierno, dejando de ser así, con notorias excepciones, meros partidos de oposición. Y, como se ha señalado,²⁶ a medida que el gobierno se convierte en una experiencia habitual y en una expectativa para los partidos más relevantes, la dimensión institucional de estas organizaciones adquiere mayores niveles de estatus, prestigio y autonomía, de forma que no es exagerado hablar de un proceso de gubernamentalización de las formaciones políticas más relevantes.

Merced a estas transformaciones, en la actualidad la importancia política e institucional de los partidos no resulta tanto de su mera existencia o del tamaño de la organización, sino de la función concreta que tienen en un determinado sistema para la formación del gobierno;²⁷ en suma, de los patrones institucionales en los que se muevan, de su capacidad de maniobra y de su influencia real en los procesos de toma de decisiones.

De esta manera, se convierten en inseparables el papel de quienes desempeñan en el partido cargos de responsabilidad organizativa y el de los que, en nombre del partido, ocupan bien la dirección política del Estado por haber conseguido formar gobierno o, como resultado de la derrota electoral, asumen la tarea de oposición parlamentaria, todo ello en atención a las necesidades de liderazgo tanto en el gobierno como en las cámaras legislativas.

²⁵ Véase el análisis mucho más pormenorizado de Richard S. KATZ y Peter MAIR: «La supremacía del partido en las instituciones públicas: el cambio organizativo de los partidos en las democracias contemporáneas», en MONTERO/GUNTHER/LINZ: *Partidos políticos. Viejos conceptos y nuevos retos...*, págs. 101 y sigs.

²⁶ Richard S. KATZ y Peter MAIR: «La supremacía del partido en las instituciones públicas: el cambio organizativo de los partidos en las democracias contemporáneas»..., págs. 113 y 114.

²⁷ En este sentido, Rainer M. LEPSIUS: «Parteiensystem, Wählerbewegung und sozialer Wandel in Westeuropa», en O. BÜSCH (ed.): *Wählerbewegung in der europäischen Geschichte*, Berlín, 1980, pág. 541.

Así llegamos, en los Estados democráticos avanzados, a una situación del sistema de partidos que, ya entrado el siglo XXI, puede calificarse de primacía de «partidos en las instituciones públicas». Esta preeminencia del liderazgo institucional no se proyecta en exclusiva sobre la propia organización interna de la formación política —«los líderes se han convertido en el partido, el partido se ha convertido en los líderes»—,²⁸ marginando la importancia política, electoral y económica de los afiliados en las decisiones y orientación del partido, sino que ha transformado también el funcionamiento de las propias instituciones estatales y sus relaciones recíprocas, y este cambio lo han provocado, en buena medida, los propios partidos desde dentro de las instituciones, como se puede constatar analizando las leyes sobre partidos y su financiación, las normas electorales, las que disciplinan el funcionamiento de las instituciones representativas e, incluso, las que articulan la designación de órganos constitucionales de composición no política.

Y es que, como recuerda Dieter Grimm,²⁹ de forma semejante a cualquier otro grupo social los partidos están sometidos a la ley y tienen un interés inherente en leyes que les sean propicias, pero a diferencia del resto de los grupos sociales la acción de los partidos no se agota en la influencia sobre el Legislador. A través de los diputados y los grupos parlamentarios los partidos dominan la tramitación legislativa, pudiendo sin mayor dificultad traducir sus intereses en forma de ley. Las reformas legislativas no son, dado el predominio de los partidos en el Parlamento, sino autocorrecciones. Por deseables que resulten en interés de la democracia, pocas posibilidades tienen de ser llevadas a la práctica si afectan a los intereses orgánicos de los partidos y son interpretadas desde su perspectiva como pérdida de posiciones de influencia o bases de poder.

La consolidación de los partidos en las instituciones representativas ha sido, en buena medida, responsable de la pérdida de importancia de los parlamentos como instancias autónomas: las directrices de los partidos aseguran la subordinación de los parlamentarios a las instrucciones emanadas de los órganos de dirección de las formaciones políticas.³⁰ A lo anterior hay

²⁸ KATZ y MAIR, *ob. cit.*, págs. 115 y 116.

²⁹ *Democracia representativa y parlamentarismo. Alemania, España, Gran Bretaña e Italia*, edición de Antonio LÓPEZ PINA, Secretaría General del Senado, Madrid, 1994, págs. 213 y 214.

³⁰ Me he ocupado de esta cuestión en *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, Barcelona, 2000.

que sumar el hecho de que el triunfo de la jerarquía y de la burocratización dentro de los partidos ha contribuido a que esos mismos principios de funcionamiento se trasladaran a las instituciones en las que aquéllos se han asentado y ha propiciado, junto a otros factores, el ascenso del Gobierno dentro de las relaciones entre poderes, justamente el órgano que a los promotores en su momento de la teoría de la separación de poderes les parecía una instancia bastante inofensiva.

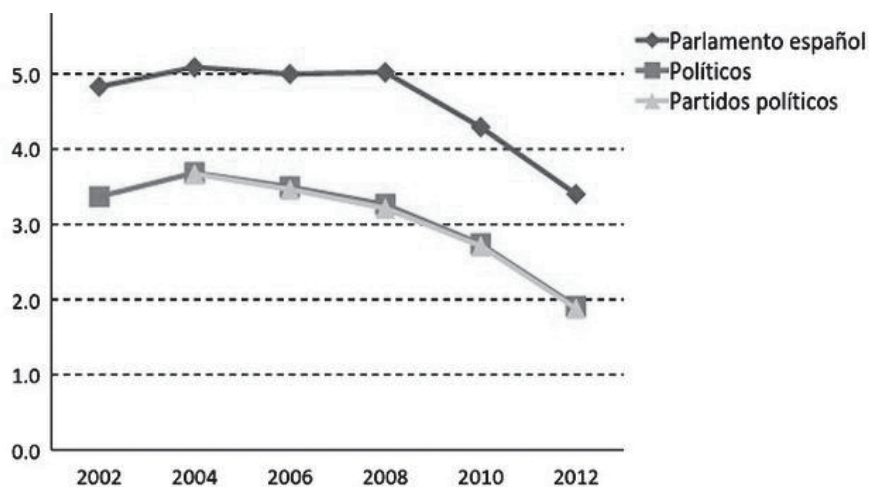
Ahora bien, en este triunfo institucional del sistema de partidos y en la conversión del partido gobernante en «Príncipe moderno», en la afortunada expresión de Gramsci, va implícito su cuestionamiento cuando empieza a evidenciarse su limitada capacidad para dar respuesta a los problemas de la nueva modernidad; como señala Ulrich Beck, las instituciones políticas se convierten en asunto de un desarrollo que ni han planificado ni pueden reorientar y del que, sin embargo, en cierto modo, han de responder. Las capacidades de decisión institucional se han debilitado y la vida política, en los centros originariamente previstos para la formación de esa voluntad, pierde sustancia y amenaza con petrificarse en rituales. La política ha dejado de ser el lugar central, o por lo menos el único, en el que se decide la transformación del futuro social.³¹

Sin embargo, no parece que los partidos sean del todo conscientes de esta realidad ni de la emergencia de una nueva cultura política descentralizada que ha generado, también en palabras de Beck, unas redes de cooperación o de rechazo, de negociación, de reinterpretación y de posible resistencia de manera transversal a toda la estructura vertical y horizontal de capacidades y competencias.

IV. LA DESCONFIANZA SOCIAL HACIA LOS PARTIDOS: «¡NO NOS REPRESENTAN!»

Desde luego, parece fuera de dudas que esa desconfianza hacia los partidos es en la actualidad un fenómeno generalizado en los Estados democráticos y especialmente acusado en España: en el Estudio de junio de 2014, el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) concluye que «los políticos en general, los partidos políticos y la política» son considerados el cuarto problema de la sociedad (28%), por detrás del paro (76,8%), la corrupción y el fraude (38,8%) y muy cerca de los problemas de índole económica

³¹ *La sociedad del riesgo...*, págs. 308, 318 y 370.



(28,4%).³² Esa mala reputación ha venido siendo una constante en los últimos años, como muestran los sucesivos estudios de opinión del CIS.

Y el descrédito social de los partidos es mayor, incluso, que el padecido por las instituciones en las que se han instalado: conforme a la sexta edición de la Encuesta Social Europea,³³ hecha pública en enero de 2014 y que recoge datos de 29 Estados referidos a los años 2012 y 2013, el índice de confianza de los españoles en la política se encuentra en el nivel más bajo de los últimos diez años y está a la cola de Europa: los ciudadanos otorgan un 1,91 sobre 10 a los dirigentes políticos y a los partidos a los que pertenecen, calificación más baja que la que confieren a las instituciones representativas, lo que también ocurre en los demás países europeos.³⁴

La situación que se muestra de los años 2012/2013 es todavía peor que la del bienio anterior:³⁵

³² <http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html>

³³ <<http://www.upf.edu/ess/>>. El gráfico está tomado del análisis de Carol GALAIS para Agenda Pública, eldiario.es: <http://www.eldiario.es/agendapublica/impacto_social/participacion-desafecta-cinismo-polarizacion_o_219778148.html>

³⁴ Sobre estas cuestiones en Estados Unidos, véanse los tempranos estudios coordinados por John HIBBING y Elisabeth THEISS-MORSE: *What is it about Government that Americans dislike?*, Cambridge University Press, 2001.

³⁵ La tabla 6 y los gráficos 9, 17 y 13 están tomados de la Quinta Encuesta Social Europea (2010/2011): <http://www.upf.edu/ess/_pdf/5a-ola/Datos/ResultadosQuintaEdicion_FINAL.pdf>

TABLA 6.
GRADO DE CONFIANZA CON DISTINTAS INSTITUCIONES NACIONALES O
INTERNACIONALES EN ESPAÑA (5)

Dígame, por favor, en una escala de 0 a 10, usted personalmente, cuánto confía en cada una de las siguientes instituciones. 0 significa que usted no confía en absoluto en una institución y 10 significa que confía plenamente (media)

Parlamento español	4,29
Sistema judicial	4,38
Policía	6,23
Políticos	2,72
Partidos políticos	2,70
Parlamento Europeo	4,48
Naciones Unidas	4,95

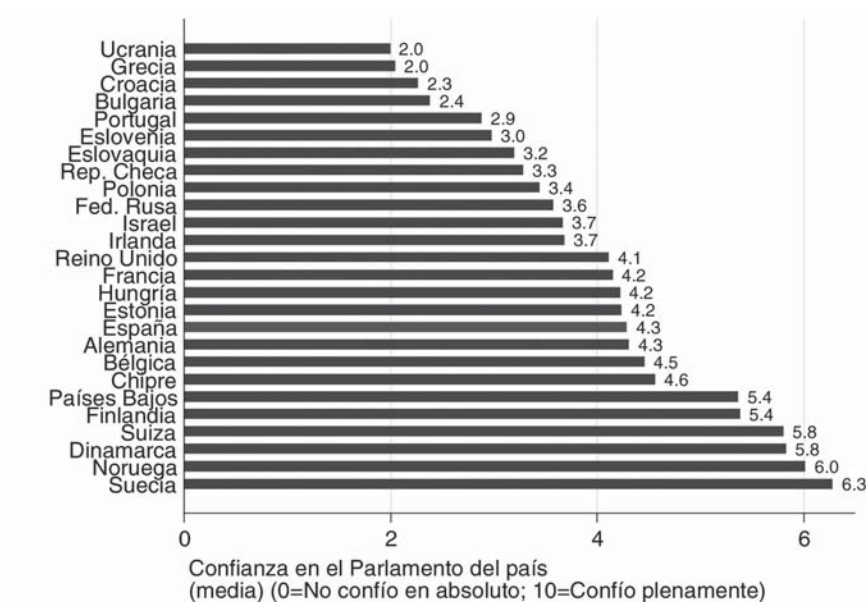
Entre las causas de esta situación se pueden señalar algunas inherentes a los propios partidos y otras relacionadas con su gobierno de las instituciones, cuya crisis de legitimidad también influye de forma negativa en las formaciones políticas, algo que se detecta especialmente en España e Italia.³⁶

Todo ello ha cristalizado en la expresión «¡No nos representan!», entendida como una denuncia de múltiples deficiencias y que alude, al menos, a la escasa democracia interna de los partidos y su distanciamiento de los ciudadanos; a un sistema de financiación de la vida pública poco transparente y que depende, no de la aceptación e integración social de las formaciones políticas, sino de su presencia institucional; a un estatuto de los representantes políticos y de los gobernantes que se considera ha devenido en un conjunto de privilegios; a la aplicación, en países como España e Italia, de un sistema electoral que no refleja como debiera el igual valor del voto de los ciudadanos; a la ausencia de un proceso deliberativo que incluya las demandas ciudadanas en las discusiones parlamentarias; a la creciente percepción de que existen prácticas corruptas...

Así, y por resumir en no muchas palabras estas causas de la desafección, hay que recordar, primero, que en lo que respecta a la estructura interna y

³⁶ Véase el trabajo de Peter MAIR «Le trasformazioni del partito di massa in Europa», en el estudio coordinado por Mauro CALISE *Come cambiano i partiti*, Il Mulino, Bolonia, 1992, págs. 103 y sigs.

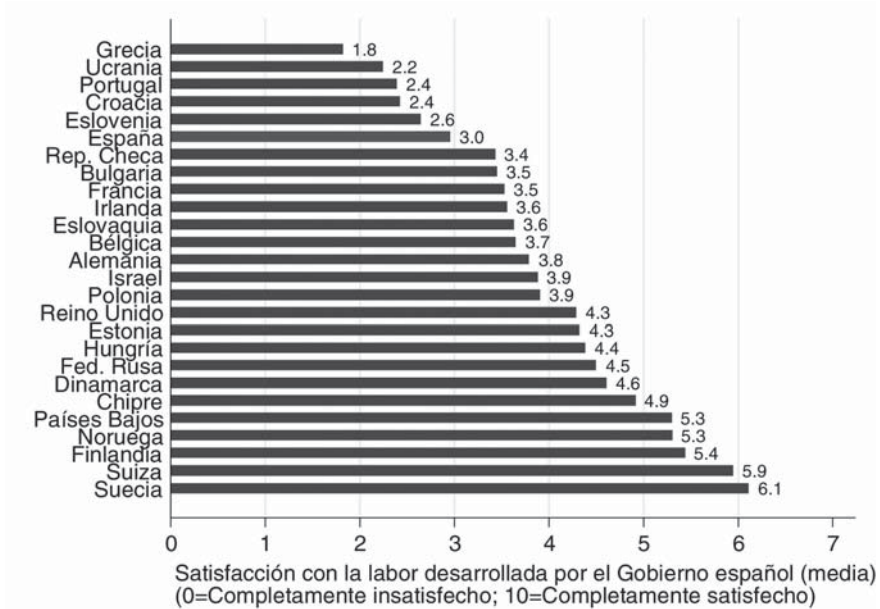
GRÁFICO 9.
CONFIANZA EN EL PARLAMENTO



el funcionamiento de los partidos, si los procedimientos de designación de personas tienen un carácter más democrático cuanto mayor sea la proximidad entre los electores y los elegidos, en este caso entre los miembros del partido y los órganos de dirección, parece que se ha de abogar por un sistema de elección directa de los dirigentes y no por fórmulas indirectas, que son, sin embargo, las que predominan en España, donde los órganos de dirección suelen ser elegidos mediante Congresos de compromisarios. En todo caso, si se opta por una elección indirecta de los dirigentes, el sistema de votación tendría que ser público y no secreto, para favorecer la transparencia y una relación más estrecha entre los militantes y los compromisarios, que podría desembocar en su caso en la exigencia de las correspondientes explicaciones por parte de los primeros.

Sin embargo, lo que parece predominar de modo abrumador es la práctica de congresos dirigidos a ratificar decisiones ya tomadas por los «aparatos» de las formaciones políticas. En esta línea, y aunque los partidos proclaman que toman sus decisiones «desde abajo hacia arriba», se organizan «desde arriba hacia abajo» y cuando se celebra un congreso es habitual que los

GRÁFICO 17.
VALORACIÓN DE LA LABOR DEL GOBIERNO



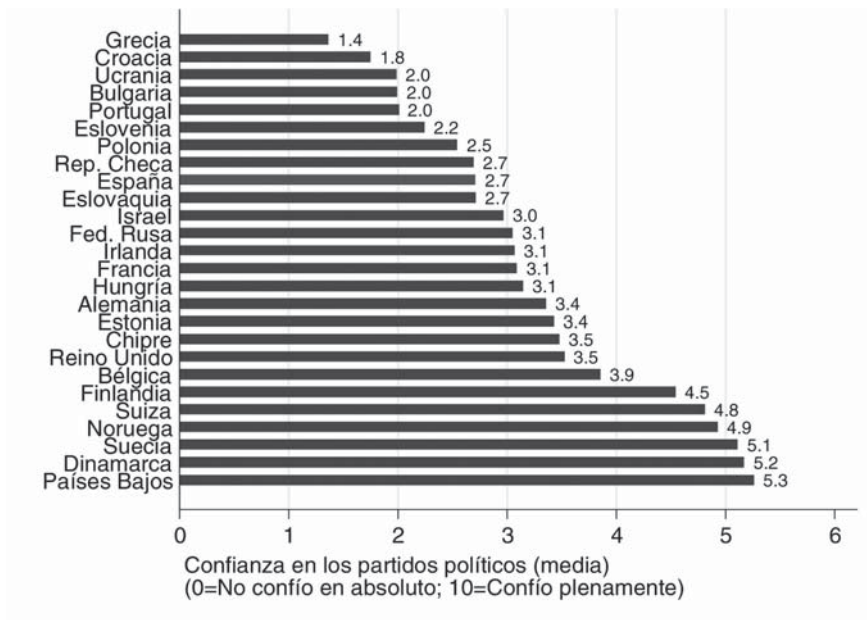
órganos de dirección fijen las ponencias a debatir y las personas encargadas de su redacción y defensa, sin consideración al derecho de presentación de enmiendas por parte de los afiliados y/o compromisarios.

Por si fuera poco, los procesos de supuesta rendición de cuentas y de renovación de dirigentes se demoran en el tiempo —en Alemania los congresos son, por mandato legal, cada 2 años; en España cada 3 o 4 años, según los Estatutos— y no se caracterizan por ofrecer la debida información ni a los militantes ni, en general, a la sociedad.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, deja mucho que desear, en términos democráticos, el sistema de financiación de los partidos; entre otras razones, y limitándonos al caso español, se pueden mencionar las siguientes: a.— en España se ha despreciado una progresiva equiparación entre la financiación pública y la privada, que podría servir para estimular el arraigo y presencia social de los partidos y su independencia.³⁷ Cabe

³⁷ Como proclama el Tribunal Constitucional Federal alemán, «la libertad de los partidos políticos frente al Estado... exige no sólo la garantía de su independencia del máximo poder, sino también que los partidos reafirmen su carácter de grupos creados libremente y

GRÁFICO 13.
CONFIANZA EN LOS PARTIDOS POLÍTICOS



recordar que en Alemania la financiación pública no puede superar el 50% del conjunto de los ingresos del partido; en España no hay ese límite y en la práctica suele llegar al 80 y 90%%; b.— los partidos han conseguido, a través de la Ley de financiación (LOFPP), que los ingresos procedentes de los grupos parlamentarios y municipales se integren en su caja, y sobre los mismos exista libertad de disposición por parte de la entidad política; además, en 2007, se eliminó el único límite previsto en el artículo 8 de la anterior LOFPP, que disponía que «sólo podrán resultar comprometidos por los partidos políticos hasta el 25% de los ingresos procedentes de la financiación

bien arraigados en el tejido sociopolítico. Los partidos deben mantenerse, a través de su refrendo y apoyo, en régimen de dependencia, tanto política como económica y organizativa, de los ciudadanos. No debe, pues, mediante la aportación de recursos públicos, reducirse el riesgo de fracaso de cada uno de los partidos, en sus esfuerzos por alcanzar apoyo suficiente en la masa del electorado... El principio de libertad de los partidos frente al Estado resulta vulnerado por la asignación de apoyos financieros cuando, gracias a estos, los partidos se hurtan a la necesidad de recabar de sus afiliados y simpatizantes una ayuda financiera para el desempeño de sus actividades. Si no tiene en cuenta este aspecto, los partidos corren el peligro de perder arraigo social» (BVerfGE 85, 264, 285 y 286).

pública... para el pago de anualidades de amortización de operaciones de crédito»; c.— hasta los dos últimos años, los informes de fiscalización del Tribunal de Cuentas se han venido demorando cinco o más años, lo que es especialmente preocupante porque, según la Ley vigente, «el plazo de prescripción de las infracciones contenidas en la ley será de cuatro años. Su cómputo se iniciará al momento de la comisión de la infracción»; d.— sigue habiendo ingresos públicos de los partidos sobre los que no opera la fiscalización: el Tribunal de Cuentas ha dicho, en los sucesivos informes, que, mayoritariamente, no se han presentado las cuentas de los grupos en las corporaciones locales; e.— tampoco, según el Tribunal, se han venido respetando las obligaciones sobre control de las aportaciones y cuotas de los afiliados ni la prohibición las donaciones anónimas; f.— las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos han venido siendo utilizadas para obtener financiación que no pueden recibir de manera directa los partidos, pues, por imperativo legal, no les afectan las prohibiciones de aceptar o recibir, directa o indirectamente, donaciones de empresas privadas que, mediante contrato vigente, presten servicios o realicen obras para las Administraciones Públicas; tampoco lo que limita las donaciones procedentes de una misma persona física o jurídica a 100.000 euros anuales; g.— finalmente, una de las prácticas que ha suscitado más reproches es la de la condonación de las deudas de los partidos que han venido haciendo diversas entidades bancarias y cuyo importe, a la luz de los diversos informes, asciende a millones de euros. Únicamente, y tras una reforma legal en 2012, «las condonaciones de deudas a los partidos políticos por parte de las entidades de crédito estarán sujetas al límite de 100.000 euros anuales».

Refiriendo estos problemas a otros países, Mauro Calise advierte que «si la fuerza expansiva de los partidos se origina desde abajo, su capacidad de resistencia se encuentra en lo alto, en una esfera estatal que ofrece a los partidos los recursos que ya no son capaces de extraer de su antigua base social. Pero ¿cuánto podrá dura la supervivencia de los poderosos dinosaurios del pasado aprisionado en la red del Leviatán?».³⁸

En tercer lugar, la creciente convicción social de que los representantes políticos disfrutan de un estatuto privilegiado comparado con el resto de

³⁸ *Il partito personale*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pág. 14; en el mismo sentido Cesare PINELLI «Crisis de la representación y nuevas vías de participación política», en el libro del mismo título de Cesare PINELLI-Miguel PRESNO, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pág. 23.

los ciudadanos se ha resumido en una expresión muy gráfica y que se ha popularizado tanto en Italia como en España: «la casta»,³⁹ donde se conjuga, aunque en términos populares y no académicos, la ya mencionada visión crítica del funcionamiento jerarquizado de los partidos, bien explicado por Michels, con la idea de una clase política que detenta el poder, en la línea descrita por Gaetano Mosca,⁴⁰ y que, por emplear la conocida distinción de Max Weber, no se preocupa de vivir para la política sino, esencialmente, de vivir de ella.⁴¹

Al respecto, y por mencionar algunos ejemplos relevantes, hay que recordar las siempre abiertas puertas giratorias entre los distintos cargos públicos (en España se puede pasar de una cartera ministerial o de un escaño parlamentario a un puesto en el Tribunal Constitucional o en Tribunal de Cuentas); las idas y vueltas de representantes políticos a las empresas privadas y los casos de evidentes conflictos de intereses;⁴² el elevado número de cargos de confianza y su incontrolada designación; una configuración de las prerrogativas parlamentarias difícilmente justificable en una sociedad democrática avanzada: resulta excesivo que los parlamentarios únicamente puedan ser detenidos en caso de flagrante delito, sin atención alguna a la gravedad que pudiera revestir ese delito o a la posible relación que tuviera el acto de la detención con el ejercicio de las funciones representativas, cosa que sí es tenida en cuenta en otros textos constitucionales;⁴³ por lo que

³⁹ Se han escrito, al menos, dos libros de divulgación al respecto: en Italia el de Sergio RIZZO y Gian Antonio STELLA: *La casta. Così i politici italiani sono diventati intoccabili*, Rizzoli, 2007; en España, Daniel MONTERO: *El increíble chollo de ser político en España*, La Esfera de los Libros, Madrid, 2009.

⁴⁰ *La clase política*, Fondo de Cultura Económico, 2004; véase también el estudio de Gianfranco PASQUINO *La classe politica*, Il Mulino, 1999

⁴¹ *El político y el científico*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

⁴² Sobre esta cuestión, y para el caso italiano, véanse el ya citado trabajo de FERRAJOLI *Poderes salvajes...*, págs. 52 y sigs., y Ermanno VITALE *Difendersi dal poteri. Per una resistenza costituzionale*, Laterza, Roma/Bari, 2010.

⁴³ Así, por ejemplo, el artículo 30 de la Norma Fundamental de Finlandia prevé que «no se podrá detener o privar de su libertad a un Diputado... sin el consentimiento del Parlamento, salvo que existan motivos suficientes para considerarlo culpable de un delito para el que estuviese establecida una pena mínima de seis meses de privación de libertad»; en la misma línea, el artículo 8 de la Constitución de Suecia dispone que si «un miembro del Parlamento es sospechoso de haber cometido un acto criminal, son aplicables las disposiciones de la ley relevantes relativas al arresto, detención o custodia, sólo si se declara culpable o es detenido en el acto, o si la mínima pena por el crimen no es menor a dos años de prisión»; el artículo 13 de la Constitución de Irlanda establece que «los miembros de cada Cámara

respecta a la necesidad de que las Cámaras concedan el suplicatorio para que diputados y senadores puedan ser inculcados o procesados, tal exigencia no existe en Alemania, Francia, Finlandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo o Suecia. Tampoco parece justificable la amplia configuración del fuero jurisdiccional de los parlamentarios, que en España se ha extendido a los diputados autonómicos.⁴⁴

En cuarto lugar, el sistema electoral español, tejido a partir de unos mimbres constitucionales y legales muy rígidos, es un caso paradigmático en el derecho comparado de cómo se puede influir en el sistema de partidos, reduciendo el número de formaciones, beneficiando a los grandes partidos y aumentando la probabilidad de que se produzcan cómodas victorias electorales de la formación mayoritaria. La consecuencia es que tenemos partidos políticos sobrerrepresentados y otros infrarrepresentados, componiendo así un Parlamento que no refleja como debiera las preferencias políticas de los ciudadanos; así, por mencionar el último ejemplo, en las elecciones generales de 20 de noviembre de 2011 el Partido Popular obtuvo el 44,62% de los votos al Congreso de los Diputados pero consiguió el 53% de los escaños.

El propio Consejo de Estado ha señalado «que el sistema electoral del Congreso de los Diputados..., presenta algunos aspectos que podrían ser

del Parlamento, salvo en caso de traición, como se define en esta Constitución, felonía o violación de la paz, *no serán arrestados en los desplazamientos a una cualquiera de las dos Cámaras o dentro de los límites de las mismas*», y el artículo 69 de la Constitución de Luxemburgo dispone que «*la detención de un diputado durante la duración de la sesión* está, salvo caso de flagrante delito, sujeta a la autorización previa de la Cámara». Y en un contexto más próximo, la Constitución francesa (artículo 26) ha previsto que «en materia criminal o correccional, ningún miembro del Parlamento, podrá ser objeto de arresto o de cualquier otra medida privativa o restrictiva de libertad sin autorización de la Mesa de la Cámara de la que forme parte. *Esta autorización no es necesaria en caso de crimen, flagrante delito o condena definitiva*. Por su parte, la Constitución de Portugal dice (artículo 157.3) que «ningún Diputado puede ser detenido o encarcelado sin autorización de la Asamblea, *excepto por delito al que corresponda la pena de prisión referida en el apartado anterior* [límite máximo superior a 3 años] y en flagrante delito.» De manera más directa, la Constitución de los Países Bajos no prevé la inmunidad.

⁴⁴ Con los parlamentarios autonómicos concurre una circunstancia adicional que hace menos defendible el aforamiento: mientras que cuando se trata de diputados y senadores el conocimiento de sus causas penales por el Tribunal Supremo impide que contra la sentencia condenatoria se pueda presentar un recurso ante una instancia superior (al margen del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional), cuando se trata de actuaciones penales contra parlamentarios autonómicos por delitos presuntamente cometidos en la Comunidad sí se puede presentar un recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

susceptibles de mejora, en aras de garantizar la igualdad de electores y partidos políticos en el proceso electoral y de revalorizar la participación de los ciudadanos en la designación de sus representantes... Un avance en este sentido podría comportar efectos beneficiosos para el fomento de la participación política de los ciudadanos y una mayor implicación de éstos en el funcionamiento democrático de las instituciones, en línea con lo ya dispuesto en la inmensa mayoría de los ordenamientos europeos».⁴⁵

En el caso italiano, la vigencia de un sistema electoral (la Ley nº 270/2005) con un ingente premio en escaños a la coalición electoral que obtuviera la mayoría relativa ha implicado, como recuerda Ferrajoli, que la coalición vencedora pudiera acreditarse como mayoría absoluta, «sustituyendo en la propaganda la realidad por la ficción jurídica».⁴⁶ Tales previsiones, como declaró el Tribunal Constitucional italiano al decidir, en fechas recientes, que esa normativa era inconstitucional, alteraban «el circuito democrático» basado en el principio de esencial igualdad del sufragio y producían «un'alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica, sulla quale si fonda l'intera architettura dell'ordinamento costituzionale vigente». Esa legislación consagraba, además, una relación entre representantes y formaciones políticas que los postulaban en las candidaturas electorales que, postergando de manera desproporcionada la libertad del elector, venía a sustituir a la vinculación representantes-ciudadanos, propia de un sistema democrático.⁴⁷

Una quinta razón que explica la creciente desafección ciudadana es la ausencia de procesos deliberativos públicos sobre las decisiones más relevantes para la comunidad. Si, en palabras de Habermas, el grado de vitalidad de una democracia se mide por el papel que desempeñan la deliberación,

⁴⁵ *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral, Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado/CEPC, Madrid, 2009, págs. 157 y sigs. de la edición en papel, 207 y sigs. de la edición electrónica: <<http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf>>; véase, en particular, el estudio de FRANCISCO BASTIDA FREJEDO: «Proporcionalidad inversa en la representación e inconstitucionalidad de LOREG. Propuesta para una reforma»..., págs. 705 y sigs., que considera inconstitucional el vigente sistema al invertir en la composición del Congreso de los Diputados la orientación política expresada por la ciudadanía en las urnas

⁴⁶ *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011, pág. 46.

⁴⁷ Sentencia nº 1 de 2004, de 4 de diciembre de 2013; puede leerse, así como los numerosos comentarios que ha suscitado, en <<http://www.giurcost.org/decisioni/2014/0001S-14.html>>

la reflexión y el espíritu crítico en la marcha de los asuntos públicos,⁴⁸ se podría concluir que la democracia de algunos Estados, singularmente el español, tiene una escasísima vitalidad.

Podrían mencionarse diversos ejemplos sobre la escasa deliberación realmente existente en nuestras instituciones representativas, como el uso desmedido de la figura del Decreto-Ley —en la vigente Legislatura, con un Gobierno que cuenta con el respaldo de la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a 1 de agosto de 2014 se aprobaron 76 Leyes orgánicas y ordinarias y 56 Decretos-ley— o la crónica imposibilidad, debida a los Reglamentos parlamentarios, de someter al Gobierno a un control parlamentario eficaz. Nos limitaremos a recordar lo ocurrido con la reforma del artículo 135 de la Constitución, publicada oficialmente el 27 de septiembre de 2011.⁴⁹ Lo llamativo no es ya que entre la fecha de la entrada de la Proposición en el Congreso de los Diputados y aprobación y publicación transcurriera un mes sino que la tramitación parlamentaria en sentido estricto duró 9 días: el 30 de agosto el Pleno del Congreso acordó tomar en consideración la Proposición de Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 26 de agosto de 2011, así como su tramitación directa y en lectura única.⁵⁰

Las Cortes Generales dedicaron exactamente 6 horas y 10 minutos a debatir en sus respectivos Plenos la segunda reforma de la Constitución llevada a cabo en 33 años. En ese lapso horario hubo, además, tiempo para que tomaran posesión varios parlamentarios, se aprobaran actas anteriores y, sobre todo, se debatieran y rechazaran enmiendas a la Proposición. Si

⁴⁸ *La teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid, 1987, vol. II, pág. 118.

⁴⁹ Para una panorámica de los trámites seguidos puede consultarse la página del Congreso de los Diputados: http://www.congreso.es/consti/constitucion/reforma/segunda_reforma.htm; véase el número monográfico de *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, primer semestre de 2012.

⁵⁰ Entre las 10.05 y las 12.40 de la mañana del día 2 el Pleno del Congreso debatió y aprobó por 316 votos a favor y 5 en contra la Proposición de Reforma constitucional. En la misma fecha, la Presidencia del Senado, de acuerdo con la Mesa, y oída la Junta de Portavoces, aprobó el calendario de tramitación de la Proposición en los siguientes términos: 1. Publicación: sábado 3 de septiembre de 2011. 2. Plazo de presentación de enmiendas: hasta el lunes 5 de septiembre de 2011, a las 20 horas. 3. Reunión de la Comisión: martes 6 de septiembre de 2011, a las 13 horas. 4. Plazo de presentación de votos particulares: hasta las 20 horas del martes 6 de septiembre de 2011. 5. Aprobación por el Pleno: miércoles 7 de septiembre de 2011, a las 16 horas. Entre las 16 horas del día 7 y las 19.35 el Pleno del Senado debatió y aprobó definitivamente la reforma por 233 votos a favor y 3 en contra.

añadimos el tiempo empleado para aprobar la toma en consideración de la Proposición y la aplicación del procedimiento de lectura única sumaremos otras 2 horas y 40 minutos en el Pleno del Congreso y 55 minutos en la Comisión Constitucional del Senado.⁵¹

Por último, ya se ha dicho más arriba que en el Estudio de junio de 2014, el Centro de Investigaciones Sociológicas concluye que la corrupción y el fraude son considerados el segundo problema de la sociedad (38,8%) y buena parte de esa corrupción se asocia a los que ejercen las instituciones y los poderes públicos en los diferentes ámbitos y a los propios partidos políticos como beneficiarios o artífices.⁵²

A lo anteriormente expuesto puede objetarse, con razón, que la desconfianza en las instituciones representativas y en los partidos no es un fenómeno reciente: Hans Kelsen habló, ya en 1920, de la «fatiga del parlamentarismo» y apeló a la necesaria democratización de los partidos y de las instituciones representativas.⁵³ Y se podría ir mucho más atrás en el tiempo: Pierre Rosanvallon recuerda que en *An Agreement of the People*,

⁵¹ Como recordó en ese debate el Diputado Erkoreka, y como explica con detalle el profesor ARROYO GIL, para realizar una reforma similar en Alemania, se constituyó la «Comisión para la modernización de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder», cuya actividad se prolongó durante 2 años, en los que tuvieron lugar 19 sesiones de trabajo y durante los cuales se generaron más de 170 informes y dictámenes, así como alrededor de 120 documentos de trabajo, individuales y conjuntos, elaborados por los propios miembros de la Comisión y por otros representantes públicos, instituciones, expertos y especialistas de diversas disciplinas, todos ellos fácilmente accesibles a través de la página web del *Bundestag*; «La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República Federal de Alemania», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, nº 10, 2010, págs. 40 y sigs.; la cita es de las págs. 45 y 46 en la versión en papel; puede consultarse en formato electrónico en http://www10.gencat.cat/drep/binaris/_reaft0_Arroyo_tcm112-124465.pdf.

⁵² Según el Índice de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional, y referido al año 2013, España obtiene una puntuación de 59 (6 puntos inferior a la del ejercicio anterior) y ha descendido 10 puestos en el citado Índice, quedándose en el puesto número 40 del ranking global. http://www.transparencia.org.es/IPC/C2%B4s/IPC_2013/Nota_de_Prensa_IPC_2013.pdf

En el Barómetro Global de la Corrupción del año 2013 que elabora esa misma organización en 51 países de todo el mundo, se considera a los partidos políticos como la institución más corrupta; entre dichos países están España, Alemania, Bélgica, Estados Unidos, Brasil, Canadá, Francia, Italia, México, Noruega, Portugal, Reino Unido y Suiza; puede verse en http://www.transparencia.org.es/BAROMETRO_GLOBAL/Bar%C3%B3metro_Global_2013/Tabla%20sint%C3%A9tica%20Bar%C3%B3metro%202013.pdf

⁵³ *Esencia y valor de la democracia*, KRK, Oviedo, 2006, págs. 90 y 113.

de 1 de mayo de 1649,⁵⁴ por una parte se reivindican las libertades civiles y religiosas, el jurado, el sufragio, la limitación de los mandatos electivos, el acceso a los cargos públicos..., pero, por otro lado, ya se previene contra la dolorosa experiencia de la corrupción del poder, la prevalencia de los intereses particulares sobre los generales y la transformación de la representación en dominación.⁵⁵

La cuestión radica en que, a diferencia de lo ocurrido en siglos anteriores, hoy el proceso de progresiva democratización —universalización del sufragio, existencia de nuevos instrumentos de participación, canales de información alternativos al, por otra parte, cuestionado *cuarto poder*, calificado en su día por Edmund Burke como «el más importante de todos»...—⁵⁶ propicia nuevas reivindicaciones que, en palabras de Ulrich Beck, convierten la mera votación en algo insuficiente y propio de la paz y del carácter autoritario de las relaciones dominantes. La democracia *realizada* exige una noción distinta de lo político y otras instituciones más ajustadas a unos ciudadanos conscientes de sus derechos y dispuestos a la participación. En suma, la cesura creciente y cada vez más perceptible entre las reclamaciones ciudadanas y su representación en el espectro de los partidos dota de más fuerza y apoyo a las iniciativas ciudadanas y a los nuevos movimientos sociales.⁵⁷

Eso no tiene que desembocar, de acuerdo con Rosanvallon, en el advenimiento de la impolítica,⁵⁸ pues no se trata de «despolitizar la democracia» sino, por el contrario de «repolitizarla», de darle más centralidad a lo político y eso implica, como señala el autor francés, que progresen, al mismo tiempo, la calidad de la regulación democrática y la atención a la construcción democrática.⁵⁹ En lo que a los partidos políticos respecta, ya han

⁵⁴ <<http://www.strecorsoc.org/docs/agreement.html>>

⁵⁵ *La contra-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Éditions du Seuil, París, 2006; hay versión española: *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Manantial, 2007. Las citas se referirán a la edición original en francés; aquí a la pág. 11.

⁵⁶ Según Thomas CARLYLE —*On Heroes, Hero-Worship, & the Heroic in History. Six Lectures. Reported with emendations and additions*, James Fraser, Londres, pág. 392, Burke dijo: «there were three Estates in Parliament, but in the Reporters Gallery yonder, there sat a fourth Estate more important far than they all».

⁵⁷ *Ob. cit.*..., págs. 313 y sigs.

⁵⁸ Véase, sobre este concepto, el libro de Roberto ESPOSITO, *Categorie dell'impolitico*, Il mulino, Bolonia, 1999 (segunda edición).

⁵⁹ *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad...*, págs. 303 y 304.

quedado apuntadas algunas orientaciones procedimentales y sustanciales que podrían contribuir a recuperar, al menos en parte, la confianza ciudadana en su papel como instrumentos necesarios al servicio de la necesaria regeneración democrática.

V. EL NUEVO AUGE DE LOS MOVIMIENTOS CIUDADANOS QUE EXIGEN UNA DEMOCRACIA MÁS PARTICIPATIVA: EL CASO DEL 15M

Los movimientos sociales,⁶⁰ tal y como se conocen hoy, surgieron a finales del siglo XVIII en Inglaterra y arraigaron en el resto de Europa y Estados Unidos gracias a una serie de cambios a su vez conectados entre sí: un gobierno reforzado, un pueblo que se organiza para reclamar a ese gobierno, una élite política propensa a afirmar que gobierna en nombre del pueblo, la mejora del transporte y de las redes comerciales que acercaron sociedades antes alejadas, la aparición de nuevos medios de comunicación...⁶¹

De acuerdo con Charles Tilly, y a la vista de su desarrollo desde 1750, los movimientos sociales han sido el resultado de la síntesis de tres elementos: 1.— un esfuerzo público, organizado y sostenido por trasladar a las autoridades pertinentes las reivindicaciones colectivas (la *campaña*); 2.— el uso combinado de alguna de las siguientes formas de acción política: creación de coaliciones y asociaciones con un fin específico, reuniones públicas, mítines, manifestaciones, peticiones, declaraciones a y en los medios públicos, y propaganda (*repertorio del movimiento social*); 3.— manifestaciones públicas y concertadas de WUNC de los participantes: valor, unidad, número y compromiso (*demonstraciones de WUNC*).⁶²

Si hay momentos a lo largo de la Historia en los que un número importante de personas ha demandado cambios sociales y políticos —basta citar,

⁶⁰ En este ámbito resultan de cita obligada los estudios de Charles TILLY, el último de los cuales ha sido, en coautoría con Lesley J. WOOD, *Los movimientos sociales, 1768-2008. Desde sus orígenes a Facebook*, Crítica, Barcelona, 2010; la versión original es *Social Movements, 1768-2008*, Paradigm Publishers, 2009 (2010). Según Tilly, ob. cit., pág. 25, la expresión movimiento social la introdujo en los debates académicos Von Stein en 1850 a través de su libro *Historia del movimiento social francés desde 1789 hasta la actualidad* y lo hizo en un contexto en el que era muy reciente el *Manifiesto comunista* (1848) de Marx y Engels.

⁶¹ John MARKOFF: *Waves of Democracy: Social Movements and Political Change*, Pino Grove Press, 1996, pág. 45; hay versión castellana: *Olas de democracia: movimientos sociales y cambio político*, TecNos, Madrid, 1998.

⁶² Ob. cit., págs. 21 y 22.

por ejemplo, lo ocurrido en 1848 y en 1968—, algo similar sucede en los últimos años, en los se puede decir que el mundo se ha visto sacudido por las protestas.⁶³

En un reciente estudio —*World Protests 2006-2013*—⁶⁴ que analiza 843 casos de protestas se refleja un aumento constante año a año en el número global desde 2006 (59 protestas) a mediados de 2013 (112 eventos en tan sólo seis meses).⁶⁵ Y se concluye, entre otras cosas, que si bien la demanda amplia de justicia económica es de gran importancia, el dato que más da que pensar es la abrumadora reclamación (en 218 manifestaciones) a favor de una «democracia real», resultado de la creciente concienciación entre la gente de que los gobiernos y diseñadores de políticas públicas no han priorizado a la ciudadanía, de una frustración con los sistemas políticos tradicionales, y una falta de confianza en los partidos políticos en escena, sean de izquierda o derecha. Esta petición de «Democracia real» y la crisis de representación política que expresa, se manifiesta en sociedades con cualquier tipo de sistema político, no sólo en países con gobiernos autoritarios sino también en democracias representativas en las que no se percibe que se escuchen las necesidades y demandas de la ciudadanía.

Esta preocupación por la «democracia real» nos permite conectar los movimientos sociales de los últimos años con los que se desarrollaron entre los años 60 y 70 del siglo pasado, que reivindicaban el aumento del peso de

⁶³ Véase el estudio de A. SCHIFFRIN/E. KIRCHER-ALLEN: *From Cairo to Wall Street: Voices from the Global Spring*, The New Press, 2012; también Werner PUSCHRA/Sara BURKE (eds.): *The Future We the People Need Voices from New Social Movements in North Africa, Middle East, Europe & North America*, Friedrich Ebert Stiftung, Nueva York 2013, <<http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/09610-20130215.pdf>>

⁶⁴ Isabel ORTIZ/Sara BURKE/Mohamed BERRADA/Hernán CORTÉS, Initiative for Policy Dialogue and Friedrich Ebert Stiftung New York, Working Paper, 2013, <http://policydialogue.org/publications/working_papers/world_protests_2006-2013/>

⁶⁵ En este trabajo se insiste en que, coincidiendo con el inicio de la crisis financiera y económica global y su desarrollo, existe un gran incremento de las protestas, especialmente a partir de 2010 con la adopción de las medidas de austeridad en todas las regiones mundiales. El número es mayor en los países de altos ingresos (304 protestas), seguido de América Latina y el Caribe (141 protestas), Asia del Este y el Pacífico (83 protestas) y el África Subsahariana (78 protestas). El análisis de la región de Oriente Próximo y el Norte de África (7) muestra que las protestas también eran predominantes con anterioridad a la Primavera Árabe. En lo que respecta a los disturbios violentos que se han contado en el estudio, la mayoría ocurrieron en países de ingresos bajos (48% de todos los disturbios) y fueron causados, de forma principal, por los aumentos en los precios de la energía y de los alimentos en esos países.

los ciudadanos en detrimento del de las instituciones y los partidos políticos. Si las cosas son así, se habría producido un nuevo cambio en el devenir de esos movimientos, pues, según Rosanvallon, lo que estaba en juego en los primeros años del siglo XXI eran mecanismos participativos promovidos por los propios Gobiernos y, desde el punto de vista de los ciudadanos implicados en esas experiencias, la centralidad de las instancias representativas es incuestionable.⁶⁶ A la vista de los datos mostrados en el gráfico anterior y de lo ocurrido en España y en otros países en los primeros años de la segunda década del siglo XXI se puede afirmar que se está produciendo un cuestionamiento, sino de la centralidad, sí del funcionamiento de las instituciones representativas y los estudios sociológicos antes citados sobre la valoración de los parlamentos y de los partidos parecen demostrarlo.

Este cambio de orientación no supone, y en eso sí compartimos las conclusiones de Rosanvallon, que se pretenda la instauración de una democracia participativa en el sentido general de la expresión, pero sí, desde luego, de un «nuevo espíritu democrático» y de una democracia *más* participativa.

Al respecto, cabe hablar del movimiento 15M español, que ha tenido una amplia repercusión en otras latitudes.⁶⁷ Si, en palabras de Charles Tilly, un

⁶⁶ *La legitimidad democrática...*, págs. 276 y sigs.

⁶⁷ Me he ocupado de esta cuestión en *El 15M y la promesa de la política*, Bubok, 2014; puede descargarse en http://www.bubok.es/libros/230038/El_15M_y_la_promesa_de_la_politica

Sobre diferentes cuestiones vinculadas al 15M, pueden verse los trabajos de Joan SUBIRATS: *Otra sociedad, ¿otra política?: De «No nos representan» a la democracia en común*, Icaria, 2011; Carlos TAIBO: *Nada será como antes. Sobre el movimiento 15-M, y El 15-M en sesenta preguntas*, ambos en Libros de la Catarata, Madrid, 2011; Pilar VELASCO: *No nos representan: el manifiesto de los indignados en 25 propuestas*, Temas de Hoy, Madrid, 2011; VARIOS AUTORES: *Juventud sin futuro*, Icaria, 2011; VARIOS AUTORES: *La rebelión de los indignados: Movimiento 15M: Democracia real, ¡ya!*, Editorial Popular, 2011; VARIOS AUTORES: *Nosotros, los indignados: las voces comprometidas del 15M*, Destino, 2011; VARIOS AUTORES: *Las voces del 15-M*, Libros del lince, 2011; Kerman CALVO/Teresa GÓMEZ-PASTRANA/Manuel JIMÉNEZ/Luis MENA: «Especial 15-M», *Zoom Político*, n° 4, 2011, <http://www.falternativas.org/laboratorio/libros-e-informes/zoom-politico/especial-15-m>; Tiina LIKI: «15M Revisited: A Diverse Movement United for Change», *Zoom Político*, n° 11, 2011, <http://www.falternativas.org/laboratorio/libros-e-informes/zoom-politico/15m-revisited-a-diverse-movement-united-for-change>; VARIOS AUTORES: *Les veus de les places*, Icaria, 2011, http://www.icariaeditorial.com/pdf_libros/Les%20veus%20de%20les%20places.pdf; Arcadi OLIVERES: *¡Ya basta!*, Angle Editorial, Barcelona, 2012; Marcos ROITMAN ROSENMAN: *Los indignados: el rescate de la política*, Akal, 2012; Eugenio del RÍO: *De la indignación de ayer a la de hoy*, Talasa, Madrid, 2012, págs. 209 y sigs.; VARIOS AUTORES: «Democracia, participación y representación», n° 46 de los *Anales de la Cátedra Francisco*

movimiento social resulta de la síntesis de un esfuerzo público, organizado y sostenido por trasladar a las autoridades pertinentes las reivindicaciones colectivas (*campana*), el uso combinado de reuniones públicas, manifestaciones, peticiones... (*repertorio del movimiento social*), y manifestaciones públicas y concertadas de valor, unidad, número y compromiso (*demonstraciones de WUNC*),⁶⁸ se puede concluir sin muchas dudas que el 15M es un movimiento social.

En cuanto a la campaña, en febrero de 2011 el grupo *Estado de malestar* ya anunciaba la celebración de reuniones «en diferentes ciudades españolas todos los viernes de forma pacífica para exigir una actuación transparente de todos los actores sociales de nuestro país, basada en los derechos y las libertades fundamentales». Las primeras tuvieron lugar los días 19 y 26 de ese mes. En los primeros días de marzo empieza a organizarse de manera estable *Juventud sin Futuro*⁶⁹ y convoca una manifestación para el 7 de abril contra los recortes sociales. En la pancarta que abrió la manifestación se podía leer: «esto es solo el principio...»

De manera simultánea se van sistematizando una serie de propuestas, que cuajarán en 8 apartados,⁷⁰ y se convocan las manifesta-

Suárez, 2012; <<http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/index>>; Félix OVEJERO LUCAS: *¿Idiotas o ciudadanos?: El 15-M y la teoría de la democracia*, Montesinos, 2013.

Con unas pretensiones de globalidad: María Jesús FUNES RIVAS (ed.): *A propósito de Tilly: conflicto, poder y acción colectiva*, CIS, Madrid, 2011; María Eugenia RODRÍGUEZ PALOP: *Claves para entender los nuevos derechos humanos*, Libros de la Catarata, Madrid, 2011; Carlos SEVILLA/Joseba FERNÁNDEZ/Miguel URBÁN (eds.): *Ocupemos el mundo! Occupy the world!*, Icaria, 2012; Josep María ANTENTAS/Esther VIVAS: *Planeta indignado. Ocupando el futuro*, Sequitur, Madrid, 2012; Donatella DELLA PORTA/Mario DIANI: *Los movimientos sociales*, CIS/UCM, Madrid, 2012; Manuel CASTELLS: *Redes de indignación y esperanza: los movimientos sociales en la era de Internet*, Alianza, Madrid, 2012.

⁶⁸ *Ob. cit.*, págs. 21 y 22.

⁶⁹ Amplia información en el libro *Juventud sin futuro*: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=explorer&chrome=true&srcid=0B65mTZ_cwHNUODziZjhkMmYtoddimsOoMTM3LWJiOGMtNmZjZGRiMWEyYzZm&hl=en_US&pli=1>

⁷⁰ 1. *Eliminación de los privilegios de la clase política* (control estricto del absentismo de los cargos electos en sus respectivos puestos. Sanciones específicas por dejación de funciones, supresión de los privilegios en el pago de impuestos, los años de cotización y el monto de las pensiones. Equiparación del salario de los representantes electos al salario medio español más las dietas necesarias indispensables para el ejercicio de sus funciones, eliminación de la inmunidad asociada al cargo, imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, Publicación obligatoria del patrimonio de todos los cargos públicos, reducción de los cargos de libre designación), 2. *Contra el desempleo* (reparto del trabajo fomentando las reducciones de jornada y la conciliación laboral hasta acabar con el desempleo estructural

ciones para el 15 de mayo con el lema «Democracia real ¡Ya!», que fi-

—es decir, hasta que el desempleo descienda por debajo del 5%—, jubilación a los 65 y ningún aumento de la edad de jubilación hasta acabar con el desempleo juvenil, bonificaciones para aquellas empresas con menos de un 10% de contratación temporal, seguridad en el empleo: imposibilidad de despidos colectivos o por causas objetivas en las grandes empresas mientras haya beneficios, fiscalización a las grandes empresas para asegurar que no cubren con trabajadores temporales empleos que podrían ser fijos, restablecimiento del subsidio de 426€ para todos los parados de larga duración), 3. *Derecho a la vivienda* (expropiación por el Estado de las viviendas construidas en stock que no se han vendido para colocarlas en el mercado en régimen de alquiler protegido, ayudas al alquiler para jóvenes y todas aquellas personas de bajos recursos, que se permita la dación en pago de las viviendas para cancelar las hipotecas), 4. *Servicios públicos de calidad* (supresión de gastos inútiles en las Administraciones Públicas y establecimiento de un control independiente de presupuestos y gastos, contratación de personal sanitario hasta acabar con las listas de espera, contratación de profesorado para garantizar la ratio de alumnos por aula, los grupos de desdoble y los grupos de apoyo, reducción del coste de matrícula en toda la educación universitaria, equiparando el precio de los posgrados al de los grados, financiación pública de la investigación para garantizar su independencia, transporte público barato, de calidad y ecológicamente sostenible: restablecimiento de los trenes que se están sustituyendo por el AVE con los precios originarios, abaratamiento de los abonos de transporte, restricción del tráfico rodado privado en el centro de las ciudades, construcción de carriles bici, recursos sociales locales: aplicación efectiva de la Ley de Dependencia, redes de cuidadores locales municipales, servicios locales de mediación y tutelaje), 5. *Control de las entidades bancarias* (prohibición de cualquier tipo de rescate o inyección de capital a entidades bancarias: aquellas entidades en dificultades deben quebrar o ser nacionalizadas para constituir una banca pública bajo control social, elevación de los impuestos a la banca de manera directamente proporcional al gasto social ocasionado por la crisis generada por su mala gestión, devolución a las arcas públicas por parte de los bancos de todo capital público aportado, prohibición de inversión de bancos españoles en paraísos fiscales, regulación de sanciones a los movimientos especulativos y a la mala praxis bancaria), 6. *Fiscalidad* (aumento del tipo impositivo a las grandes fortunas y entidades bancarias, eliminación de las SICAV, recuperación del Impuesto sobre el Patrimonio, control real y efectivo del fraude fiscal y de la fuga de capitales a paraísos fiscales, promoción a nivel internacional de la adopción de una tasa a las transacciones internacionales —tasa Tobin—), 7. *Libertades ciudadanas y democracia participativa* (no al control de internet. Abolición de la Ley Sinde, protección de la libertad de información y del periodismo de investigación, referendos obligatorios y vinculantes para las cuestiones de gran calado que modifican las condiciones de vida de los ciudadanos, referendos obligatorios para toda introducción de medidas dictadas desde la Unión Europea, modificación de la Ley Electoral para garantizar un sistema auténticamente representativo y proporcional que no discrimine a ninguna fuerza política ni voluntad social, donde el voto en blanco y el voto nulo también tengan su representación en el legislativo, independencia del Poder Judicial: reforma de la figura del Ministerio Fiscal para garantizar su independencia, no al nombramiento de miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo, establecimiento de mecanismos efectivos que garanticen la democracia interna en los partidos políticos), 8. *Reducción del gasto militar*.

nalmente acabará siendo la seña de identidad de la plataforma, y la proclama «No somos mercancía en manos de políticos y banqueros».

Respecto al repertorio del 15M, son bien conocidas las manifestaciones y reuniones celebradas el 15 de mayo de 2011 y los días posteriores, que continuaron durante las jornadas previas al fin de semana en el que finalizaba la campaña electoral para las elecciones (día 20), se desarrollaba la jornada de reflexión (día 21) y la votación (día 22). Pero el fin de la jornada electoral no supuso la conclusión de las concentraciones, que ya habían adquirido la forma de «acampadas» en diversas ciudades y que eran especialmente numerosas en la Puerta del Sol de Madrid y la Plaça de Catalunya de Barcelona. Sin extendernos sobre el particular, basta recordar que tras la finalización de las acampadas ha habido movilizaciones masivas del 15M, por mencionar algunos ejemplos, el 15 de octubre y el 15 de diciembre de 2011, el 12 de mayo de 2012...

En tercer lugar, y a propósito de las manifestaciones públicas y concertadas de valor, unidad, número y compromiso (*demonstraciones de WUNC*), hay que recordar que el *valor* se evidenció con la presencia en las manifestaciones y concentraciones de personas de diferente edad y condición, de familias, grupos de amigos... al conjunto de los cuales se denominó, en una terminología tomada del opúsculo de Stéphane Hessel *Indignaos*,⁷¹ ampliamente glosado en los medios de comunicación convencionales, *indignados*; la *unidad* se articuló a través de la asunción de reivindicaciones que se comparten —los 8 puntos mencionados— y consignas comunes —la más famosa, *¡No nos representan!*—; el *número* quedó patente en la extraordinaria afluencia ciudadana a las manifestaciones y concentraciones y, durante cierto tiempo, a las acampadas; finalmente, el *compromiso* se puso a prueba en la reiteración de convocatorias y la persistencia de las demandas, algunas de las cuales han dado, a su vez, lugar a movimientos más «especializados», como la *Plataforma de Afectados por la Hipoteca* y *Stop Desahucios*, que, además de promover una iniciativa legislativa popular que aglutinó a casi millón y medio de personas, han conseguido paralizar centenares de desahucios y que tanto el Gobierno como diversas entidades bancarias reconozcan la magnitud de este problema,⁷² aunque las pretendidas soluciones legislativas no hayan sido tales, ni siquiera en el mero plano

⁷¹ Destino, Barcelona, 2011.

⁷² <<http://www.stopdesahucios.es/>> y <<http://afectadosporlahipoteca.wordpress.com/>>; véase la iniciativa legislativa popular articulada en la Proposición de Ley de regulación

procesal, como ha declarado ya en dos ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.⁷³

A lo anterior hay que añadir, como elemento fundamental del 15M, la enorme incidencia de herramientas electrónicas como los *blogs*, *facebook* y *twitter*,⁷⁴ que no solo sirvieron como vía de comunicación global y de debate, no pocas veces encendido, dentro del *movimiento*, y de éste con la sociedad,⁷⁵ sino como un potente mecanismo de denuncia para llevar a cabo actuaciones concretas: las llevadas a cabo para frenar los procesos de desahucio de personas en situación de especial vulnerabilidad son un buen ejemplo.⁷⁶

de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social, <http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/D_008>.

⁷³ En la sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto *Aziz* C-415/11, se concluyó que «la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final»; en la sentencia de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14, que «el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva».

⁷⁴ Sobre la incidencia de y en Twitter (y algo más): Eva María FERRERAS RODRÍGUEZ: *Redes sociales y cambio social. El movimiento 15-M y su evolución en Twitter*, *Revista Telos (Cuadernos de Comunicación e Innovación)*, nº 89, 2011, disponible en <http://sociedadinformacion.fundacion.telefonica.com/seccion=1266&idioma=es_ES&id=2011102410330001&activo=6.do>

⁷⁵ <<http://www.facebook.com/Take.the.Square>>; <<http://takethesquare.net/>>; <<http://globevolution.tv/>>; <<http://www.facebook.com/SpanishRevolution>>

⁷⁶ <<http://www.stopdesahucios.es/>>

Constatado el carácter de movimiento ciudadano del 15M nos parece oportuno estudiar, de manera breve, si es una parte de la sociedad civil que, en la línea defendida por Habermas, asume y condensa el eco que los problemas sociales encuentran en los ámbitos de la vida privada, proyectándolo y amplificándolo sobre la esfera política pública,⁷⁷ o si responde más bien a la idea de Bruce Ackerman, quien, refiriéndose a Estados Unidos, recuerda que desde 1776 cada generación ha mirado a las instancias políticas y ha descubierto que el gobierno del momento se encaminaba de manera decidida a la opresión, a lo que se ha venido dando la misma respuesta: un movimiento opositor se organiza al margen de las instituciones para rescatar al gobierno de la corrupción en nombre de «nosotros, el pueblo», tratando así de reorientar el futuro constitucional del Estado.⁷⁸

La referencia a Ackerman adquiere particular relevancia pues, como es bien conocido, no es un apologeta ni de la «democracia radical», defendida por Habermas como una forma caracterizada por la preeminencia del espacio público⁷⁹ ni mucho menos de la «contrademocracia» postulada por Rosanvallon, sino que más bien, en la línea compartida por John Rawls,⁸⁰ propugna un respeto absoluto a la organización y funcionamiento de las instituciones representativas, con un escaso protagonismo del «pueblo» en circunstancias políticas «normales», si bien ese letargo de la opinión pública desaparecerá en las circunstancias excepcionales, en los «momentos constitucionales».⁸¹

Mientras para Habermas el proceso deliberativo debe tener una vocación de continuidad y la sociedad civil debe ser una red de redes donde se formulen necesidades, se elaboren propuestas políticas concretas y se controle la realización efectiva de los mandatos constitucionales, Ackerman atiende a los momentos constitucionales en los que surge un *movimiento* integrado por los activistas, un grupo numeroso de ciudadanos dispuestos a dedicar una gran cantidad de tiempo y de esfuerzos para conseguir una nueva agenda constitucional.

⁷⁷ *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, pág. 447.

⁷⁸ «The Living Constitution», *Harvard Law Review*, nº 7, vol. 120, 2007, pág. 1757; puede consultarse en <http://hlr.rubystudio.com/media/pdf/ackerman.pdf>. Hay traducción al castellano de Carlos M. Enríque con el título *La Constitución viviente*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2011.

⁷⁹ *La necesidad de revisión de la izquierda*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 136, y 251 y sigs.

⁸⁰ *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993.

⁸¹ *We the People. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.

Sostiene Ackerman, recordando esos movimientos, que los republicanos *jeffersornianos* no se habían vuelto paranoicos cuando reclamaban una segunda revolución norteamericana para salvar a la república de los federalistas «monocráticos». Con independencia de lo que podamos pensar de su diagnóstico, ellos lo creían con firmeza y, lo que no es menos importante, actuaban en consecuencia, y lo mismo ocurrió después con los republicanos *Free Soil* de Lincoln, los demócratas del *New Deal* de Roosevelt o la *derecha religiosa* de George W. Bush,⁸² a los que se podría añadir, en mi opinión, el *Tea Party* y su propuesta del *Contract for America*⁸³ como nueva agenda constitucional.

Pues bien, a propósito del *15M* se podría decir, en primer lugar, que en su momento fundacional está presente ese impulso opositor que describe Ackerman: se organiza un movimiento desde la política no institucional para «rescatar al gobierno de la corrupción en nombre de nosotros, el pueblo, y redefinir el futuro constitucional» de España, y su eclosión se debe, en buena medida, a las circunstancias especialmente graves por las que está atravesando el país, en especial en el ámbito laboral, económico y social,⁸⁴ así como a la creciente desafección que por las instituciones políticas siente la ciudadanía y a la que ya se ha hecho mención.⁸⁵

⁸² Ackerman, «The Living Constitution», *ob. cit.*..., pág. 1760.

⁸³ Que incluye 10 puntos: 1.— Identify constitutionality of every new law; 2.— Reject emissions trading; 3.— Demand a balanced federal budget: Begin the Constitutional amendment process to require a balanced budget with a two-thirds majority needed for any tax modification; 4.—Simplify the tax system; 5.— Audit federal government agencies for constitutionality; 6.— Limit annual growth in federal spending; 7.— Repeal the health care legislation passed on March 23, 2010; 8.— Pass an ‘All-of-the-Above’ Energy Policy; 9.— Reduce Earmarks; 10.— Reduce Taxes.

⁸⁴ En mayo de 2011 España era el país de la Unión Europea con una tasa más alta y el único que superaba el 20% (20'9%); la tasa de pobreza era también de las más altas de Europa (20'8%) y a finales de año la situación económica era próxima al colapso: <<http://www.ine.es/prensa/cntro411.pdf>>; en abril de 2014 la tasa de paro en España era del 25'1%.

⁸⁵ Según el Centro de Investigaciones Sociológicas, la situación política a lo largo de 2011 era considerada regular en el mejor mes (octubre) por el 19.8.% de las personas y en el peor por el 27'2% (diciembre); mala en el mejor mes (marzo) por el 37'5% y en los peores (enero y octubre) por el 40'2%, y muy mala en el mejor mes (diciembre) por el 22.2% y en el peor (octubre) por el 33.4%; <http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/sA301010020.html>; En el Barómetro del CIS de octubre de 2011 todas las instituciones, salvo las Fuerzas Armadas, suspendían en el grado de confianza, siendo las peor valoradas los partidos políticos, el Gobierno y las Cortes Generales; en el caso de la Monarquía fue la primera vez que ocurría. El primer sentimiento que genera

Y como los activistas que menciona Ackerman, también en las concentraciones que se realizaron en las plazas españolas había un gran número de personas dispuestas a invertir buena parte de su tiempo y esfuerzo en la consecución de una nueva agenda constitucional. Eso explica no solo la gran afluencia de personas a las asambleas celebradas durante los meses de mayo, junio y julio de 2011, sino también que surgieran múltiples grupos en los barrios de las grandes ciudades, y en pueblos y villas de tamaño pequeño y mediano, así como el indudable éxito de convocatoria que tuvo la llamada «Unidos por un cambio global» a una manifestación de carácter mundial el 15 de octubre de 2011, llegando a 951 ciudades de 82 países de los cinco continentes, y las posteriores del 18 de diciembre de 2011 reclamando un nuevo sistema electoral y la del 12 de mayo de 2012, un año después de la primera gran movilización.⁸⁶

En segundo lugar, la implicación constante y el esfuerzo de un número considerable de personas ha permitido que en los meses siguientes se fueran desarrollando multitud de actividades de diversa índole,⁸⁷ y que algunas de las reivindicaciones y propuestas se hayan mantenido en el debate social y político, y hayan tenido acogida en las instituciones: así, por ejemplo, el 15 de diciembre de 2011 se presentó en varios Parlamentos autonómicos una petición avalada por miles de personas, al amparo del derecho reconocido en el artículo 29 de la Constitución, para que esas Cámaras promoviesen una reforma de la Norma Fundamental en tres artículos: el artículo 87. 3 sobre las iniciativas legislativas populares, el 92 sobre los referendos y el 166 que excluye de la iniciativa popular el procedimiento de reforma de la Constitución.⁸⁸

Esta petición fue admitida a trámite por el Parlament de Cataluña, las Cortes de Aragón y de Castilla y León, y los Parlamentos de Navarra y Cantabria, y fue remitida a los respectivos Grupos Parlamentarios para que, en su caso, la

la palabra política es desconfianza (39'2%) y el segundo irritación (para el 22%). <http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2900_2919/2914/Es2914.pdf.

⁸⁶ <<http://www.democraciarealya.es/blog/2012/04/25/el-12-de-mayo-%C2%A1tomala-calle/>>; <<http://tomalaplaza.net/>>.

⁸⁷ Pueden verse en <<http://tomalaplaza.net/>>.

⁸⁸ Más información en <<http://porlademocraciadirecta.org/>>. En Asturias se presentaron 7.700 firmas avalando la petición colectiva, 1.463 en Aragón, en Castilla-La Mancha 700, 3.000 en Castilla y León, 1.000 en Cataluña y en Cantabria, 400 en La Rioja, más de 1.000 en Galicia,...

respaldasen. El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en la Junta General del Principado de Asturias asumió esta iniciativa y la registró el 5 de diciembre de 2012, lo que hizo posible que el 24 de mayo de 2013 se debatiera, por vez primera en la historia constitucional española, una iniciativa de reforma constitucional procedente de una petición ciudadana.⁸⁹ Tras el debate, la iniciativa fue tomada en consideración y, luego, aprobada, con algunas enmiendas, por la Comisión de Presidencia del Parlamento asturiano. El 19 de septiembre de 2014 el Pleno del Parlamento asturiano aprobó, por 23 votos a favor y 22 en contra, remitir esta propuesta al Congreso de los Diputados.

Otro ejemplo bien conocido de actuación llevada a cabo por las asambleas y grupos vinculados al movimiento 15-M lo constituyen las organizaciones y plataformas que, como se dijo más arriba, han paralizado centenares de desahucios. Y, para finalizar, tampoco parece ajeno a las demandas del 15M el compromiso asumido por la práctica totalidad de las formaciones políticas que concurrieron a las elecciones del 20 de noviembre de 2011 de adoptar una Ley de Transparencia —España era de los pocos países europeos que no la tenía—, lo que, finalmente, desembocó en la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Si los ejemplos anteriores encajan en la conceptualización de movimiento descrita por Ackerman, lo cierto es que en el 15M también están bien presentes los rasgos con los que caracteriza Habermas a estos fenómenos: se advierte una vocación de continuidad; también cuenta con una articulación reticular, de la que son buena prueba los centenares de asambleas y su pretensión, no siempre lograda, de funcionamiento coordinado; asimismo, como ya se ha mencionado, se han venido elaborando propuestas políticas concretas, lo que desmiente su calificación como movimiento puramente de protesta y no de propuesta, y se pretende un control eficaz del cumplimiento, por parte de las instituciones, de la realización efectiva de los principios democráticos.

Debe insistirse en que la mayoría de las reclamaciones de *Democracia real ¡ya!*, ni son propuestas inéditas en espacios académicos, políticos y sociales, ni mucho menos propias de movimientos *anti-sistema*, si por tales

⁸⁹ <<http://www.presspeople.com/pr/iu-lleva-junta-modificacion-constitucion-plantea>>; <<http://www.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=1308875>>; <<http://anleo.jgpa.es:8080/documentos/Boletines/PDF/9A-1601.pdf>>.

se entienden los que rechazan las instituciones. De hecho, varias de sus propuestas ya habían sido reclamadas con antelación por varias formaciones políticas integradas *en el sistema* (reforma del Ministerio Fiscal para garantizar su independencia, modificación de la Ley Electoral para alcanzar un sistema auténticamente representativo y proporcional, reducción de los cargos de libre designación...), por instituciones *del sistema* como el Consejo de Estado (modificación de la Ley Electoral)⁹⁰ o el Consejo General del Poder Judicial (cuestionamiento de la propuesta de desarrollo de la *Ley Sinde*) e, incluso alguna ya ha sido aprobada, al menos en parte, por *el propio sistema* y ha entrado en vigor, quizá por casualidad o más bien por causalidad, en fechas bien próximas (publicación obligatoria del patrimonio de los cargos públicos).⁹¹

En suma, el 15M ha aportado protestas y propuestas, con lo que incluye elementos *habermasianos* y *ackermansianos*.

Y volviendo a las causas que, históricamente, han venido explicando el surgimiento de un movimiento social, vemos que las mismas también concurren en el nacimiento del 15M: ya se ha hablado de la existencia de un poder ejecutivo muy reforzado; la ciudadanía que se organizó en su momento lo hizo para reclamar a ese gobierno una serie de medidas concretas; se aprecia, al menos desde la perspectiva de los promotores de ese movimiento, que existe una élite política propensa a afirmar que gobierna en nombre del pueblo, mientras que la percepción de los descontentos es que *no les representan*; también se ha evidenciado la extraordinaria importancia de los nuevos medios de comunicación electrónicos.

⁹⁰ Véase el Informe, ya citado, en <http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf>; las aportaciones académicas están incluidas en el libro, ya mencionado, *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado/CEPC, Madrid, 2009. Es de sumo interés el trabajo de Enrique GUILLÉN LÓPEZ: «El sistema electoral del Congreso de los Diputados. Principios constitucionales y recientes propuestas de reforma (Lo que nunca pudo haber sido y no fue)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 92, 2011, págs. 195 y sigs.

⁹¹ La Ley Orgánica 7/2011, de 15 de julio, de modificación del artículo 160 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General dispuso que «el contenido del Registro de Intereses tendrá carácter público. Las Mesas de las Cámaras, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero de este apartado, acordarán el procedimiento para asegurar la publicidad.»; http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CORT/BOCG/A/CG_A455.PDF; puede verse http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/registro_intereses y <http://www.senado.es/legis9/senadores/index.html>

VI. LA CONTRIBUCIÓN DE LOS MOVIMIENTOS SOCIALES A LA DINAMIZACIÓN DE UNA DEMOCRACIA INACTIVA

En *La condición humana*, Hannah Arendt sostiene que «la libertad para independizarse y emprender algo nuevo y nunca visto, o... la libertad para interactuar por medio del discurso con otros muchos y experimentar la diversidad en la que siempre consiste el mundo en su totalidad: este era, y ciertamente ya no es, el propósito final de la política...» y, en *La promesa de la política*, señala que solo «podemos acceder al mundo público común a todos nosotros, que es el espacio propiamente político, si nos alejamos de nuestra existencia privada...»

En estos textos lo que se reivindica es el entendimiento de la política como un espacio de encuentro entre personas que, por definición, son diferentes y que se juntan para hablar con libertad sobre el mundo en el que viven. «En este sentido política y libertad son idénticas y donde no hay esta última tampoco hay espacio propiamente político».⁹² Y ha sido el abandono de ese espacio común, de nuestra existencia plural, el que, primero, explica el fracaso de la política y, luego, el que conduce al aniquilamiento de la diversidad individual. Como recuerda Arendt, vivir en un mundo real y hablar sobre él con otros es en el fondo lo mismo, y a los griegos la vida privada les parecía «idiota» porque le faltaba esta diversidad del hablar sobre algo y, por tanto, la experiencia de cómo van las cosas en el mundo;⁹³ en las palabras del propio Tucídates, «a quien no toma parte en estos asuntos lo consideramos no un despreocupado, sino un inútil».⁹⁴

Y si algo ha supuesto el nuevo auge de los movimientos sociales durante la segunda década del siglo XXI, con toda su heterogeneidad, sus contradicciones y problemas internos, es el afán de centenares de miles de personas por independizarse del corsé en el que se sienten constreñidas por unas instituciones de gobierno y unas organizaciones políticas anquilosadas y con discursos caducos, y el deseo de interactuar por medio del discurso con otras personas, experimentando así también la dificultad inherente a la toma de decisiones que nos afectan a todos.

⁹² *La promesa de la política*, Paidós, Barcelona, 2008, pág. 163.

⁹³ Para los griegos «la vida pasada en retraimiento con uno mismo (*idion*), al margen del mundo, es necia por definición»; *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 2003, pág. 39.

⁹⁴ Esas palabras TUCÍDADES las pone en boca de Pericles, *Discurso fúnebre de Pericles en honor de los atenienses muertos durante el primer año de guerra*, 2.35-46, <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/antigua/grecia_txt2.shtml#grecia6>

No es casualidad que Habermas cite a Arendt para explicar la relación entre las libertades comunicativas de los ciudadanos y la generación de derecho legítimo: «el poder político es una fuerza *autorizadora* que se manifiesta en la creación de derecho legítimo y en la fundación de instituciones. Se manifiesta en los órdenes jurídicos que protegen la libertad política, en la resistencia contra las represiones que amenazan la libertad política desde fuera y desde dentro, y sobre todo en esos actos fundadores de libertad que crean nuevas instituciones y leyes». ⁹⁵

En consecuencia, Habermas reclama una democracia en la que los procesos de formación de la voluntad política estén conectados con, y permanezcan porosos a, la formación de una opinión pública no formalmente articulada, lo más argumentativa posible, ⁹⁶ y recuerda la necesidad de que las deliberaciones institucionalizadas interaccionen con las opiniones públicas desarrolladas informalmente. ⁹⁷

No se ignora que un sistema político, por muy participativo y poroso a la ciudadanía que sea, albergará siempre una tensión, por utilizar la terminología de Hanna F. Pitkin, entre el ideal y el logro; por eso no se preconiza el abandono de la institucionalización ni se pueden desconocer los condicionantes de la realidad política. Pero lo que sí se rechaza es la negación del ideal; como reclama Pitkin, hay que construir instituciones y entrenar a individuos de tal forma que se comprometan en la consecución del interés público y, al mismo tiempo, hay que seguir siendo críticos con tales instituciones y aprendizajes con el fin de que se muestren abiertos a posteriores interpretaciones y reformas. ⁹⁸

En esta línea, los movimientos sociales son, por una parte, resultado del ejercicio de derechos fundamentales propios de un sistema democrático —libertad de expresión, derecho de reunión y manifestación, derecho de asociación, derecho de petición...—, y, además, pueden contribuir a la mejora de la calidad democrática de los sistemas políticos por su capacidad para fomentar la participación ciudadana en los asuntos públicos, para aproximar las relaciones entre gobernantes y gobernados, para aportar nuevos puntos de vista a los debates políticos, dentro y fuera de las insti-

⁹⁵ *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, pág. 215.

⁹⁶ *La necesidad de revisión de la izquierda...*, pág. 136.

⁹⁷ *Facticidad y validez...*, pág. 374.

⁹⁸ *El concepto de representación*, CEC, Madrid, 1985, pág. 267.

tuciones, y para actuar como instrumentos de «vigilancia», lo que permite, en la terminología de Pierre Rosanvallon, aludir a su fuerte componente «contrademocrático», entendido como un contrapeso o contrapoder que sirve para mantener las exigencias de servicio al interés general por parte de las instituciones.⁹⁹ Y es que, como recuerda David Held, si las personas saben que existen oportunidades para una participación efectiva en la toma de decisiones, es probable que crean que la participación merezca la pena, que participen activamente.¹⁰⁰

No se trata de que los movimientos ciudadanos ocupen el papel de los partidos, que son, obviamente, organizaciones esenciales para la democracia ni, por otra parte, que esos movimientos tengan que acabar transformándose en un partido político, aunque esta última posibilidad tampoco resulta extraña: el movimiento feminista ha dado lugar, en algunos momentos y lugares, al surgimiento de uno o varios partidos feministas pero ni siempre ha ocurrido tal cosa ni, cuando eso ha sucedido, ha supuesto la desaparición del movimiento; otro tanto podría decirse, por ejemplo, del ecologismo y los partidos *verdes*;...

Pero sí se trata de que los partidos y las instituciones asuman que han dejado de ser el único ámbito en el que, en palabras de Ulrich Beck, se decide la transformación del futuro social¹⁰¹ y que los movimientos sociales son instrumentos válidos para contribuir a la dinamización de una democracia, que, como hemos visto en apartados anteriores, puede calificarse de «inactiva» en buena parte de los Estados avanzados de las primeras décadas del siglo XXI.¹⁰²

Por eso, promover la participación activa y *desinstitucionalizada* de los movimientos sociales puede contribuir a la integración democrática de

⁹⁹ *La contra-démocratie. La politique à l'âge de la défiance...*, págs. 21 y sigs.

¹⁰⁰ *Modelos de democracia*, Alianza, Madrid, 1992, pág. 312.

¹⁰¹ *Ob. cit.*..., pág. 370.

¹⁰² Véase el análisis de Pierre ROSANVALLON: *La legitimidad democrática...*, págs. 273 ss.; ROSANVALLON sitúa esta forma de democracia en el contexto de los movimientos sociales en Estados Unidos en los años 60 del siglo pasado, que reivindican la visión «tocquevilliana» de un país que descansa en una extensa red de asociaciones ciudadanas; véanse también los estudios de James MILLER: *Democracy is in the Streets: From Port Huron to the Siege of Chicago*, Harvard University Press, 1987; Peter LEVINE: *The New Progressive Era: Toward a Fair and Deliverative Democracy*, Rowman & Littlefield, 2000, y, del propio ROSANVALLON: *L'Âge de l'autogestion ou la Politique au poste de commandement*, Seuil, 1976.

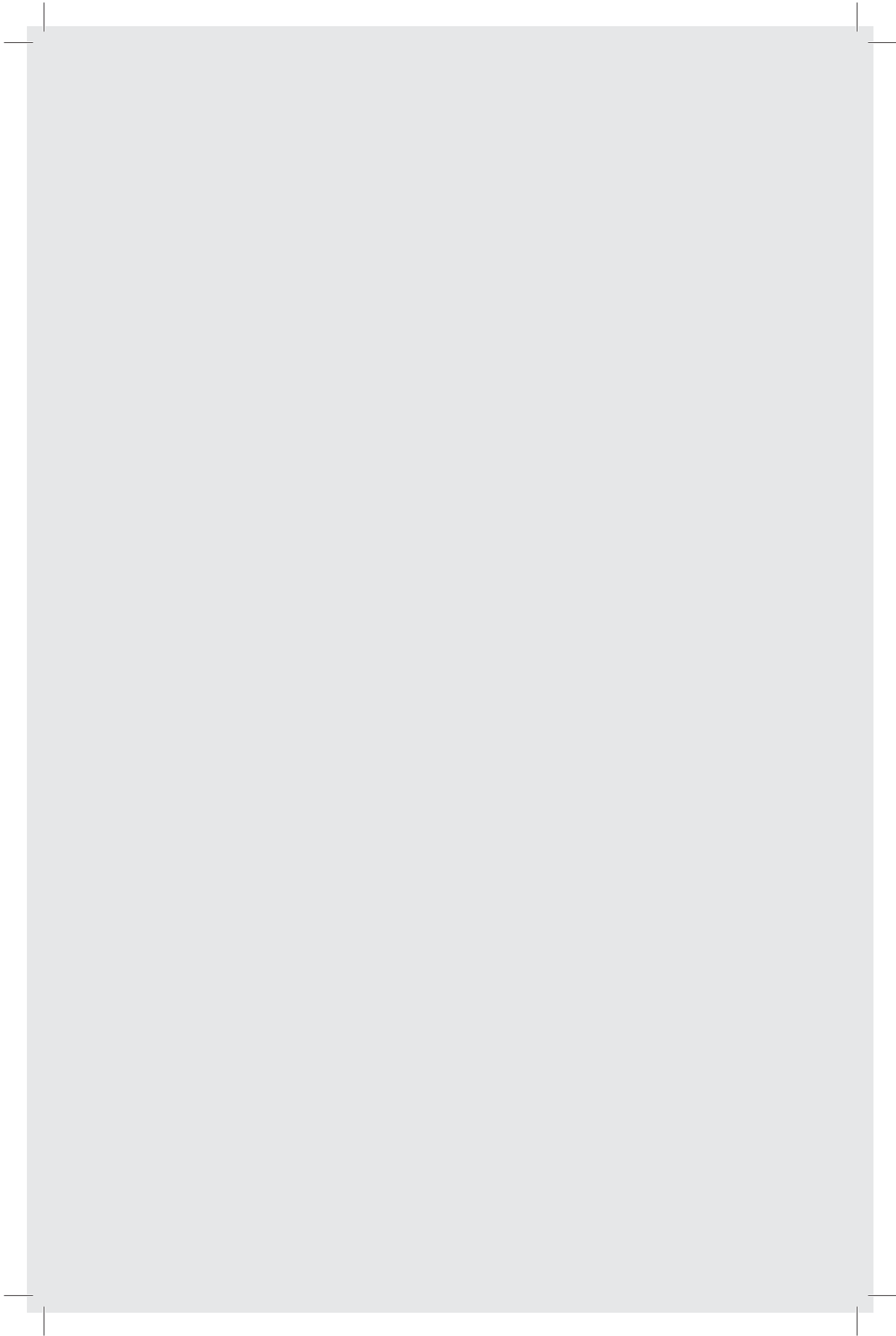
sectores sociales que se sienten excluidos del sistema¹⁰³ y a los que, precisamente, se descalifica como «anti-sistema». Y es que, siguiendo con la terminología de Rosanvallon,¹⁰⁴ los ciudadanos organizados de esta manera generan una interacción intensa con la esfera política, ejerciendo una *democracia de expresión*, mediante la que formulan críticas a las actuaciones de los poderes públicos y expresan sus reivindicaciones; una *democracia de implicación*, a través de conjunto de actuaciones mediante las que estos movimientos se relacionan entre sí para conseguir un entorno común, y una *democracia de intervención*, relativa al conjunto de actuaciones colectivas que pueden desarrollar para conseguir un sistema político más transparente y participativo, un control efectivo de los principales actores económicos, un sistema tributario equitativo...

¹⁰³ En este sentido, Félix OVEJERO: *La libertad inhóspita; modelos humanos y democracia liberal*, Paidós, Barcelona, 2002, pág. 132; Josep María VALLÉS: *Ciencia Política. Una introducción*, Ariel, Barcelona, 2002, pág. 341.

¹⁰⁴ *Ob. cit.*..., pág. 26.

TERCERA PARTE:

LA METAMORFOSIS DEL DERECHO
Y DE LOS DERECHOS

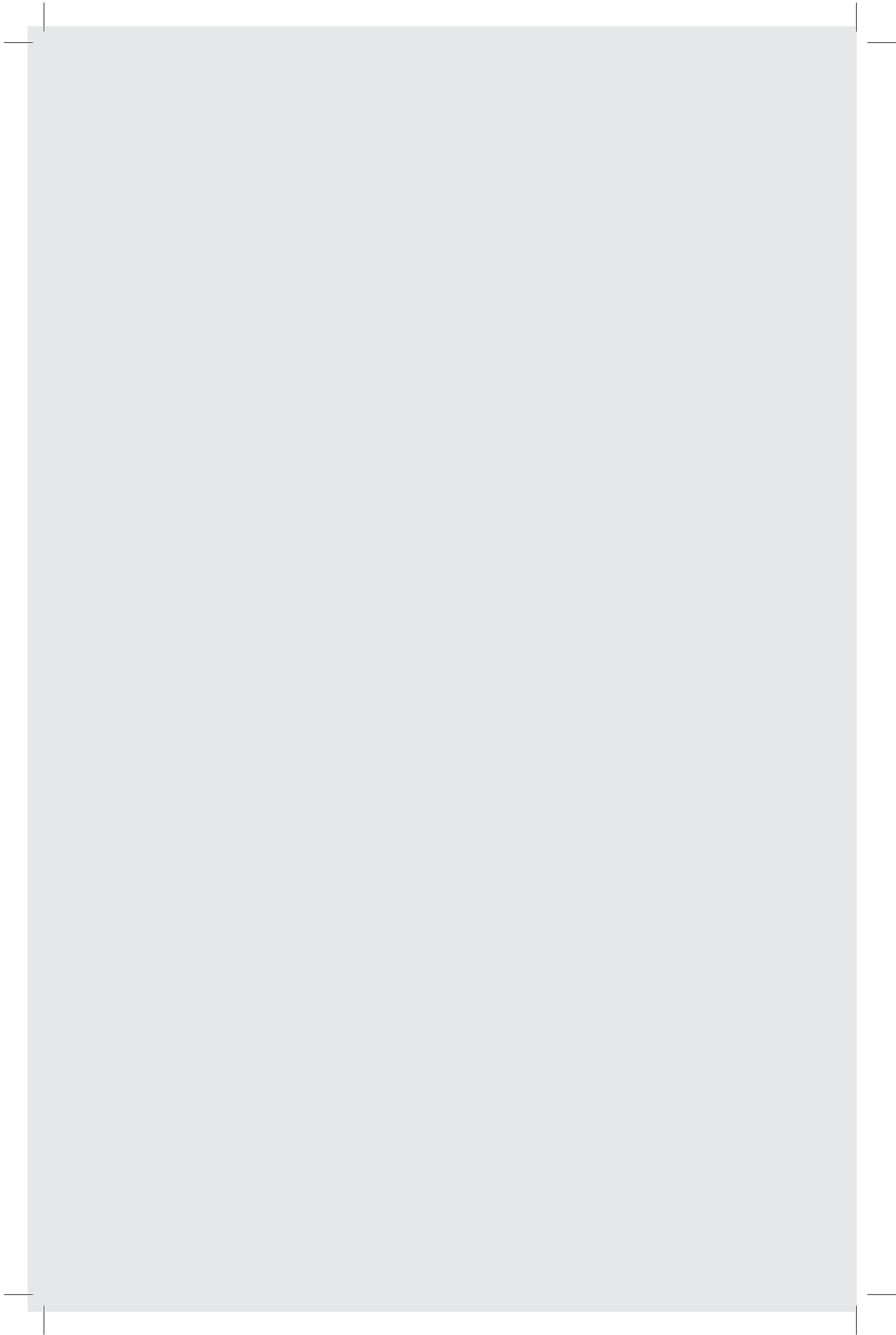


LA FUNCIONALIDAD DE LA LEY EN UN SISTEMA POLÍTICO FRAGMENTADO

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 Autonomo*, dir. X. Arzo Santisteban, Col·lecció Institut d'Estudis Autònoms, 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. FOUGNER, «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 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.

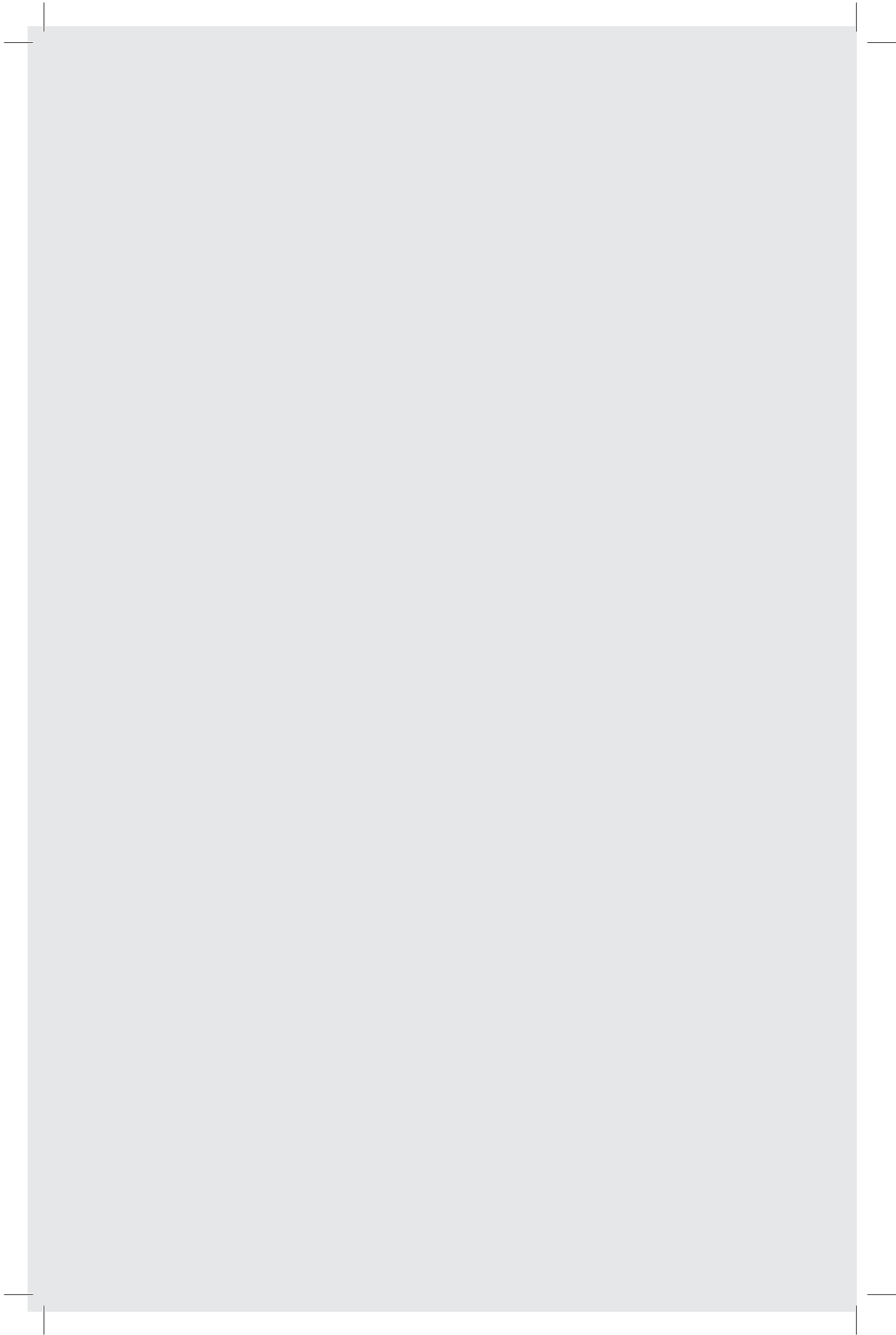
Dadas estas circunstancias es plausible imaginar un tercer marco de futuro en el que se reacciona frente a la pérdida de funcionalidad de la ley. Una confirmación obvia es el apogeo que, al menos en nuestro país, está viviendo la expresión popular de disconformidad o la reivindicación de la toma de decisiones 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.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL: DIEZ PROBLEMAS ACTUALES

Fernando Rey Martínez

SUMARIO

1. Introducción.
2. Primer problema: ¿igualdad formal v. Igualdad sustancial?
3. Segundo problema: ¿qué relación existe entre la igualdad y la prohibición de discriminación?
4. Tercer problema: la igualdad y el principio democrático.
5. Cuarto problema: prohibición de discriminación frente a igualdad de oportunidades.
6. Quinto problema: la discriminación por indiferenciación.
7. Sexto problema: ¿qué rasgos deben ser especialmente protegidos por el derecho antidiscriminatorio?
8. Séptimo problema: la concurrencia y/o el conflicto entre rasgos.
9. Octavo problema: la diferencia entre la discriminación indirecta o de impacto y la acción positiva o igualdad de oportunidades.
10. Noveno problema: la distinción entre las acciones positivas y las discriminaciones positivas.
11. Décimo problema: las garantías del derecho antidiscriminatorio.



I. INTRODUCCIÓN

Cualquier pretensión de abordar en profundidad y completitud el tema objeto del título está destinada al fracaso. Los objetivos intelectuales excesivamente ambiciosos suelen volverse, como un bumerán, contra quienes temerariamente los establecen. Sobre el principio de igualdad, sobre la crisis del Estado Social y sobre las relaciones entre ambos se han escrito miles de páginas y se podrían escribir muchas más, y no sólo desde una perspectiva estrictamente jurídica.

En este trabajo intentaré plantear, siempre dentro de nuestro campo de estudio, preguntas y respuestas mucho más modestas que, no obstante, quizá sí permitan hacer intuir al improbable lector algunos argumentos significativos en relación con el tema general. Concretamente, identificaré, de entre todos los posibles, diez problemas teórico/prácticos que se plantean en la actualidad en torno a la igualdad y la prohibición de discriminación como conceptos jurídicos.

El título de este número de la Revista remite a la idea de «metamorfosis» del Estado, del Derecho y de los derechos, entre ellos, el de igualdad. El rastro cultural de la idea de metamorfosis en la cultura occidental evoca una idea de degradación y de castigo. Hay que citar a estrados, en primer lugar, por supuesto, a Ovidio y sus *Metamorfosis*¹ (8 d. C.) De las 250 narraciones mitológicas que en él se albergan, me gustaría llamar la atención sobre el mito de «las edades del hombre» de su Libro Primero; las edades son las etapas por las que supuestamente habría transcurrido la humanidad desde su creación. Es un mito anterior a Ovidio y también posterior (San

¹ Personalmente, prefiero su *Arte de Amar*, inspirada en su musa, la *puella* Corina.

Jerónimo, en el siglo V, llegó a fijar fechas exactas para cada una de ellas). Para Ovidio, las edades del hombre serán cuatro, la de oro, en la que los hombres vivían con los dioses, sin castigos ni miedo, la de plata, la de bronce y la suya contemporánea, la de «duro hierro»: «huyeron el pudor y la verdad y la confianza, en cuyo lugar aparecieron los fraudes y engaños y las insidias y la fuerza y el amor animal de poseer» (v. 129). Pero hablando de «metamorfosis» no podemos ignorar, en segundo lugar, a Kafka, que escribe la suya en 1915. Aquí ya no estamos, como en Ovidio, en seres humanos tanto más violentos e injustos cuanto más alejados de los dioses, sino, directamente, en un ser humano ahogado en su soledad, colapsado en su propia individualidad, en un hombre, Gregor Samsa, que se transforma durante un agitado sueño nocturno en un insecto enorme y monstruoso.

Quizá haya sido una casualidad, pero, al menos de manera inconsciente, no es ideológicamente neutral que el hilo conductor de todo este libro apunte en esa dirección de la metamorfosis como degradación. Se produce una interesante paradoja: el concepto jurídico de igualdad es más potente y denso que nunca, pero su vigencia real se halla en trance de devaluación a causa de la crisis económica más devastadora de la que se guarda memoria. Así como la crisis derivada de los ataques terroristas del fundamentalismo islámico fragilizó los derechos de libertad en nombre de una sacrosanta invocación de la seguridad pública, la crisis económico-financiera ha percutido sobre los derechos de igualdad tal y como se venían entendiendo como ideal del Estado social contemporáneo. En definitiva, ambos tipos de crisis han socavado en cierta medida las bases ideológicas y fácticas del constitucionalismo actual. Esto es un rasgo original (pero no precisamente brillante) de nuestro tiempo: hasta ahora, la evolución del constitucionalismo había avanzado siempre, no sin dificultades, en clave progresiva, de extensión. En nuestra época se ha producido un retroceso significativo porque no apunta sólo a la existencia o no de recursos, es decir, a un problema de *cantidad* de Estado Social, sino a la propia existencia *ideológica* de tal forma de Estado y a su imagen maestra. No tenemos certeza alguna de que el Estado Social futuro sea más potente que los anteriores en el tiempo; más bien, se abre paso la sensación, trufada de ansiedad y miedo, de que cualquier tiempo pasado fue mejor. Efectivamente, el futuro no es ya lo que era, el constitucionalismo ha ido perdiendo por el camino su potencial emancipatorio y utópico y, a partir de ahí, se plantean dudas sobre su propia supervivencia y validez. Desde luego, y por lo que directamente nos atañe en este estudio,

no hay Estado Social sin igualdad, pero tampoco hay Estado democrático sin igualdad.

Así pues, plantearé diez problemas que me parecen particularmente relevantes en este momento en torno a la igualdad y la prohibición de discriminación. Y lo haré, a diferencia de otras ocasiones, en un tono ágil, no excesivamente académico, casi sin citas; a modo de hipótesis o puntos de partida a desbrozar en análisis posteriores, más que como conclusiones cerradas y evidentes.

2. PRIMER PROBLEMA: ¿IGUALDAD FORMAL V. IGUALDAD SUSTANCIAL?

La contraposición entre la igualdad «formal» o «jurídica» a la igualdad «real» o de «oportunidades» es un idea común y rutinaria. Esta contraposición proviene del pensamiento de izquierdas del siglo XIX que, en el contexto de las luchas obreras de la época, criticaba la idea de igualdad estrictamente formal de los códigos civiles entre empleadores y trabajadores, que no captaba la enorme desigualdad de hecho existente entre ellos y el abuso y la explotación de los primeros sobre los segundos. Con el concepto de igualdad real, propuesto como aspiración ideal, se intentaba evocar una situación en la que empleadores y trabajadores mantuvieran una relación más equilibrada y, en general, un orden social en el que, por la decisiva intervención del Estado, los trabajadores tuviesen acceso a los derechos sociales básicos (trabajo, seguros sociales, vivienda, educación, protección de la salud, etc.) La Constitución española vigente, influida en este punto por la italiana, refleja esta diversidad conceptual, recogiendo en el art. 9.2 CE la igualdad «real y efectiva» de individuos y grupos, y la igualdad general en el art. 14 CE.

¿Cómo se relacionan actualmente la igualdad de oportunidades del art. 9.2 CE y la igualdad «formal» del art. 14 CE? Ya no estamos en el marco del Estado liberal decimonónico, sino en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). De momento, la cláusula de igualdad formal del art. 14 CE alberga al mismo tiempo una prohibición de discriminación que tiene un efecto intensamente protector de las personas que pertenecen a diversos grupos sociales, lo que casa mal con una idea de igualdad «formal». Ciertamente, si se habla en términos políticos, es correcto contraponer la idea de una igualdad «jurídica», la que se reconoce en la Constitución y en otros textos normativos, frente a la igualdad «real» entre los ciudadanos, que mediría, en la realidad, el distinto acceso y disfrute de unos y de otros de

los derechos fundamentales y, por tanto, comprobar el grado de sinceridad o aplicación práctica de aquellos textos jurídicos.

Pero desde un punto de vista jurídico preciso, aunque igualdad real e igualdad formal son conceptos diferentes, ubicados en preceptos constitucionales diversos, no cabe contraponerlos: la igualdad real (art. 9.2 CE en relación con los principios rectores del Capítulo Tercero del Título I de la Constitución) implica el establecimiento de diversas diferencias de trato jurídico en favor de ciertos colectivos sociales (indicados por el texto constitucional, como la infancia, la juventud, la tercera edad, los discapacitados físicos y psíquicos, los consumidores, los desempleados, las familias, etc.), en función de criterios de desigualdad no sólo jurídicamente razonables y válidos (que enervan cualquier posible discusión sobre la validez de esa diferencia de trato jurídico —si bien puede subsistir la disputa no sobre el «qué», pero sí por el «cómo» y el «cuánto»), sino, vale decir, especialmente legítimos en cuanto expresamente queridos por el constituyente. Es decir, la igualdad real, en el Estado Social, se ubica dentro del esquema conceptual de la igualdad formal: la igualdad «real» es una especie del género igualdad «formal» cuando entre en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico en favor de grupos sociales en desventaja querido por el constituyente o el legislador. Concurriendo criterios de desigualdad de trato como la infancia, la juventud, la vejez, la carencia de empleo, etc., el juicio de igualdad, esto es, de razonabilidad de las diferencias, se torna más fácil: cuentan a su favor con una presunción constitucional *iuris tantum* de validez. Las desigualdades jurídicas favorables a las personas y grupos con cualquier desventaja fáctica son constitucionalmente razonables, esto es, no discriminatorias. Y aún más: son queridas por el constituyente. Pero pensar que igualdad formal y real (como si la igualdad jurídica real —art. 9.2 CE— no fuera también «formal») se contraponen, significa seguir comprendiendo el constitucionalismo contemporáneo a partir de las categorías del siglo XIX, por tanto, con un ajuar de conceptos antiguos.

3. SEGUNDO PROBLEMA: ¿QUÉ RELACIÓN EXISTE ENTRE LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN?

En el ordenamiento español, la cláusula general de igualdad se alberga en el art. 14 CE: «Los españoles son iguales ante la ley». Cualquier violación de este precepto supone, por tanto, una discriminación en sentido amplio prohibida por la Constitución.

Pero el art. 14 contiene algo más, contiene una prohibición de discriminación por diversas causas o rasgos o motivos específicos: «...sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». La lesión de este precepto provocaría una discriminación en sentido específico prohibida por la Constitución. Es preciso observar que el listado del art. 14b CE es abierto, no establece un *numerus clausus*, pero alude, expresamente, a diversos rasgos *sospechosos* de un cierto tipo de discriminación. En palabras del Tribunal Constitucional, esta cláusula «representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5). ¿Por qué el constituyente ha identificado precisamente esos rasgos, el género, la raza, etc. y no otros? La respuesta a esta pregunta es importante porque la Constitución protege más intensamente la prohibición de discriminación por género, raza, etc., que la igualdad en general. Sobre este punto volveremos más adelante.

La prohibición de discriminación especial se refiere sólo a aquellos supuestos en los que el criterio o rasgo de diferenciación de trato jurídico es la raza, el origen étnico, el sexo, la religión, la ideología, el nacimiento o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como proclives para configurar una diferencia peyorativa entre las personas, basada en prejuicios gravemente odiosos para la dignidad de la persona. En estos supuestos la diferencia entre grupos sociales conlleva un riesgo muy alto de catalogar a alguno de ellos como inferior, como un no-participante en la vida social. La discriminación opera a partir de una generalización o estereotipo negativo, es decir, un prejuicio, ligado a un grupo, que se adjudica a una persona tan sólo por pertenecer a él. De ahí el carácter particularmente odioso de este tipo de discriminaciones. A una persona se la va a despedir, o no contratar, o negar el alquiler de un piso, o echar de una discoteca, etc. tan sólo por formar parte de un grupo social determinado, no por lo que ella haya hecho o no personalmente.

La noción de *estereotipo* proviene, precisamente, del mundo de la imprenta: un tipo fijo en metal que sirve para producir múltiples imágenes en materiales porosos y dúctiles (papel, tela, etc.). Los estereotipos proporcionan una visión altamente exagerada de unas pocas características; algunos

son inventados, carecen de base real o se muestran verosímiles porque en una pequeña proporción pueden ser reales; en los estereotipos negativos, o prejuicios, las características positivas se omiten o infravaloran, no aportan ninguna información sobre sus causas; no facilitan el cambio y, sobre todo, no tienen en cuenta las diferencias entre individuos del mismo grupo. Los rasgos de pertenencia de estos grupos son, comúnmente, inmodificables por el miembro individual y no dependen de la libre elección del sujeto, de su mérito y trayectoria individual, y suelen ser, además, transparentes, de suerte que, normalmente, se produce una cierta *estigmatización social* por el hecho de la simple pertenencia a un grupo que uno no ha elegido, del que normalmente no se puede salir y cuya pertenencia no se puede ocultar.²

Pues bien, el derecho de igualdad en general se satisface si la diferencia de trato es razonable, pero este criterio de la razonabilidad no sirve para las discriminaciones especiales, en las que el control judicial es más riguroso, nada menos que el principio de proporcionalidad. La lista del art. 14 CE menciona expresamente cinco rasgos: el nacimiento, la raza, el sexo, la religión y la opinión.

Pero, como se indicaba, la lista del art. 14CE es una lista abierta. El Tribunal Constitucional ha ido descubriendo en la penumbra de la expresión «otra condición o circunstancia personal o social» diversos rasgos, entre otros, la edad, la discapacidad, la orientación e identidad sexuales o la discriminación por circunstancias familiares en el caso de menoscabo de una efectiva conciliación entre la vida privada o familiar y la laboral.

Pues bien, así como el derecho de igualdad general (art. 14a CE) tiene un contenido jurídico bastante lábil, el de la prohibición de discriminación en sentido específico (art. 14b CE) lo tiene bien robusto y potente. En efecto, el derecho de igualdad general prácticamente equivale a la prohibición constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (que se produce cuando tratan jurídicamente de forma disímil situaciones de facto comparables), mientras que la prohibición de discriminación específica (por género, raza, etc.) tiene por contenido la igualdad de trato, esto es, la prohibición de las discriminaciones directas o de trato e indirectas o de impacto, y la igualdad de oportunidades, es decir, el mandato de acciones positivas. Es evidente la doble faz de este último derecho: la subjetiva/individual, en

² La teoría del estigma proviene, sobre todo, de Kenneth Karst: «The Supreme Court 1976 Term, Foreword: Equal Citizenship under the XIV Amendment», 91 *Harvard Law Review*, n.1, (1977).

forma de las reglas de la igualdad de trato y la objetivo/institucional bajo la especie del principio de las acciones positivas. La diferencia, pues, entre la igualdad en general y las prohibiciones específicas de discriminación es de tal calado que un cierto sector de la literatura considera que estamos en presencia, en realidad, de dos derechos fundamentales diferentes. A mi juicio, sin embargo, igualdad general y prohibición de discriminación guardan una relación de género a especie: la prohibición de discriminación es una variedad del género igualdad cuando el criterio de desigualdad que concurre es uno de los «sospechosos» (género, etnia, etc.).

En cualquier caso, se puede observar que el concepto jurídico de igualdad (como ocurre, salvadas las distancias, con la libertad, la propiedad o la intimidad constitucionales) conoce diversos grados de densidad de contenido. Es una igualdad por escalas. Y esto, de hecho, provoca diversos niveles de protección. Teóricamente, las autoridades del Estado Social tienen que lograr al mismo tiempo la igualdad entre todos los ciudadanos sin distinción. Pero, en la práctica, las políticas de igualdad cuentan con recursos limitados y preferencias políticas legítimas a partir del pluralismo partidista. Esto significa que en la realidad se produce algo que en la teoría se niega: la jerarquización o priorización de la tutela de la igualdad de los grupos sociales directamente abarcados por la prohibición de discriminación en sentido estricto (mujeres, minorías sexuales, minorías étnicas, etc.) respecto de cualesquiera otros protegidos por la cláusula general de igualdad (ésta, realmente, protege individuos mientras que aquella protege a los individuos en cuanto miembros de un particular grupo social porque la discriminación proviene precisamente de esta pertenencia al grupo); y la jerarquización, dentro de las prohibiciones específicas de discriminación, de unos grupos respecto de otros, y, dentro del mismo grupo, de un determinado tipo de políticas frente a otras. Todo ello configura políticas de igualdad diversas en el tiempo y en el espacio político. Así pues, no es posible hablar de una sola política de igualdad, sino de una pluralidad de ellas.

Y, por eso mismo, cabe plantearse si el Derecho Antidiscriminatorio de corte norteamericano y europeo, referido a una sociedad próspera, aunque en crisis, puede transplantarse, sin más, a otros espacios, Latinoamérica, por ejemplo, donde el mapa de desigualdades fácticas es mayor. Obviamente, algunos temas son comunes, la discriminación de las mujeres, por ejemplo. Pero otros son hartamente diferentes, lo cual no siempre se suele tener en cuenta. La discriminación étnica, por ejemplo. En España están perfectamente de-

finidas, por lo general, las minorías étnicas; pero ¿qué ocurre en países como Guatemala o Bolivia donde casi toda la población pertenece a una comunidad originaria?, ¿quién es allí la mayoría y la minoría étnica? En Europa, por ejemplo, empieza a preocupar seriamente la discriminación de las personas mayores, pero en muchos lugares de América Latina habría, posiblemente, otras urgencias respecto de grupos sociales que no están tan presentes en suelo europeo, por ejemplo, el de las jóvenes madres con hijos a su exclusivo cargo. En definitiva, cada país, debería configurar un Derecho Antidiscriminatorio parcialmente específico en función de las propias necesidades y su configuración social particular.

4. TERCER PROBLEMA: LA IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Rutinariamente, suele relacionarse la cláusula general de igualdad con el Estado de Derecho en cuanto supone la prohibición de arbitrio en la actuación de los poderes públicos y la igualdad de oportunidades con el Estado Social en la medida en que supone un mandato para aquéllos en orden a proveer las condiciones para que todas las personas puedan desarrollar un proyecto autónomo de existencia. Pero suele dejarse en la penumbra la conexión de la igualdad y, más específicamente, de la prohibición de discriminación, con el Estado democrático.

La igualdad, desde la perspectiva del principio democrático, excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja, como las mujeres o los grupos étnicos, puedan quedarse «aislados y sin voz». La igualdad constitucional postula la *igual dignidad social* de todos los ciudadanos: hay que rechazar toda creación o aplicación del Derecho que trate a algunos miembros de la comunidad como ciudadanos de segunda clase. En palabras del Tribunal Supremo norteamericano en *Zobel vs. Williams* (1982), se viola la igual ciudadanía «cuando la sociedad organizada trata a alguien como un inferior, como parte de una casta dependiente o como un no-participante».

La teoría del proceso político, formulada en la nota a pie de página cuarta de la Sentencia *Carolene Products v. U.S.* (1938, ponente: Stone),³

³ De acuerdo con ella, la presunción de inconstitucionalidad de las leyes puede limitarse, a través de un control judicial más riguroso, en la hipótesis de aquellas normas que perjudican la participación en el proceso político de toma de decisiones a las minorías *discrete and insular*, «aisladas y sin voz». Seis años después de apuntado este criterio, se aplica en *Korematsu v. U.S.*, en la que por primera vez se utiliza el criterio del *strict scrutiny test* para enjuiciar una ley que restringía las libertades de un grupo racial particular (los ci-

y retomada por John H. Ely,⁴ sostiene que la disposición constitucional de la igualdad concierne principalmente a la protección por los jueces de aquellos grupos minoritarios que son incapaces por sí mismos de defenderse en la arena política a causa de su privación de derechos o por sufrir estereotipos negativos. En definitiva, la igualdad constitucional pretende corregir el déficit de ciudadanía que pesa sobre los miembros de diversos grupos sociales. Éste es otro criterio para, en mi opinión, dar preferencia a unas políticas antidiscriminatorias respecto de otras.

5. CUARTO PROBLEMA: PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN FRENTE A IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

En contra de lo que usualmente suele afirmarse, tampoco son equivalentes, según creo, el concepto de igualdad substancial o real (en realidad, como hemos visto, encajable en el esquema interpretativo general de la igualdad «formal», con la particularidad de la explicitación por el constituyente de la razonabilidad de las eventuales diferencias jurídicas de trato —no sólo permitidas, sino, incluso, pretendidas—) y la prohibición de discriminación en sentido estricto. Y no lo son porque las diferencias jurídicas de trato adoptadas para lograr una igualdad de oportunidades en favor de cualquier colectivo social situado en cierta desventaja fáctica, son, en el sentido acuñado por R. Alexy,⁵ un *principio*, esto es, un mandato a los poderes públicos de optimización, dentro de las posibilidades técnicas y financieras; y las prohibiciones de discriminación en sentido estricto (por razón de raza, sexo, etc.) son una *regla*, más concretamente un auténtico derecho fundamental, es decir, un derecho subjetivo judicialmente exigible. El mandato de igualdad real del art. 9.2, en relación con los principios rectores del Capítulo Tercero (que informarán la actuación de los poderes públicos y sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen —art. 53.3 CE—), está

udadanos americanos de origen japonés). Aunque el Tribunal Supremo apreció finalmente el valor superior de la seguridad nacional en tiempo de guerra, es claro que la medida impugnada, consistente en confinar a los norteamericanos de origen japonés en una especie de campos de concentración, era discriminatoria por *underinclusive* (no se hacía con los norteamericanos de origen alemán, por ejemplo) y por *overinclusive* (es mucho suponer que detrás de todo oriundo japonés hay un potencial espía o saboteador: es claro el sesgo racista del confinamiento).

⁴ *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, Harvard University Press, 1.980.

⁵ *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pp 402 ss.

condicionado por tres factores: (1º) Depende de las posibilidades financieras y técnicas del país en cada momento. (2º) Su desarrollo por las distintas mayorías políticas que se vayan sucediendo puede ser, en aplicación de las diversas concepciones ideológicas y estratégicas en presencia, muy diferente; y ello es legítimo, en virtud del principio democrático. Como toda la Constitución, pero más aún, el Capítulo Tercero no es un programa, sino un marco de posibilidades de actuación. (3º) Pero no sólo la determinación de «cómo» fomentar la igualdad real está abierta, sino, incluso, la precisión de «qué» grupos sociales pueden ser beneficiarios de políticas de fomento (el Capítulo Tercero contiene, evidentemente, una lista abierta). De hecho, como observa Denninger⁶ uno de los puntos característicos del constitucionalismo actual es una nueva sensibilidad no por la igualdad, sino por la desigualdad. Frente a la tradición iluminista de la Modernidad, que postulaba la autonomía del individuo, la universalización de la razón y la igualdad de los ciudadanos, el *gusto por la diversidad* actual (propio de la postmodernidad) propone la salvaguarda de la identidad del individuo en el marco de un grupo limitado y circunscrito (*nuestro grupo*), una pluralidad de esferas particulares de valores (que cuestionan la validez de una razón universal) y el reconocimiento de la igualdad (abstracta) como desigualdad en sentido concreto: un derecho igual a la desigualdad. Esto se traduce en exigencias de prestaciones compensatorias difíciles de cumplir. Por el contrario, las prohibiciones de discriminación en sentido estricto ni deben hacerse depender de las posibilidades financieras y técnicas, ni deben estar en el centro de la polémica política de los partidos que compiten por la mayoría en el Parlamento (sino sustraída de ella por tratarse de derechos fundamentales genuinos) ni se debe poder referir a cualquier grupo social en desventaja, sino sólo a aquellos que, según la experiencia histórica, son víctimas de una profunda y arraigada discriminación, marginación u hostilidad sociales.

Así pues, el mandato de acciones positivas o de igualdad de oportunidades a favor de los grupos especialmente protegidos por la prohibición de discriminación (mujeres, minorías étnicas y sexuales, etc.) no juega de igual modo que ese mismo mandato respecto de cualesquiera otros grupos. Primero, porque en el primer caso, junto con este principio, concurren las reglas o derechos subjetivos de la prohibición de discriminación directa e

⁶ «La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica», *REP*, n° 84, 1994, pp. 69 ss.

indirecta, que no operan respecto de los otros grupos sociales. Segundo, porque en relación con los grupos protegidos por la prohibición de discriminación, en un contexto de recursos escasos y en atención a las causas expuestas, se produce una auténtica regla de preferencia o prelación constitucional: tienen prioridad respecto del resto de políticas de igualdad. Con las políticas antidiscriminatorias es como si le pusieran dientes al principio general de la igualdad de oportunidades.

Por supuesto, las políticas antidiscriminatorias guardan un aire de familia y forman parte de las políticas de igualdad de oportunidades en general, pero son diferentes, lo que no siempre se comprende. Además, algunos de los rasgos protegidos por el Derecho Antidiscriminatorio específico son transversales, de modo que inevitablemente están presentes en la política general de igualdad de oportunidades. Pensemos, por ejemplo, en el género. Cualquier medida de igualdad de oportunidades debe considerar el enfoque de género. Pero el Derecho Antidiscriminatorio no puede convertirse en un capítulo más de las políticas del bienestar y de los servicios sociales en general. Entre otras razones, porque la lucha contra las discriminaciones específicas no persigue tan sólo, aunque también, mejorar las condiciones socio-económicas de los grupos afectados, sino que tiene, además y sobre todo, una dimensión de *lucha ideológica* contra los prejuicios sociales que causan la discriminación y de reconocimiento de la riqueza democrática derivada de la diversidad, el pluralismo y la tolerancia.

Una distinción nítida entre la igualdad de oportunidades en general y la prohibición de discriminación en particular sólo existe, por el momento, en el área cultural anglosajona. En nuestro ordenamiento se abre paso con dificultades y sin ser correctamente comprendida ni entre los actores políticos ni por la comunidad jurídica. Sin embargo, creo que esta distinción es absolutamente pertinente.

6. QUINTO PROBLEMA: LA DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN

La discriminación por indiferenciación (que prefiero llamar, para mayor claridad, discriminación por igualación) es aquella que se produce por un trato jurídico idéntico para dos o más situaciones fácticas que son diferentes. No suele reconocerse ni en sede normativa ni en sede judicial. Una excepción es la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que resuelve el caso Thlimmenos contra Grecia, de 6 de abril de 2000. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo apreció en ese caso un supuesto de discrimina-

ción por indiferenciación. El asunto era bastante claro. Al señor Thlimmenos se le impedía legalmente el acceso a la función pública de censor jurado de cuentas porque había sido condenado penalmente con anterioridad; pero lo había sido porque, como testigo de Jehová, se había negado a llevar uniforme militar. El Tribunal sostiene que no hay justificación objetiva y razonable para no tratar al señor Thlimmenos de modo distinto al de otras personas condenadas por delito grave y, por tanto, habría violación del art. 14 del Convenio de Roma en relación con el derecho de libertad religiosa del art. 9. Sin embargo, la doctrina Thlimmenos no parece estar consolidada en el Tribunal, pues sólo la aplicó en el citado asunto para alcanzar una solución justa (se trata, más bien, de una excepción más que de una regla).

Aunque no se suela reconocer la validez de la discriminación por igualdad (así de modo reiterado nuestro Tribunal Constitucional), la cuestión dista de estar clara. Las prohibiciones de discriminación en sentido estricto (racial, sexual, etc.), particularmente la categoría de «discriminación indirecta», como sagazmente ha observado E. Cobreros,⁷ reclaman la prohibición de tratar jurídicamente de modo idéntico a aquellos sujetos cuya diferente situación fáctica les puede ocasionar un impacto negativo. Coincido con él en que los tribunales no debieran negarse, por principio, a admitir que la igualdad constitucional prohíbe también la discriminación por indiferenciación. Ahora bien, me parece que hay una razón de peso que justifica una interpretación restrictiva de la admisibilidad de la discriminación por indiferenciación: la valoración y elección de los criterios o rasgos de diferenciación de trato entre sujetos es política y debe corresponder, en principio, a quien está legitimado constitucionalmente para ello: al legislador. No es lo mismo, me parece, el mandato de prohibición de trato (jurídico) desigual a quienes estén (de hecho) en situación igual o semejante, un mandato de perfiles bastante precisos, que el mandato de prohibición de trato (jurídico) igual a quienes estén (de hecho) en situación desigual, un mandato de formato impreciso por definición. En efecto, ¿cuánta desigualdad se requeriría para poder exigir en propio favor un trato distinto? La Sentencia Thlimmenos habla de una situación «sensiblemente» diferente. ¿Cómo se mide esa sensibilidad? Estará clara en los casos más extremos, pero no en la mayoría. Además, habría que distinguir el tipo de disposición

⁷ «Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, p. 102.

porque, evidentemente, la exigencia de diferenciación deberá ser mayor en el caso del Derecho sancionador, pero menor en otros casos. Y es que el principal atractivo de la discriminación por igualación, la posibilidad que abre al juez de apreciar una discriminación legislativa «real y efectiva» de alguna persona o grupo, constituye, al mismo tiempo, su principal peligro. En consecuencia, creo que debe admitirse la discriminación por indiferenciación, pero sólo de modo restrictivo, como una suerte de *air-bag* de seguridad frente a las arbitrariedades legislativas más flagrantes, esto es, más como una defensa frente a eventuales patologías legislativas que como una función fisiológica ordinaria de los tribunales.

7. SEXTO PROBLEMA: ¿QUÉ RASGOS DEBEN SER ESPECIALMENTE PROTEGIDOS POR EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO?

Ya hemos visto que nuestra Constitución, del mismo modo que otras o que el Derecho internacional de los derechos humanos aplicable, alberga una lista abierta de rasgos protegidos contra las discriminaciones. También hemos comprobado que, aunque se niegue, el Derecho antidiscriminatorio tiene mayor densidad de contenido jurídico que la cláusula general de igualdad. O, dicho de otra manera, no es lo mismo para cualquier colectivo estar en la lista de los rasgos cuya discriminación se prohíbe constitucionalmente que no estar en ella. Pensemos, por ejemplo, en la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Obviamente, si existe, aunque sea de modo implícito, un reconocimiento constitucional de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual, esto significa que se prohíbe todo trato jurídico diferente y peor derivado de la homosexualidad, de modo que la cuestión en relación con el reconocimiento o no del matrimonio homosexual ya no será la de justificar las razones que permiten su existencia, sino justo lo contrario: la de aportar los motivos que permitan demostrar muy persuasivamente que el matrimonio homosexual no puede equipararse al heterosexual.

Sin embargo, esta nítida diferencia entre igualdad general y prohibición de discriminación no es suficientemente comprendida ni por quienes no distinguen entre igualdad de oportunidades en general y la prohibición de discriminaciones en particular, ni por aquellos que, por la vía de añadir sin criterio rasgos *sospechosos* de diferenciación, acumulan tantos que no permiten diferenciar la cláusula general de igualdad de la cláusula de prohibición de discriminación y, lo que es peor, se devalúa el contenido jurídico de

ésta (acentuando su dimensión de principio en detrimento de su carácter de regla). En el primer caso, la igualdad general absorbe todo el contenido del precepto constitucional; en el segundo, la prohibición de discriminación. En ambos, por defecto o por exceso, se diluye irremediamente el equilibrio que debe existir entre ambas cláusulas.

Así pues, la determinación de los rasgos particulares a proteger especialmente se debe hacer con mesura. Pondré un ejemplo expresivo: el art. 21 de la Carta de Niza señala, entre los rasgos cuya discriminación se prohíbe, el «patrimonio», un rasgo, por cierto, que no contempla expresamente nuestra Constitución. No hace falta ser un marxista ortodoxo para comprender que la diferencia por patrimonio entre los ciudadanos es una de las diferencias sociales más odiosas y más determinantes, sino la que más, puesto que cabe suponer que, por ejemplo, incluso las personas de etnias minoritarias con grandes fortunas (un jeque árabe de vacaciones en alguna cosa española, por ejemplo) sufrirá menos discriminación étnica en nuestro país que cualquiera de los miembros de su comunidad. Sin embargo, el patrimonio encaja conceptualmente mal dentro de la lista de rasgos cuya discriminación se prohíbe. En primer lugar, porque el patrimonio no configura un grupo «intenso», perfecta y en gran medida inmutablemente definido por un rasgo del que no es en absoluto responsable el sujeto. En segundo término, y sobre todo, porque no se alcanza a comprender bien cuál podría ser el contenido jurídico preciso de la prohibición de discriminación por patrimonio como regla (sí, por supuesto, como principio dirigido a los poderes públicos). Con esta disposición en la mano, cualquier persona que carezca de un cierto nivel de patrimonio (¿cuál?, ¿cómo se mide, objetivamente o según la percepción de cada quién?), ¿podría acudir ante un juez para exigir que no se le trate jurídicamente peor que a otro ciudadano, por ejemplo, en el acceso a la educación, la sanidad, el acceso a una vivienda, etc.? Esto sería fabuloso, pero mucho me temo que el Derecho no puede ir tan lejos. Y, además, confieso que no me gustan nada las promesas jurídicas que son perfectamente incumplibles en la realidad, porque generan expectativas destinadas a fracasar y, por tanto, sólo producen frustración y lógica indignación.

El Derecho Antidiscriminatorio se origina en la tradición estadounidense de la lucha contra la discriminación racial. El Derecho europeo ha hecho hincapié, originariamente, en la lucha contra la discriminación de género. En cualquier caso, etnia y género forman los dos rasgos más característicos del Derecho Antidiscriminatorio, los primero reconocidos, los más asegu-

rados (el Derecho europeo actual se configura con seis rasgos, estos dos más otros cuatro: edad, discapacidad, religión/convicciones y orientación/identidad sexuales; pero sólo género y etnia se protegen más allá del ámbito laboral), los más comunes en los diversos ordenamientos nacionales y en el internacional. Cada uno de estos rasgos predetermina un derecho antidiscriminatorio particular, con caracteres comunes a todos los rasgos, pero también con elementos propios. No es lo mismo el derecho que protege frente a las discriminaciones por discapacidad, que el que lo hace respecto de la etnia o el género, etc. De hecho, en los diferentes ordenamientos, se tutela de manera bien distinta unos y otros rasgos. En España, por ejemplo, la discriminación por género, por orientación e identidad sexual y por discapacidad cuentan con un desarrollo importante, mientras que la discriminación racial se encuentra apenas *in statu nascendi*. Frente a las decenas de sentencias del Tribunal Constitucional español en materia de discriminación por género, casi todas ellas estimatorias de la pretensión, sólo hay dos sentencias de discriminación racial, ambas desestimatorias y ambas con fallos muy discutibles. De un lado, el famoso caso Williams, resuelto por la STC 13/2001, de 29 de enero, que desestima el recurso de amparo contra una actuación policial de requerimiento de identificación a una mujer tan sólo por ser negra, por considerar que dicho requerimiento no obedeció ni a una discriminación patente ni a una encubierta (a pesar de que sólo a ella, de entre todos los numerosos pasajeros que descendieron del tren, se le exigió).

Tan sorprendente decisión ha sido, como cabía esperar, declarada por el Comité de Derechos Humanos (Comunicación nº 1493/2006), de 27 de julio de 2009, contraria al art. 26 leído conjuntamente con el art. 2.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. El Comité no impide efectuar controles de identidad genéricos con el fin de proteger la seguridad ciudadana o para controlar la inmigración ilegal, sino que tales controles se realicen con las características étnicas como el único indicio de su posible situación irregular en el país, que es precisamente lo que sucedió en el caso en examen. A juicio del Comité, «la responsabilidad del Estado está claramente comprometida... El Comité no puede sino concluir que la autora fue individualizada para dicho control de identidad únicamente por razón de sus características raciales y que éstas constituyeron el elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal».

La otra Sentencia sobre discriminación racial tampoco es para felicitarse. Se trata de la Sentencia 69/2007, de 16 de abril, que ha sido impugnada

ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y resuelta por éste, el 8 de diciembre de 2009, asunto María Luisa Muñoz v. España, en un sentido diametralmente contrario al del Tribunal español. La Sentencia de Estrasburgo falla a favor de una mujer española gitana a la que las autoridades nacionales, incluido el Tribunal Constitucional, denegaron una pensión de viudedad por no haber contraído matrimonio por el rito legalmente válido en su momento (el católico, en 1971), sino por los usos y tradiciones gitanos. El Tribunal Constitucional español consideró que tal denegación no constituía discriminación étnica alguna ya que el requisito de contraer matrimonio válido según las normas del momento (año 1971) para tener acceso a la pensión afectaba por igual a payos y a gitanos. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo considera que se ha producido una violación de la prohibición de discriminación racial (art. 14 CEDH) en combinación con el derecho al respeto de los bienes del art. 1 del Protocolo Adicional Primero.

En definitiva, hay un Derecho Antidiscriminatorio general y otro particular respecto de los diversos rasgos a proteger; y éste derecho particular varía, a su vez, de país en país. Un elemento homogeneizador muy interesante en este punto es el Derecho internacional de los derechos humanos.

Por último, no es ocioso subrayar que el rasgo del género se encuentra en una situación especial respecto de los demás. Por un lado, porque las mujeres no son una minoría, sino la mayoría de la sociedad. Por otro lado, porque la discriminación que sufren las mujeres suele ser transversal y múltiple, de modo que se acumula a cualquier otro tipo de discriminación. Por ejemplo, la discriminación racial es mayor en relación con las mujeres de la minoría étnica. Desde este punto de vista, el género es un rasgo particularmente protegido por el Derecho Antidiscriminatorio, pero, al mismo tiempo, éste debe contemplarse bajo un enfoque de género en todas y cada una de sus manifestaciones.

8. SÉPTIMO PROBLEMA: LA CONCURRENCIA Y/O EL CONFLICTO ENTRE RASGOS

Además de que no todos los rasgos se encuentran protegidos por el ordenamiento de modo idéntico, ocurre que, en ocasiones, dos o más rasgos pueden concurrir simultáneamente generando un tipo específico de discriminación, la discriminación múltiple o interseccional, o bien, planteando un conflicto entre ellos.

El concepto de discriminación múltiple es de acuñación reciente. La idea de que las personas pueden pertenecer a varios grupos en desventaja al

mismo tiempo, sufriendo formas agravadas y específicas de discriminación fue reconocida y denominada por primera vez discriminación «*multiple*» o, más comúnmente, «*intersectional*» a finales de los años ochenta por algunas profesoras feministas afro-americanas de Estados Unidos. La más representativa ha sido Kimberlé Crenshaw,⁸ quien tuvo la oportunidad de plasmar su visión conceptual en el primer documento internacional que reconoce el fenómeno con su participación en la Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo celebrada en 2001 en Durban (Sudáfrica).

K. Crenshaw expone la idea de que la tendencia a tratar género y raza como categorías mutuamente excluyentes, impermeables entre sí podríamos decir, produce consecuencias problemáticas tanto en la teoría feminista como en las políticas antirracistas. Concretamente, nuestra autora entiende que al limitar el examen de las discriminaciones a las experiencias de los miembros más privilegiados de las minorías (los hombres negros y las mujeres blancas), se margina del análisis a aquellas que sufren múltiples barreras que no pueden ser comprendidas como consecuencia de rasgos de discriminación aislados y, por tanto, las mujeres negras son «invisibilizadas».⁹ El enfoque tradicional no tendría en cuenta adecuadamente la interacción entre raza y género y se limitaría a un limitado juego de experiencias. En consecuencia, no enfocaría «de modo suficiente la manera particular en que las mujeres negras se hallan subordinadas».¹⁰ La tesis principal de Crenshaw es que las mujeres negras pueden ser discriminadas de formas semejantes, pero también distintas de las experimentadas por las mujeres blancas y por los hombres negros. ¿Cómo? De cuatro maneras: pueden ser discriminadas del mismo modo que las mujeres blancas; o que los hombres negros; o pueden sufrir una «discriminación doble» en razón de los efectos combinados que discriminan sobre las bases del sexo y de la raza; o, finalmente, pueden ser discriminadas en tanto mujeres negras, no por la suma de ambos factores (el racial y el sexual), sino específicamente por ser mujeres negras.¹¹

⁸ *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum, 1.989, pp. 67-139.

⁹ *Ibidem*, p. 24. Ella emplea la palabra «*erased*»; la traduzco un tanto libremente por «invisibilizadas».

¹⁰ *Ibidem*, p. 25. Y, por ello, las necesidades y perspectivas de las mujeres negras se han venido ubicando en «los márgenes» de las agendas emancipadoras del feminismo y del movimiento antirracista (p. 35).

¹¹ *Ibidem*, p. 35.

En realidad, a mi juicio, para que el concepto de discriminación múltiple sea operativo como objetivo de políticas públicas y como criterio de interpretación jurídica, es imprescindible acotarlo con precisión. En este sentido, creo que habría descartar, en primer lugar, la discriminación múltiple para describir las situaciones en las que una persona es discriminada sucesiva y no simultáneamente, en diversas relaciones sociales, por diversos rasgos sospechosos (género, etnia, discapacidad, etc.) Admitido que se trata de una discriminación en la que concurren diversos rasgos al mismo tiempo, tampoco, creo, tendría excesivo interés comprender en su contenido cualquier manifestación de este tipo, entre otras razones porque la lista de posibles combinaciones sería demasiado larga (por ejemplo, mujeres de minorías étnicas, mujeres discapacitadas, mujeres homosexuales y transexuales, mujeres mayores, mujeres dentro de confesiones religiosas, discapacitados de minorías étnicas, mayores discapacitados, jóvenes homosexuales, etc.), sobre todo si se toman en consideración no sólo dos rasgos, sino tres o más. Si todo es discriminación múltiple, nada lo es, en realidad. Un concepto demasiado extenso pierde inevitablemente intensidad.

Aunque esta cuestión apenas ha sido estudiada (entre otras cosas porque el concepto es todavía más doctrinal y político que normativo y judicial), y, por tanto, todavía tampoco hay acuerdo en la literatura sobre el sentido y alcance de la discriminación múltiple, a mi juicio, la utilidad del concepto pasaría por su utilización sólo en los supuestos en los que concurren dos o más rasgos sospechosos configurando una discriminación específica que no sufren ni los miembros del grupo mayoritario, ni (y esto sería realmente lo peculiar del concepto) los miembros de la mayoría «privilegiada» del grupo minoritario. En otras palabras, la discriminación múltiple sólo debería utilizarse para identificar los casos en los que exista «una minoría (invisible y peor tratada) dentro de la minoría». No es casual, en este sentido, que el concepto haya sido acuñado en la literatura feminista afro-americana de los Estados Unidos en relación precisamente con las mujeres de las minorías étnicas, que sufrirían una discriminación común a la de los varones de la minoría pero también una discriminación por parte de éstos. Esta visión más estricta del concepto de discriminación múltiple provocaría una lista más corta de supuestos, empezando, como se ha dicho, por las mujeres de las minorías étnicas (piénsese en España en las mujeres gitanas y en las mujeres inmigrantes sin recursos, destacadamente las que ejercen la prostitución). Otro ejemplo podría ser el de los homosexuales (tanto mujeres como varones) de las minorías étnicas.

Pero los rasgos particularmente protegidos por el Derecho Antidiscriminatorio no sólo pueden presentarse de modo simultáneo configurando una discriminación específica, sino que también pueden concurrir en el caso planteando un conflicto entre ellos. Un caso que he tenido oportunidad de estudiar en otro lugar es el de las escolares musulmanas que deciden llevar pañuelo en la cabeza en los centros educativos públicos. En este supuesto pugnan el derecho a no sufrir discriminación por razón de género (el sentido ideológico del pañuelo es claramente machista) y el derecho a no sufrir discriminación por motivos ideológicos y religiosos. O pensemos en el caso de profesores homosexuales en centros educativos de confesionalidad religiosa que se oponga a la homosexualidad. O en los usos y costumbres de comunidades étnicas originarias en determinadas zonas de América Latina respecto de la igualdad de género. ¿Qué rasgo debe prevalecer en cada caso? Habrá que estar a las circunstancias del supuesto en particular y a la regla general de la ponderación entre derechos. Un caso interesante en este sentido es el decidido recientemente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Eweida v. Reino Unido*, de 27 de mayo de 2013. El Tribunal hizo prevalecer el derecho a no sufrir discriminación por orientación sexual a costa de las ideas religiosas tanto en el caso del señor G. McFarlene, un consejero matrimonial de Bristol que fue despedido por negarse a aceptar, debido a sus fuertes convicciones religiosas, en su terapia a parejas homosexuales, como de la señora L. Ladelle, también suspendida en su empleo por el Ayuntamiento de Irlington al negarse a registrar, por el mismo motivo que el señor McFarlene, a parejas homosexuales en el Registro municipal. No puedo detenerme en el análisis de este caso y en el de otros, pero, obviamente, emerge aquí un problema conceptual muy interesante en relación con los *competing rights* (un asunto negado en sede teórica por un sector influyente de los filósofos del derecho, pero, desde luego, muy presente en la realidad diaria de los tribunales).

9. OCTAVO PROBLEMA: LA DIFERENCIA ENTRE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA O DE IMPACTO Y LA ACCIÓN POSITIVA O IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Uno de los conceptos más interesantes y más desafiantes del Derecho Antidiscriminatorio es, precisamente, el de la discriminación indirecta o de impacto (un trato jurídico diferente en atención a un rasgo neutro, no sospechoso, pero que impacta de un modo desproporcionadamente negativo sobre un grupo social en desventaja protegido por la cláusula constitucional espe-

cífica de prohibición de discriminación). Hemos tenido ocasión de ver que se trata de un supuesto de discriminación por indiferenciación o igualación.

A veces se confunde la discriminación indirecta con la discriminación directa pero oculta (esto suele hacerse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español). Cuando un empresario se niega a contratar a una gitana como cajera de su supermercado por ser gitana, pero oculta su verdadera razón para hacerlo, alegando, por ejemplo, que el puesto acaba de cubrirse por otra persona, no incurre en una discriminación indirecta, sino en una groseramente directa, aunque oculta.

El concepto de discriminación indirecta es muy interesante porque permite controlar defectos estructurales o sistémicos de la regulación normativa de la igualdad; por ejemplo, si se exige el mismo periodo de años cotizados a la seguridad social a hombres y mujeres, es evidente que esto perjudica claramente a las mujeres trabajadoras porque estadísticamente se puede probar que, en su conjunto, ellas tienen una vida laboral más corta, trabajos más precarios y son las que asumen casi en exclusiva las medidas de conciliación (excedencias, trabajo con horario reducido, etc.) El concepto de discriminación indirecta permite, pues, una interpretación judicial más incisiva y activista contra cualquier tipo de discriminación presente en el ordenamiento y, por ello, una discriminación institucional.

Un problema conceptual específico de la discriminación indirecta es su difícil distinción con las acciones positivas en algunos casos. Acción positiva y discriminación indirecta se refieren a grupos más que a individuos y atienden a los efectos reales de una determinada práctica, norma o medida. Por ejemplo, las cuotas electorales de género pueden considerarse una medida contra las discriminaciones indirectas que se producen invariablemente en la selección de líderes políticos por los partidos, pero también una medida de acción positiva para lograr esa misma finalidad de asegurar la igualdad de mujeres y hombres en los procesos de toma de decisiones (al menos desde el punto de vista material, porque, formalmente, la cuota se puede presentar como una regla idéntica para mujeres y hombres). No es indiferente, como hemos visto, catalogar una medida de una u otra forma, porque la prohibición de discriminaciones indirectas es un auténtico derecho subjetivo exigible judicialmente, mientras que las acciones positivas tienen la naturaleza de un principio, con una densidad jurídica menor, por tanto. Si se considera la cuota electoral de género como una medida contra una discriminación indirecta (ésta es mi opinión), en tanto subsista la des-

proporción entre mujeres y hombres en la política (tal como se demuestra estadísticamente), sería inconstitucional suprimir dicha cuota. Pero si se considera una acción positiva, podría establecerse y también derogarse libremente, porque entraría dentro del margen de configuración legislativa. Aunque la distinción pueda resultar difícil en algunas ocasiones, sin duda cabe diferenciar las acciones positivas, con su requerimiento de tratar jurídicamente mejor a grupos sociales en desventaja fáctica, y la prohibición de las discriminaciones indirectas, con su exigencia de tratar de modo diferente a los diversos destinatarios de una norma o práctica si alguno de ellos sufre un impacto desproporcionadamente adverso en comparación con los demás.

10. NOVENO PROBLEMA: LA DISTINCIÓN ENTRE LAS ACCIONES POSITIVAS Y LAS DISCRIMINACIONES POSITIVAS

Éste es un problema clásico. No son pocos los que sostienen que no es posible diferenciar entre ambas categorías (sí, acaso, entre medidas de acción positiva fuertes y débiles) e incluso los que apuntan que hablar de «discriminación», aunque sea «positiva» ya resulta, de por sí, una forma inadecuada y peyorativa de enfocar la cuestión.

Sin embargo, me encuentro entre quienes distinguen ambas figuras. A mi juicio, las acciones positivas son tratos jurídicos favorables a grupos sociales en desventaja y las discriminaciones positivas son acciones positivas que, simétricamente, provocan un daño en un interés legítimo o en un derecho de algún miembro del grupo mayoritario. Las acciones positivas son ejercicio del derecho fundamental a no sufrir discriminación, pero las discriminaciones positivas suponen un límite al derecho de terceros. Por eso, no cabe discutir la validez jurídica (sí, por supuesto, la oportunidad) de las acciones positivas, mientras que las discriminaciones positivas, en cuanto límite de derechos fundamentales de terceros, tienen obligatoriamente que superar un juicio de proporcionalidad. Por eso no puede determinarse a priori la validez jurídica de las discriminaciones positivas: dependerá del tipo de medida en concreto que se establezca. Habrá algunas válidas y otras no.

Podrá discutirse teóricamente si acciones y discriminaciones positivas son categorías sinónimas o no, pero, de hecho, los tribunales de todos los ordenamientos sí las vienen distinguiendo. Otra cosa es identificar adecuadamente una medida como acción o como discriminación positiva. No siempre será fácil.

II. DÉCIMO PROBLEMA: LAS GARANTÍAS DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

El problema principal del Derecho Antidiscriminatorio es el problema de la eficacia de sus garantías porque los derechos valen lo que valgan en la realidad sus instrumentos de aseguramiento. El Derecho de la Unión Europea ha proporcionado un marco bien preciso y amplio de garantías, desde las procesales (existencia de procedimientos administrativos y judiciales; legitimación procesal de asociaciones; inversión de la carga de la prueba; protección frente a posibles represalias por denunciar la discriminación; existencia de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias) a las instituciones: organismos de igualdad, con la importante función de prestar asistencia a las víctimas, pero también de realizar investigaciones y emitir informes y recomendaciones. Los Estados añaden, por supuesto, las garantías penales contra la discriminación.

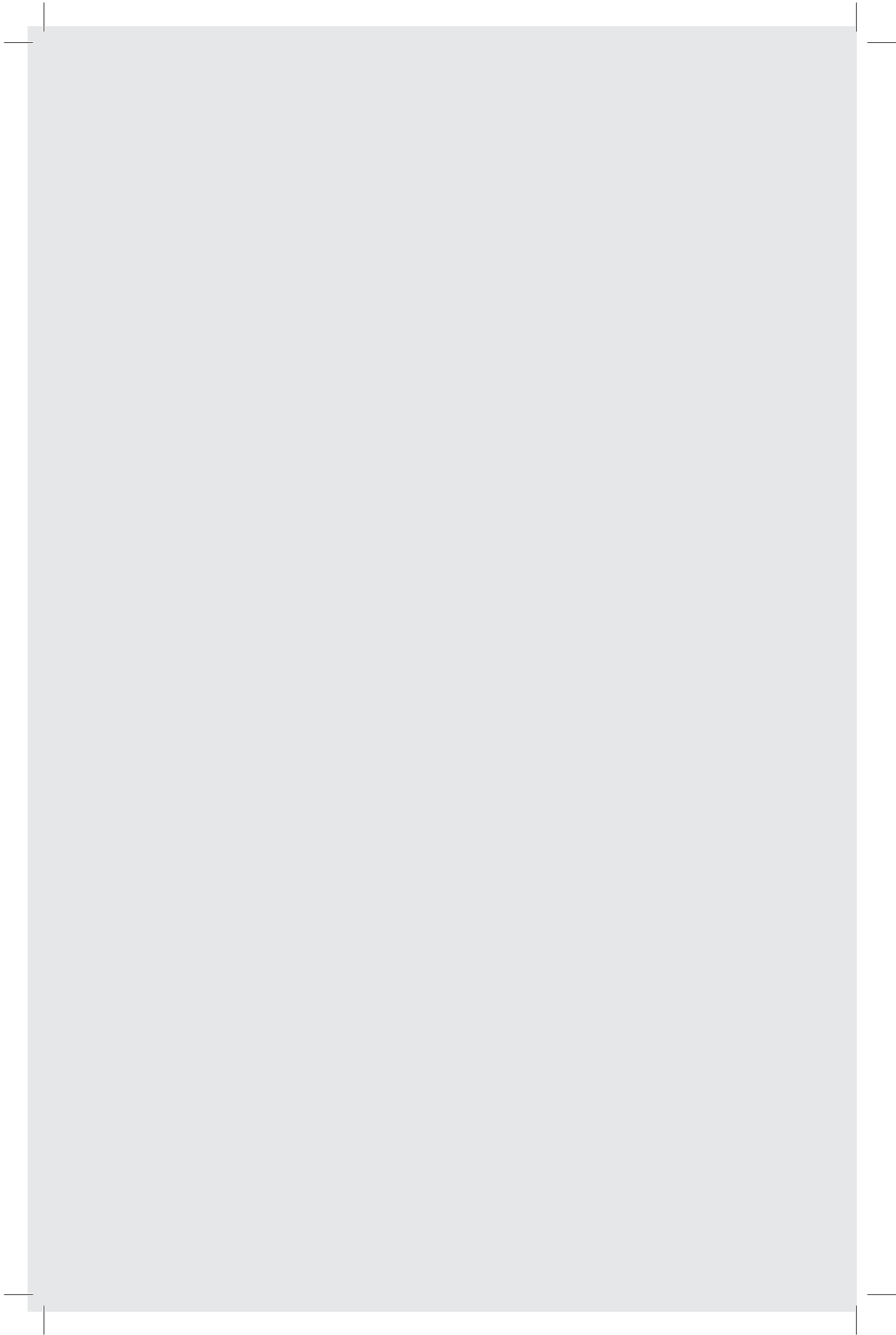
Evidentemente, en este punto de las garantías se plantean numerosos problemas, cuyo análisis excede el propósito de este breve trabajo expositivo. Quizá el principal sea su eficacia limitada, como denuncia la Opinión de la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales sobre la situación de la igualdad en la Unión Europea a los diez años de las Directivas de igualdad (Viena, 1 de octubre de 2013). Pero yo quisiera fijarme especialmente en uno, relativo a lo que podríamos denominar *ecología institucional* de la lucha contra la discriminación. No siempre se resuelve con finura el diseño del marco institucional. Da la impresión de que este marco es el resultado de la superposición de diversas políticas adoptadas en sucesivos periodos más que la respuesta a un diseño racional. Se plantea el problema del amontonamiento de instituciones, que, además, no suelen colaborar demasiado entre sí; en España tenemos la Defensora del Pueblo estatal y los equivalentes autonómicos, el Instituto de la Mujer, el Consejo para la igualdad racial o étnica, el Observatorio contra el racismo y la xenofobia, algunos organismos específicos autonómicos en relación con las mujeres, las minorías étnicas, etc.

¿UNA TELEOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SIN LIBERTAD? LA DIFUSIÓN DE LÓGICAS ACTUARIALES Y GERENCIALES EN LAS POLÍTICAS PUNITIVAS

José Ángel Brandariz García

SUMARIO

1. Introducción: Un modelo penal de seguridad al margen de la libertad.
2. La progresiva afirmación de la gestión de riesgos en el marco de una Política criminal compleja.
3. Un sistema penal orientado a la gestión de riesgos: el actuarialismo punitivo.
4. La afirmación del gerencialismo en las políticas públicas como estructura de oportunidad del actuarialismo penal.
5. Elementos del actuarialismo penal. La reorganización de la Política criminal en función de la gestión de riesgos.
6. Conclusión: Hacia una crítica del actuarialismo y el gerencialismo en materia punitiva.
7. Bibliografía citada.



I. INTRODUCCIÓN: UN MODELO PENAL DE SEGURIDAD AL MARGEN DE LA LIBERTAD

No parece en absoluto aventurado afirmar que las relaciones entre la seguridad y la libertad nunca han estado exentas de tensiones, tanto en términos generales cuanto, en particular, en el campo de lo punitivo. Más allá de los intentos de entender ambos conceptos como coherentes o sinérgicos (plasmados de algún modo, v.gr., en el art. 17.1 Constitución Española), cabe asumir que la seguridad y la libertad mantienen una relación tendencialmente contradictoria.¹ De este modo, su antítesis, y los riesgos inherentes a la afirmación de un verdadero *derecho a la seguridad*, se han intentado superar mediante, entre otras construcciones, un modelo de *seguridad de los derechos*.

A pesar de estas dificultades, la noción de libertad, vinculada en el marco de un Estado (democrático) de Derecho a los derechos fundamentales, ha logrado operar a lo largo de los dos últimos siglos —al menos formalmente— como límites frente a los excesos estatales en el diseño y puesta en práctica de modelos de sedicente garantía de la seguridad. En el campo de las políticas penales, ese tipo de racionalidad ha servido para confrontar, con mayor o menor éxito, los diversos paradigmas excepcionalistas pensados para la prevención y castigo de la criminalidad, invariablemente sustentados en la garantía de la seguridad de la colectividad. En cierta medida, todo ello ha sido posible porque tradicionalmente incluso los modelos penales securitarios más excepcionalistas han admitido, al menos implícitamente, que su operatividad y —de forma coetánea— su cuestionamiento se verificaban en el ámbito de lo jurídico, es decir, de la racionalidad y la gramática

¹ Vid., sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, 1992: 13 ss.

del Derecho. No en vano, ese es el campo en el que tiene sentido la idea de libertad como límite de los excesos securitarios.

La cuestión deviene más compleja, en cambio, cuando, como una suerte de expresión del *giro postmoderno* en las ciencias sociales y en las racionalidades públicas, se van afirmando formas gerencialistas de pensar la seguridad y la respuesta pública a la delincuencia. Esas formas de replantear las políticas públicas y, entre ellas, las políticas penales, construyen un modelo de seguridad en el que el campo discursivo de lo jurídico deviene marginal. Sus lógicas de funcionamiento, sus parámetros de legitimación y sus criterios de validación se enmarcan en un lenguaje eficientista, de matriz esencialmente económica, que resulta ajeno a la racionalidad jurídica. Precisamente por ello, en esos modelos de seguridad la libertad se enfrenta a graves escollos para poder operar como límite de los excesos securitarios. Tan es así que, como se verá *infra*, la crítica propiamente jurídica, en clave de derechos, a tales modelos parece especialmente inane. En consecuencia, las racionalidades gerenciales y actuariales tienden a conformar paradigmas de seguridad al margen de la libertad, lo que hace especialmente urgente una reflexión sobre ellos, a los efectos de pensar formas adecuadas de someterlos a crítica.²

El presente texto se dedica a analizar la progresiva consolidación de lógicas gerenciales en el ámbito de las políticas punitivas y de esquemas actuariales en el gobierno de la penalidad. Junto a ello, y tras detenerse en el estudio de la penetración de estas expresiones político-criminales en las diversas prácticas del sistema penal, el texto pretende contribuir al debate sobre las formas de someter a crítica estas orientaciones, desde y más allá de la tradicional racionalidad de la libertad.

2. LA PROGRESIVA AFIRMACIÓN DE LA GESTIÓN DE RIESGOS EN EL MARCO DE UNA POLÍTICA CRIMINAL COMPLEJA

Sin duda, la afirmación del riesgo como criterio de comprensión de la vida colectiva y principio organizador básico de las políticas públicas, ha ido cobrando una innegable influencia en materia político-criminal.

No cabe negar que cualquier pretensión de caracterizar la Política criminal del presente en términos tendencialmente unidimensionales resulta qui-

² DEL ROSAL BLASCO, 2009: 476, n. 2, apunta oportunamente que se hace difícil criticar la Política criminal, ya que esa crítica conforma un discurso ideológico que se enfrenta a un no discurso.

mérica. En efecto, si algo distingue las racionalidades que guían las actuales políticas punitivas es su heterogeneidad.³ Con todo, la lógica de gestión de riesgos ha ido consolidándose progresivamente como una guía mayor de la evolución político-criminal, introduciéndose en las concepciones sobre la pena justa, en las políticas penitenciarias y en el funcionamiento de las instancias policial y jurisdiccional,⁴ entre otros ámbitos.

Sin perjuicio de ello, cabe reiterar que la orientación de la Política criminal hacia la gestión de riesgos, a pesar de su relevancia, es una tendencia que aún hoy debe negociar su implantación en tensión —cuando menos— con otras dos grandes líneas de evolución, tendencialmente diferentes de ella.⁵

En primer lugar, si cabe entender que la lógica de gestión de riesgos es consonante con una cierta racionalidad *neoliberal* en la forma de afrontar las problemáticas de la criminalidad y la pena,⁶ no deja de presentar fricciones con planteamientos más *neoconservadores*. Esta segunda orientación apunta fundamentalmente al reforzamiento de los poderes soberanos del Estado en la lucha contra la criminalidad y a la conformación de una suerte de «*justicia expresiva*» basada en la severidad de las penas, y capaz de gobernar la sensación social de inseguridad, así como de dar respuesta a sujetos caracterizados por la alteridad y la peligrosidad.⁷

En segundo lugar, la afirmación de la gestión de riesgos no ha supuesto una superación completa del paradigma reintegrador otrora hegemónico, sino una cierta convivencia entre ambos planteamientos. La racionalidad

³ Vid., por todos, LOADER/SPARKS, 2007: 81; O'MALLEY, 2006a: 141; ROSE, 2000: 322; SPARKS, 2000: 139.

⁴ Vid., en este sentido, DEERING, 2011: 14 s.; HANNAH-MOFFAT/MAURUTTO/TURNBULL, 2009: 391 ss.; KEMSHALL/WOOD, 2008: 612, 614; WHITTY, 2011: 123, 125 s.

⁵ Vid., entre muchos otros, BOTTOMS, 1995: 18 ss.; DOWNES/ROCK, 2011: 242; O'MALLEY, 2010: 30 ss.; SPARKS, 2000: 129 s., 133; STENSON/EDWARDS, 2001: 72 s. Sobre las dificultades que ha experimentado el actuarialismo para su afirmación en el ámbito de la justicia penal, vid. asimismo MARY, 2001: 36; O'MALLEY, 2006b: 47.

MARY, 2001: 40, señala con razón que el actuarialismo se ha mostrado como un tipo ideal, que no se implanta de forma normalizada en todos los ámbitos administrativos.

⁶ Vid., por todos, DEAN, 2010: 220; HAGGERTY, 2003: 194; O'MALLEY, 2004: 12; RIGAKOS/HADDEN, 2001: 62 s., 74 s., 79; STENSON, 2000: 222, 226. Discrepan de este punto de vista JOHNSTON/SHEARING, 2003: 145 s.

⁷ Vid., entre tantos otros, GARLAND, 2005: 231 ss.; HUDSON, 2001: 146 ss., 157 s.; SIMON, 2001: 125 ss.; SPARKS, 2000: 135 ss. —quien, no obstante, considera que esta Política criminal emotiva no es incompatible con la racionalidad del riesgo—; SULLIVAN, 2001: 34 ss. Para un análisis del concepto de «*justicia expresiva*», vid. TONRY, 2004: 159 ss.

rehabilitadora se ha mostrado más resistente de lo que tal vez cabría esperar, por su asentamiento en la cultura y práctica penitenciarias y por su innegable capacidad de producir una narrativa de utilidad para el sistema penal, atractiva para el público y para los gestores políticos.⁸ La resistencia de las diversas instancias del sistema a abandonar la lógica reintegradora y —en particular— sus rutinas profesionales ha venido siendo una razón básica de su pervivencia.⁹ Con todo, en particular en el ámbito penitenciario, se producen hibridaciones novedosas de la idea de rehabilitación con la racionalidad de riesgo, como en los esquemas de reclusos emprendedores o en el entendimiento de las necesidades de los presos como riesgos.¹⁰

Por lo demás, no cabe perder de vista la literatura que ha enfatizado que la racionalidad de gestión de riesgos no es algo propiamente nuevo en materia político-criminal, del mismo modo que no lo es la preocupación por la peligrosidad de los infractores.¹¹ Sin perjuicio del interés de este plantea-

⁸ Vid., por todos, CLIQUENNOIS, 2006: 365 ss.; HÖRNQVIST, 2010: 114 ss.; MAURUTTO/HANNAH-MOFFAT, 2006: 438 ss., 449 ss.; MILLER, 2009: 440 ss., 449; O'MALLEY, 2006a: 48, 174, 184 —quien señala oportunamente que se ha producido una suerte de sustitución del actuarialismo social (seguros sociales) por el actuarialismo individualizado—.

⁹ Vid. COLE, 2007: 499 ss.; KEMSHALL, 2006: 82 s.; LYNCH, 1998: 844 ss., 851 ss., 860 ss.; MILLER, 2009: 440 s.; O'MALLEY, 2006a: 48 s., 241.

CHELIOTIS, 2006: 321 ss., destaca, de forma especialmente sugerente, que la implantación de las lógicas actuariales y gerenciales se topa con el límite de la agencia humana de los operadores del sistema, que intervienen en un marco de amplia discrecionalidad.

¹⁰ Vid., por todos, BELL, 2011: 85; CLIQUENNOIS, 2006: 357; GRAY, 2009: 450 s.; HÖRNQVIST, 2010: 67 ss.; MAURUTTO/HANNAH-MOFFAT, 2006: 438 ss., 449 ss.

¹¹ Vid., por todos, FREIBERG, 2000: 51 ss.; HUDSON, 2003: 51 ss.; O'MALLEY, 2004: 27, 174; PRATT, 2000: 35 ss.; RIGAKOS/HADDEN, 2001: 62 ss.

En esta línea resulta especialmente sugerente la crítica de las denominadas «*criminologías de la catástrofe*», que consideran que hoy se produce una neta fractura histórica en la materia, sin cuestionar si la hegemonía de la rehabilitación en el pasado era realmente tal, y si en el presente el punitivismo no se ve realmente acompañado por otras tendencias. En este sentido, se señala que todas las etapas han producido hibridaciones diversas entre reforma y castigo, de modo que es necesario prestar especial atención a las complejas relaciones de continuidad y discontinuidad (vid. HUTCHINSON, 2006: 444 ss., 459 s.; O'MALLEY, 2000: 153 ss.).

Más allá de este debate sobre lo novedoso en la gestión político-criminal de riesgos, es cierto que, al menos en el contexto estadounidense, existen claros antecedentes de uso de técnicas semejantes a las del actuarialismo penal del presente; no obstante, el uso de tales técnicas era netamente diferente al que se verifica en la actualidad. Sobre ello, vid. HARCOURT, 2007a: 39 ss., 47 ss.; 2013: 41 ss., 54 ss.; BONTA, 2007: 519; BROWN, 2000: 94; O'MALLEY, 2006b: 44.

miento crítico, ha podido afirmarse con razón que el actuarialismo penal, en la medida en que incorpora elementos diferenciales en la gestión punitiva del riesgo en relación con aquellos antecedentes,¹² supone la apertura de un tiempo postmoderno en materia político-criminal.¹³

3. UN SISTEMA PENAL ORIENTADO A LA GESTIÓN DE RIESGOS: EL ACTUARIALISMO PUNITIVO

Probablemente los límites de la penetración de la racionalidad de gestión de riesgos en la Política criminal contemporánea también son debidos a que dicha lógica no ha logrado conformar como tal una verdadera escuela teórica, ni una tecnología completamente articulada. En efecto, la teleología de gestión de riesgo aúna un conjunto (solo) relativamente articulado de tendencias y prácticas;¹⁴ ese conglomerado conforma lo que ha venido conociéndose —entre otras denominaciones— como *actuarialismo penal*.

En consonancia con esa carencia de articulación, no es sencillo consensuar una definición del actuarialismo punitivo; con todo, una descripción asumible, y más bien estricta, sería la expuesta por HARCOURT (2007a: 1; 2011b: 27 s.), para quien se trata de una tendencia caracterizada por «*el uso de métodos estadísticos, en vez de clínicos, consistentes en amplias bases de datos, para determinar los diferentes niveles de actuación criminal relacionados con uno o más rasgos grupales, a los efectos (1) de predecir la conducta criminal pasada, presente o futura, y (2) de administrar una*

¹² Respecto de los perfiles diferenciales del actual tratamiento del riesgo, sustancialmente centrados en que se entiende como una realidad no susceptible de superación, sino solo de gestión, y como una característica grupal, no individual, vid., por todos, O'MALLEY, 2004: 11 s.; TUBEX, 2002: 461 ss.

¹³ Vid., en este sentido, CHELIOTIS, 2006: 314 s.; ROBINSON, 2002: 7. Discrepa de ese entendimiento, FEELEY, 2006: 218.

CLIQUEENNOIS, 2006: 355, por su parte, considera que la tesis de la justicia actuarial es consonante con la teoría foucaultiana de las sociedades de seguridad. Parece discrepar de ello, en cambio, HARCOURT, 2008: 274 ss., 281.

¹⁴ Vid., en este sentido, ANITUA, 2005: 508; DE GIORGI, 2000: 37; RIVERA BEIRAS, 2004: 310; SIMON/FEELEY, 2003: 80.

¹⁵ Sobre la sustitución de los métodos clínicos de estimación de riesgo por los actuariales, de base estadística, vid., por todos, BROWN, 2000: 96 s.; HARCOURT, 2007a: 106 s.; SAPIR, 2008: 257 s.; SIMON, 2005: 398 ss.; STENSON, 2001: 25. CAMPESI, 2008: 119, añade de forma oportuna que si bien los modelos clínicos se fundaban en una pretensión incluyente, los actuariales se sustentan sobre una racionalidad tecnológica excluyente, que habla de control y seguridad.

solución político-criminal». Ese recurso a la metodología estadística para la realización de evaluaciones y predicciones de riesgo expresa un anhelo de certidumbre propio de un cierto neopositivismo penal.¹⁶ En esa aspiración los métodos matemáticos se entienden superiores a los clínicos, en la medida en que facilitan las tareas y parecen garantizar la objetividad y la justificación de las decisiones tomadas, ofreciendo una nueva racionalidad a las tareas profesionales de las agencias punitivas.¹⁷

Esa reorganización de la Política criminal a partir de la prioridad teleológica de la gestión de riesgos fue puesta de manifiesto de manera seminal por los trabajos de FEELEY/SIMON (1992: 449 ss.; 1994: 173 ss.) que en su momento la denominaron *Nueva Penología*.¹⁸ Los autores realizaron el primer análisis teórico de lo que en los lustros siguientes se iría consolidando como Política criminal actuarial, examinándola desde una perspectiva netamente crítica.¹⁹ Como es sabido, la designación como *actuarial* remite a

¹⁶ Vid. SAN MARTÍN SEGURA, 2009: 58; SHICHOR, 1997: 474.

¹⁷ Vid., por todos, HANNAH-MOFFAT/MAURUTTO/TURNBULL, 2009: 391, 395 ss.; HÖRNQVIST, 2010: 19 s.; KEMPF-LEONARD/PETERSON, 2000: 68, 85, 87; O'MALLEY, 2008: 464 s.; WHITTY, 2011: 126, 128. Seguramente una expresión de ese entendimiento de las agencias del sistema penal como autómatas en el marco operativo de las gramáticas del riesgo es el trabajo de ERICSON/HAGGERTY, 2002: 238 ss.

¹⁸ Vid. asimismo SIMON, 1998: 452 ss. Para una aproximación a estos trabajos, vid., entre muchos otros, BECKETT, 1997: 9 ss.; CHELIOTIS, 2006: 314 ss.; DE GIORGI, 2000: 36 ss., 81 ss., 95 ss.; KEMSHALL/MAGUIRE, 2001: 244 s.; RE, 2006: 90 ss.

Los primeros analistas de la *Nueva Penología* destacaron que producía un cambio fundamental en los objetivos, estrategias y discursos del sistema penal. Los autores destacaron tres líneas fundamentales de evolución. En primer lugar, se verifica un abandono de la prioridad del individuo en el sistema penal, en beneficio de los grupos y las categorías. En segundo lugar, se produce una mutación de las narrativas de la penalidad, en la medida en que los individuos dejan de verse como necesitados que precisan un tratamiento, y pasan a entenderse como sujetos de riesgo que requieren gestión; esta idea se ve facilitada por la concentración de la atención en los procesos internos del sistema. En tercer lugar, se transforman las normas de evaluación y decisión, que en el presente se acomodan a formas tecnocráticas de saber, orientadas a los lenguajes de la probabilidad y el riesgo (sobre todo ello, vid. FEELEY/SIMON, 1992: 450 ss.; SIMON, 1998: 453 s.).

¹⁹ Vid., sobre ello, CHELIOTIS, 2006: 331; CLEAR/CADORA, 2001: 52; MELOSSI, 2002: 231 s.

Los trabajos de FEELEY/SIMON no han dejado de destacar que el actuarialismo no es una dinámica completamente hegemónica en materia político-criminal, sino una orientación que se introduce progresivamente, y que convive en tensión con otras tendencias (vid., por ejemplo, FEELEY, 2004: 71 ss.; 2006: 218, 232; FEELEY/SIMON, 1992: 449, 451, 459; SIMON, 1998: 453 ss.; SIMON/FEELEY, 2003: 76 s., 92 s., 101 ss.). Por lo demás, los autores han re-

la proximidad de esta orientación político-criminal con los procedimientos y lógicas propios de las empresas aseguradoras,²⁰ con las que comparte una específica filosofía de gestión del riesgo.

Antes de analizar, siquiera someramente, los elementos centrales de esa racionalidad de gestión, parece necesario detenerse en algunas características del riesgo que han sido advertidas por la literatura especializada, y que, sin embargo, suelen ser desatendidas por las tesis y prácticas del actuarialismo penal.

En primer lugar, cabe tener en cuenta que en el riesgo no hay nada de unidimensional, por mucho que se pretenda que aboca a organizar el control penal de determinadas maneras. Lejos de ello, el riesgo es un concepto radicalmente plural y heterogéneo, que puede conducir a entendimientos muy variados y a modos de gestión claramente diversos.²¹ Un ejemplo especialmente significativo de esa desatención de la pluralidad es el entendimiento del riesgo en clave meramente negativa, como probabilidad de verificación futura de un evento lesivo. Frente a esta lectura unidimensional, prevalente en cierta literatura más o menos próxima a las teorizaciones de BECK, otro sector de especialistas ha destacado que también es posible una noción *positiva* o productiva de riesgo.²² Esta concepción permite percibir, entre otras cuestiones, que en el pensamiento neoliberal el riesgo también se presenta como oportunidad, al menos en dos sentidos. En primer lugar, el riesgo se entiende como ocasión para imprimir una dirección económicamente productiva a la gestión de la inseguridad ante el delito, haciendo de ella una potencial mercancía, con capacidad para activar un concreto sector empresarial y para garantizar que el mercado sea la principal instancia

tornado en diversas ocasiones a su teoría, matizando algunas consideraciones en atención a las críticas recibidas (vid., especialmente, SIMON/FEELEY, 2003: 76 ss.).

²⁰ Vid., por todos, DAUNIS RODRÍGUEZ, 2009: 14; DE GIORGI, 2002: 133; O'MALLEY, 2006b: 48; RE, 2006: 90; SANTORO, 2004: 125. Sobre el origen del concepto de riesgo en la práctica de los seguros, vid. ERICSON/HAGGERTY, 1997: 39; EWALD, 1991: 197 ss.

Sin perjuicio de lo afirmado en el texto, para una diferenciación entre la gestión de riesgos propia del ámbito de los seguros, y la correspondiente al actuarialismo penal, vid. O'MALLEY, 2004: 21 s.; RE, 2006: 91 s.

²¹ Vid., entre otros, BROWN, 2000: 93, 95, 106; DEAN, 2010: 211, 220; GARLAND, 2003: 49 s.; O'MALLEY, 2004: 6 s.; ZEDNER, 2006b: 424, 428 ss.

²² Vid., entre otros, BAKER/SIMON, 2002: 20 s.; DOUGLAS/WILDAVSKY, 1983: 27 s.; MAURUTTO/HANNAH-MOFFAT, 2006: 448 s.; O'MALLEY, 2008: 453; ZEDNER, 2009: 153 s. REINER/LIVINGSTONE/ALLEN, 2001: 178, por su parte, destacan que la sociedad contemporánea ha pasado de ser riesgofóbica a riesgofílica.

de regulación social.²³ En segundo lugar, la gestión de riesgos se ve como oportunidad para conformar un determinado tipo de sujeto, activo, prudente y capaz de administrar la prevención de los peligros que le acechan; un modelo subjetivo, por lo demás, plenamente congruente con lo que demandan las tesis neoliberales de individualización de las responsabilidades y autogestión de la libertad.²⁴

En consonancia con todo ello, en segundo lugar, no cabe entender el riesgo como una noción neutra ni su gestión como una tecnología meramente objetiva.²⁵ El riesgo y su activación en clave de control social son construcciones colectivas, preñadas de elementos culturales, morales y políticos, en los que operan de manera relevante consideraciones de género, etnia y clase.²⁶ En efecto, en este punto es imprescindible tomar decisiones normativas, relativas a qué debe ser valorado como riesgo, qué riesgos deben ser priorizados, qué ha de ser considerado como un nivel de riesgo admisible, qué se entiende por seguridad, o quién produce riesgos y quién ha de ser protegido frente a ellos.²⁷ Por ello, el diseño del control penal en clave de administración de riesgos responde a elecciones y racionalidades netamente políticas, en las que está ausente cualquier idea de necesidad o determinismo causal.²⁸

En gran medida al margen de la conciencia de esas características del riesgo, las tendencias político-criminales que se articulan en torno al actuarialismo parten de una serie de premisas sobre el control del delito que se muestran consonantes con la racionalidad propia de la tecnología de seguros.

En primer lugar, el actuarialismo penal surge en un momento en el que la sensación de inseguridad y el riesgo tienden a afirmarse como rasgos fundamentales de comprensión de la vida colectiva.²⁹ Junto a ello, la inseguridad personal frente a la criminalidad tiende a operar como crisol

²³ Vid. BELL, 2011: 207; ERICSON, 2007: 5; O'MALLEY, 2004: 3 s.; PÉREZ CEPEDA, 2007: 47.

²⁴ Vid. DENNEY, 2005: 10 s.; GARLAND, 2003: 68 s.; ERICSON, 2007: 5 s.; O'MALLEY, 2004: 9, 72 s., 76; STEELE, 2004: 29 s.

²⁵ Vid. BELL, 2011: 179; PITCH, 2006: 77.

²⁶ Vid., por todos, ERICSON/DOYLE, 2003: 2 ss.; HUDSON/BRAMHALL, 2005: 736 ss.; KEMSHALL, 2006: 83 ss.; O'MALLEY, 2008: 453, 464 s.; PARNABY, 2006: 13 s., 18 s.

²⁷ Vid., sobre ello, DOUGLAS, 1992: 34 ss., 44; DOUGLAS/WILDAVSKY, 1983: 4, 8 s.; ERICSON, 2006: 347; O'MALLEY, 2008: 465; ZEDNER, 2006b: 426 s.

²⁸ Vid., entre otros, DEAN, 2010: 211; DOUGLAS, 1992: 12 ss., 22 s.; 31 s., 44 ss., 79; O'MALLEY, 2008: 453; STEELE, 2004: 20 s.; ZEDNER, 2006b: 426 s., 430 s.

²⁹ Vid., en particular, FEELEY, 2004: 70.

metonímico de un vasto conjunto de incertidumbres y ansiedades contemporáneas.³⁰

En segundo lugar, ese creciente protagonismo del riesgo como referente cultural, en particular del riesgo criminal, se verifica de forma coetánea a la admisión de la exclusión social. En efecto, la excedencia de determinados segmentos de la población tiende a asumirse como una realidad insuperable, de carácter estructural, que solo puede ser objeto de gestión.³¹ Esta aceptación de la exclusión incide también sobre el ámbito punitivo, favoreciendo la crisis de los discursos normalizadores y resocializadores, hoy vistos como quiméricos y disfuncionales para orientar el control social contemporáneo.³² Más en concreto, decae una cierta preocupación por las causas del delito, analizadas a los efectos de planificar intervenciones rehabilitadoras.³³

Estas premisas se manifiestan en el modo de afrontar la criminalidad por parte del actuarialismo. En una suerte de verdadera revolución en relación con teleologías anteriores, el objetivo político-criminal prioritario deja de ser la superación de la delincuencia, algo que se estima como quimérico. No en vano, decae el entendimiento de la criminalidad como patología —individual o social—. En consecuencia, y en la medida en que el fenómeno se asume como un hecho social normal,³⁴ no cabe imaginar su desaparición o —incluso— su reducción sustancial.³⁵ Por ello, la nueva finalidad

³⁰ Vid., no lejos de este punto de vista, BROWN, 2009: 194 s., 198; Díez RIPOLLÉS, 2005: 253 ss.; WACQUANT, 2012: 245. Dicho de otro modo, la criminalidad es un símbolo de condensación, una manera de registrar y hacer inteligibles mutaciones de la vida social y cultural que de otra forma serían de difícil comprensión (vid. LOADER/GIRLING/SPARKS, 2000: 66; BELL, 2011: 203).

³¹ Vid., en una literatura inabarcable, FEELEY/SIMON, 1992: 467 ss.; SIMON, 1998: 454.

³² Vid., entre otros, CLIQUENNOIS, 2006: 356; KEMSHALL, 2006: 76; O'MALLEY, 2006b: 43 s.; SCHEERER, 2000: 249; SIMON, 1998: 456.

³³ Como apunta con acierto BURUMA, 2004: 49, el objetivo ya no es explicar la criminalidad, sino predecirla. En una línea semejante, ZEDNER, 2006a: 147 ss., destaca que en la última etapa se ha producido una sustitución de la reflexión teórica sobre las causas del delito por una orientación político-criminal más práctica, entendiendo que lo primero es poco útil para las personas que sufren el delito, y que es necesario concentrarse en la reducción de las oportunidades para delinquir. De esta manera, la ciencia criminológica se ve progresivamente instrumentalizada por las necesidades políticas.

³⁴ Vid. ERICSON/HAGGERTY, 1997: 40, 448; GARLAND, 1997: 186; MARY, 2001: 40 s.; SIMON, 1998: 455; ZEDNER, 2009: 68.

³⁵ Vid., en este sentido, ERICSON/HAGGERTY, 1997: 40, 448; GARLAND, 2005: 184 ss.; SHICHOR, 1997: 473 s.; SIMON/FEELEY, 2003: 107; ZEDNER, 2000: 209.

político-criminal es la gestión eficiente de la criminalidad, pretendiendo la minimización —lo más económica posible— de sus efectos.³⁶

De forma consonante con ello, las nuevas palabras de orden son *gestión* y *distribución* de unos riesgos que no pueden ser eficazmente conjurados.³⁷ Por lo demás, no cabe dejar de relacionar la afirmación de esa visión posibilista de la Política criminal con la creciente preocupación neoliberal por el gasto público, que ha determinado que los costes del sistema penal comiencen a aparecer como una variable capital en el diseño de las políticas de prevención y control.³⁸

4. LA AFIRMACIÓN DEL GERENCIALISMO EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO ESTRUCTURA DE OPORTUNIDAD DEL ACTUARIALISMO PENAL

Sin perjuicio de estas características básicas del actuarialismo penal, no cabe perder de vista que tal tendencia político-criminal difícilmente podría haber logrado la difusión adquirida en los últimos lustros sin la concurrencia coetánea de una segunda evolución, de ámbito más general. Se trata de la progresiva emergencia de una innovadora racionalidad de gobierno de las políticas públicas, que podría calificarse como gerencial,³⁹ y que remite fundamentalmente a la tesis del *New Public Management* —NPM— o nueva gestión pública.⁴⁰

Una razón de especial relevancia de la progresiva afirmación de esta racionalidad neoliberal de reorganización administrativa es la preocupación economicista por los costes de las políticas públicas y por la contención del gasto. De este modo, la constancia de los límites de los recursos públicos, promovida por la *doxa* neoliberal, conduce a una profunda mutación en la forma de pensar, organizar y poner en funcionamiento la Administración,

³⁶ Vid., en este sentido, ANITUA, 2005: 508 s.; DEAN, 2010: 195; FEELEY/SIMON, 1992: 452, 455 s., 466; DE GIORGI, 2000: 39, 41, 44 s.; SIMON, 1998: 453 s. En una línea próxima, JOHNSTON/SHEARING, 2003: 82, destacan que el pensamiento contemporáneo se ocupa menos del delito que del problema —más amplio— de la gobernanza de la seguridad.

³⁷ Estas ideas se expresaban ya en los dos textos seminales de esta orientación en el ámbito de la Política criminal oficial británica: FLOUD/YOUNG, 1981; FLOUD, 1982. Sobre estos textos y su relevancia, vid. O'MALLEY, 2006b: 43; SANTORO, 2004: 127 s.

³⁸ Vid. CRAWFORD, 2007: 869; STENSON, 2000: 226.

³⁹ Sobre esta denominación en el ámbito de la literatura penal en lengua castellana, vid. SILVA SÁNCHEZ, 2011: 74.

⁴⁰ Para una aproximación general a la NPM, vid., por todos, OSBORNE/GAEBLER, 1995; CLARKE/NEWMAN, 1997.

en la que cobran preeminencia los principios de economización de recursos y de maximización de la relación coste-beneficio.⁴¹

Esa lógica administrativa de carácter economicista viene a sustituir a otra racionalidad no menos sólida: la orientación *social* propia de la etapa *welfare*, que legitimaba y orientaba las políticas públicas fundamentalmente desde la perspectiva de su utilidad para solucionar problemas sociales, lo que en el ámbito punitivo otorgaba prioridad a la atención a las causas colectivas de la criminalidad.⁴² Dicho de otro modo, el NPM atiende más a la eficiencia, esto es, a la manera de lograr los cometidos de la Administración, que a la eficacia, es decir, al contenido de sus funciones y a la consecución de fines externos.⁴³ Por lo demás, la orientación gerencialista, como ya ha sido sugerido, se muestra refractaria a las consideraciones relativas a derechos humanos.⁴⁴

Esa racionalidad gerencial conduce a la implantación en el ámbito administrativo de todo un conjunto de prácticas que pretenden economizar los medios —humanos y financieros— disponibles, orientarlos eficientemente hacia objetivos definidos, y producir parámetros de evaluación periódica de los resultados obtenidos.⁴⁵

Sin ánimo de exhaustividad, pueden mencionarse algunas de esas prácticas de naturaleza gerencial, implantadas en el ámbito administrativo de las políticas penales. En primer lugar, se pretende mejorar la coordinación entre las diferentes instancias de persecución punitiva y gestión del orden público, en línea con su entendimiento como partes integrantes de un sis-

⁴¹ Vid., por todos, ANITUA, 2005: 509; EASTON/PIPER, 2008: 13; FAULKNER, 2000: 83; GARLAND, 2005: 197 ss., 306 s.; DE GIORGI, 2002: 115.

Como parece evidente, esta circunstancia corrobora una vez más que el actuarialismo no es una tendencia político-criminal completamente hegemónica, ya que algunos fenómenos capitales de la evolución reciente de los sistemas penales no pueden ser explicados desde la lógica de economización de costes, como el sostenido crecimiento de las poblaciones penitenciarias antes del inicio de la recesión de 2008 (vid. GARLAND, 2005: 59; DE GIORGI, 2000: 82 s.; SIMON/FEELEY, 2003: 77). En esta línea, BELL, 2011: 179, destaca que a pesar de esa preocupación por los costes del sistema penal, el gerencialismo ha impulsado el incremento de la punitividad, por lo que podría hablarse de «gerencialismo punitivo».

⁴² Vid. GARLAND, 2005: 278, 306 s.; RIVERA BEIRAS/NICOLÁS LAZO, 2005: 231 ss.; O'MALLEY, 2006a: 82; REINER, 2006: 31 s.; ZEDNER, 2006a: 157 s.

⁴³ Vid. VIGOUR, 2006: 428, 451.

⁴⁴ Vid., entre otros, BELL, 2011: 179.

⁴⁵ Vid., por todos, GARLAND, 2005: 197, 200; MUCCHIELLI, 2008: 99 ss.; O'MALLEY, 2006a: 108 ss., 132; ROSE, 1999: 150 ss.

tema.⁴⁶ Ello conduce, por otra parte, a desarrollar modos innovadores de colaboración entre instancias públicas y entidades privadas —empresariales, comunitarias, de usuarios— en el gobierno de la seguridad y la lucha contra el delito.⁴⁷

En segundo lugar, se procede al diseño de planes estratégicos, que analicen medios disponibles y objetivos susceptibles de consecución, en aras de la economización de recursos y de la estandarización de los modos de funcionamiento.⁴⁸ Ello se ve acompañado por un modo de funcionamiento prácticamente de mercado, que orienta el sistema en una clave de prestación de servicios y de mejora de la productividad de los operadores públicos.⁴⁹

En tercer lugar, se diseñan indicadores de evaluación interna y se comprueban de forma periódica los niveles de eficacia y eficiencia tanto de los aparatos administrativos en su conjunto⁵⁰ como de cada uno de los operadores.⁵¹ Esa tendencia hacia la auditoría y la evaluación permanente supone la implantación de una cierta reflexividad de la actividad administrativa, condicionada tanto por la evidencia de sus fallos de funcionamiento, cuanto por la necesidad de garantizar su legitimidad en un tiempo de crisis de autoridad de las instituciones públicas.⁵²

En cuarto lugar, y más allá de los criterios de eficiencia útiles para la auditoría interna de las políticas punitivas, la racionalidad gerencial requiere construir nuevas referencias de éxito aptas para la valoración externa. El objetivo en este ámbito es generar una imagen de eficacia, a

⁴⁶ Vid. BOTTOMS, 1995: 24 s., 29 s.; CHELIOTIS, 2006: 319 —con matices de interés—; GARLAND, 1997: 189; PAINTER, 2005: 308 s.; WANDALL, 2010: 334. Sobre la aplicación de la perspectiva sistemática en el actuarialismo, vid. asimismo FEELEY/SIMON, 1992: 454; SIMON/FEELEY, 2003: 78, 93.

⁴⁷ Vid. BELL, 2011: 5 —quien señala que esta cooperación con agregaciones privadas ha supuesto más intervención estatal, no menos—; HUGHES, 1998: 80; PAINTER, 2005: 308; RAINE/WILLSON, 1997: 83, 85; WOOD/SHEARING, 2011: 27 ss.

⁴⁸ Vid. BOTTOMS, 1995: 25; McLAUGHLIN/MURJI, 2001: 109; RAINE/WILLSON, 1997: 82; WOOD/SHEARING, 2011: 157 s.

⁴⁹ Vid., por todos, DEERING, 2011: 19; FAULKNER, 2000: 82; McLAUGHLIN/MURJI, 2001: 109; WOOD/SHEARING, 2011: 57 s., 144, 155 s.

⁵⁰ Vid., entre otros, GARLAND, 2005: 58, 130, 197 s.; MOUHANNA, 2008: 85 ss.; PAINTER, 2005: 308; RAINE/WILLSON, 1997: 82 s.; VIGOUR, 2006: 428 s.

⁵¹ Vid. CHELIOTIS, 2006: 318 s.

⁵² Vid. INNES, 2003: 140; KEMSHALL/MAGUIRE, 2001: 256 s.; O'MALLEY, 2006a: 110; ROSE, 2002: 223; VIGOUR, 2006: 435.

los efectos de incentivar la confianza en el sistema y de contener el temor al delito.⁵³

En este campo de redefinición de los parámetros de valoración, la Política criminal actuarial se acomoda a lo que podría ser denominado como modelo *performativo*,⁵⁴ o de preeminencia de los medios respecto de los fines. En efecto, los nuevos indicadores de éxito tienden a concentrarse más en rendimientos que en resultados, es decir, más en lo que las instancias del sistema penal hacen que en los beneficios sociales que producen —en términos de prevención del delito o de conformación de un modelo garantista—.⁵⁵ En efecto, se tiende a generar atención hacia indicadores relativos a rendimientos de las agencias del sistema, como número de personas detenidas, volumen de las plantillas policiales, número de infracciones llevadas ante la justicia o cantidad de condenas dictadas.⁵⁶ Frente a ello, se margina la consideración de resultados específicos, como la reducción de las tasas de delincuencia, el incremento de los índices de resolución de casos o el descenso de las cifras de reincidencia —como criterio de medición de los resultados resocializadores—.⁵⁷

Esta redefinición de los criterios de funcionamiento del sistema punitivo, en la línea de priorizar la eficiencia economicista frente a la eficacia en términos de prevención, merece alguna consideración adicional. En primer lugar, esta mutación facilita la evaluación positiva del funcionamiento del sistema, en la medida en que los parámetros tienden a acomodarse a las tareas que efectivamente pueden ser desarrolladas, y las agencias disfrutan de una cierta capacidad de control sobre los criterios de medición; todo ello dificulta, obviamente, el análisis y la crítica externos.⁵⁸ En segundo lugar, y en consonancia con ello, la evaluación de acuerdo con rendimientos permite una cierta autovalidación del sistema, en la medida en que los fracasos pueden presentarse como insuficiencias en la operatividad del

⁵³ Vid. MUCCHIELLI, 2008: 100.

⁵⁴ Vid. PORTILLA CONTRERAS, 2005b: 61. Vid. asimismo ANITUA, 2005: 508; FORTI, 2005: 157; LACEY/ZEDNER, 2000: 164; O'MALLEY, 2006a: 211.

⁵⁵ Vid., en este sentido, FAULKNER, 2000: 82 s.; FEELEY/SIMON, 1992: 456; KEMSHALL/MAGUIRE, 2001: 253; MILLER, 2009: 442; ZEDNER, 2000: 209 s.

⁵⁶ Vid., sobre ello, BELL, 2011: 5, 84, 180; FEELEY/SIMON, 1992: 456; MUCCHIELLI, 2008: 100; SAINATI/SCHALCHLI, 2007: 25, 35.

⁵⁷ Vid. ZEDNER, 2000: 209 s. Discrepan parcialmente de este punto de vista WOOD/SHEARING, 2011: 54 s.

⁵⁸ Vid. FEELEY/SIMON, 1992: 456 s.; FORTI, 2005: 157; WOOD/SHEARING, 2011: 158 s.

modelo, que deberían solucionarse mediante el incremento de recursos.⁵⁹ En tercer lugar, esa preocupación por los rendimientos resulta consonante con una Política criminal seguramente más centrada en contener el temor a la criminalidad que en reducir las tasas de delincuencia.⁶⁰ En este sentido, parece evidente que esa mutación de los modos de presentación y evaluación del funcionamiento del sistema dista de ser una mera cuestión comunicativa, supuestamente neutra en términos de prevención. Lejos de ello, tal evolución transforma las prioridades operativas en materia político-criminal, sobre todo cuando se ve reforzada por el empleo de incentivos a las distintas agencias y operadores.⁶¹ En efecto, la lógica cuantitativa de rendimientos conduce a que dichas instancias se concentren en la persecución de hechos de fácil descubrimiento o prueba, en detrimento de otros ilícitos de mayor lesividad; del mismo modo, el modelo genera una cierta reincidencia, en la medida en que resulta más *eficiente* la persecución de infractores ya conocidos.⁶²

En suma, la racionalidad gerencial del NPM, importada de los modos de funcionamiento de los entes privados de naturaleza empresarial,⁶³ ha ido introduciéndose en las últimas décadas en un ámbito de políticas públicas que en principio parecería distante de esa lógica operativa, como es el sistema punitivo.⁶⁴ En ese punto la lógica gerencial ha logrado ir superando ciertos escollos, derivados de la particular posición soberana y jurídico-constitucional de los tribunales,⁶⁵ de la centralidad de la lucha contra la delincuencia

⁵⁹ Vid. INNES, 2003: 141.

⁶⁰ Vid. GARLAND, 2005: 203 ss.; PALIDDA, 2000: 164.

⁶¹ Sobre este tipo de incentivos retributivos, vid. BONELLI, 2010: 372 s.; RAINE/WILLSON, 1997: 83.

⁶² Vid. BONELLI, 2010: 373 s.; GARLAND, 2005: 58 s., 203; MUCCHIELLI, 2008: 102, 106, 108; PAINTER, 2005: 311; SAINATI/SCHALCHLI, 2007: 32 s., 35 s. En consonancia con ello, FEELEY/SIMON, 1992: 455 s.; MARY, 2003: 33; MILLER, 2009: 441 s., señalan que el descubrimiento de la reincidencia no es muestra de fracaso del sistema, sino un resultado positivo.

MUCCHIELLI, 2008: 102, hace referencia a otras estratagemas observadas en el caso francés para distorsionar los resultados estadísticos de rendimiento de las agencias de persecución penal.

⁶³ Vid., sobre esa importación, EASTON/PIPER, 2008: 13; GARLAND, 1997: 185 s.; NELLIS, 2005: 179; VIGOUR, 2006: 436; WOOD/SHEARING, 2011: 152 ss.

⁶⁴ Vid., entre tantos otros, DEERING, 2011: 19 ss.; McLAUGHLIN/MURJI, 2001: 109 ss.; PAINTER, 2005: 307 ss.; RAINE, 2005: 293 ss.; VIGOUR, 2006: 425 ss.

⁶⁵ Vid., sobre ello, BOTTOMS, 1995: 29 s.; RAINE, 2005: 291, 297; RAINE/WILLSON, 1997: 82; VIGOUR, 2006: 427, 429, 432 s., 437.

en el ámbito de las políticas estatales, o de la tradicional refractariedad de este sector de la actividad pública al control de costes.⁶⁶

A modo de complemento de lo ya avanzado, cabe revisar algunas de las mutaciones fundamentales de la penetración del NPM en el funcionamiento de las diversas instancias del sistema.

En el ámbito policial, en línea con lo apuntado, la racionalidad gerencial ha supuesto la progresiva afirmación del funcionamiento por objetivos y del establecimiento de indicadores de rendimiento.⁶⁷ Esto implica que la actividad policial tiende a evolucionar desde una perspectiva reactiva de investigación de delitos ya cometidos a otra proactiva, en la que se funciona de acuerdo con una previsión estratégica de los objetivos operativos.⁶⁸ Junto a ello, las fuerzas policiales públicas se han ido adaptando a modelos de colaboración y reparto de responsabilidades con servicios de seguridad privada,⁶⁹ y con estructuras organizadas de base comunitaria o vecinal.⁷⁰ Este último marco de cooperación es consonante con la preocupación permanente por mejorar la imagen de las fuerzas policiales y aproximarlas a la población.⁷¹ Por otro lado, ese ámbito de colaboración no solo facilita fórmulas de policía comunitaria o de proximidad, sino que tiende a atribuir a las fuerzas públicas la tarea prioritaria de acumular y distribuir información útil para la gestión, por su parte pero también por los individuos y agregaciones privadas, de los riesgos criminales.⁷²

En el ámbito procesal, la racionalidad gerencial se halla en la base del recurso a fórmulas sumarias en los procedimientos y de la promoción de soluciones de justicia negociada, así como de la delegación de funciones jurisdiccionales a los empleados judiciales.⁷³

En el campo de la ejecución de penas, tanto carcelarias como no privativas de libertad, el gerencialismo ha contribuido a la difusión de modelos

⁶⁶ Vid., sobre ello, McLAUGHLIN/MURJI, 2001: 110 s.

⁶⁷ Vid. HUGHES, 1998: 80; KEMSHALL/MAGUIRE, 2001: 244.

⁶⁸ Vid. KEMSHALL/MAGUIRE, 2001: 244; MARY, 2001: 37 s.; WOOD/SHEARING, 2011: 55.

⁶⁹ Vid., sobre ello, PAINTER, 2005: 308; WOOD/SHEARING, 2011: 155 s.

⁷⁰ Vid. McLAUGHLIN/MURJI, 2001: 119; ROSE, 2000: 329.

⁷¹ Vid., sobre ello, BONELLI, 2010: 371 s.

⁷² Vid. ERICSON/HAGGERTY, 1997: 41, 70; MARY, 2001: 37; ROSE, 2000: 329.

⁷³ Vid. BELL, 2011: 5, 180; RAINE, 2005: 295; RAINE/WILLSON, 1997: 83; SILVA SÁNCHEZ, 2011: 74 ss.; VIGOUR, 2006: 443. Vid. asimismo SIMON/FEELEY, 2003: 101, sobre la relación de la justicia restaurativa con la lógica actuarial.

privatizadores, que han alcanzado diversos niveles en función de los países y de las diferentes sanciones a las que se aplican.⁷⁴

5. ELEMENTOS DEL ACTUARIALISMO PENAL. LA REORGANIZACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN FUNCIÓN DE LA GESTIÓN DE RIESGOS

Todo lo avanzado permite aproximarse a las principales mutaciones que ha generado la progresiva penetración de un modo actuarial de organización y gestión de la Política criminal, en consonancia con una articulación gerencial de las políticas públicas.

No obstante, la trascendencia de la transformación actuarial requiere un análisis más detenido de algunas de sus principales innovaciones. En este sentido, es bien conocido que el componente más característico de la Política criminal actuarial es la elaboración, a partir de amplias bases estadísticas, de perfiles de infractores, que se entienden útiles para reorganizar la respuesta de control penal en las diversas instancias de persecución. Ésta no es, empero, la única línea básica de evolución que se desarrolla a partir de la lógica actuarial. Sin perjuicio de ella, es necesario hacer también referencia a otras grandes transformaciones que se ven impulsadas por el actuarialismo.⁷⁵

La primera de esas evoluciones básicas tiene que ver con las mutaciones subjetivas y espaciales en el gobierno de los riesgos delictivos. Ante todo, esta cuestión se relaciona con algo que ya ha habido oportunidad de mencionar: la atribución a los individuos y a las agregaciones privadas de la responsabilidad de gestión de sus propios riesgos en materia delictiva.⁷⁶

En efecto, el actuarialismo, en línea con las premisas de la gubernamentalidad neoliberal que lo sustentan, incentiva la conformación de sujetos que se hagan responsables de su aseguramiento ante la criminalidad.⁷⁷ Ello supone que las políticas penales, y las agencias del sistema, contribuyen a con-

⁷⁴ Vid., por todos, CHELIOTIS, 2006: 319; EASTON/PIPER, 2008: 13; PAINTER, 2005: 308; RAINE/WILLSON, 1997: 85; SILVA SÁNCHEZ, 2011: 74 ss.

⁷⁵ Una exposición estructurada de los principales rasgos y elementos de la Política criminal actuarial puede verse en KEMSHALL/MAGUIRE, 2001: 244 s.

⁷⁶ Vid., entre otros, KEMSHALL, 2006: 85; O'MALLEY, 2004: 72 ss.; PRATT, 2000: 46. DEAN, 2010: 258, por su parte, señala que la crítica neoliberal al exceso de gobierno ha contribuido a externalizar la responsabilidad de gestión del riesgo sobre individuos y comunidades (vid., en un sentido próximo, ROSE, 2000: 329).

⁷⁷ Vid. ERICSON/HAGGERTY, 1997: 70; KEMSHALL, 2006: 85; LOADER/SPARKS, 2007: 82; O'MALLEY, 2004: 72 s.; 2006b: 52; PARNABY, 2006: 5, 14 ss.

formar un tipo de sujeto —y de comunidad— activo, no dependiente, con empresariedad propia orientada a su autorrealización.⁷⁸ Es un sujeto que aparece como apto para gobernar su propia vida de acuerdo con la libertad y la capacidad de elección; por tanto, se trata de un individuo definido por concretas consideraciones morales.⁷⁹ Este modelo subjetivo es el que ha sido denominado por diversos autores *prudencialismo privado*, una expresión que insinúa la renovación de esquemas de sujeto prudencial del pasado.⁸⁰

En relación con ello, la tarea de las instancias de persecución penal, en particular la policial, se transforma en un doble sentido. Por una parte, estas agencias se ven parcialmente liberadas de su pasado monopolio en la gestión de la seguridad ante el delito, que ahora aparece como una tarea compartida.⁸¹ Por otra, dichas instancias se van acomodando progresivamente a una tarea nuclear de asesoramiento y organización de la creciente administración privada de riesgos.⁸² En esa labor, las agencias del sistema penal no están solas, sino que se ven complementadas por un proliferante sector mercantil de la seguridad.⁸³

⁷⁸ Vid. CAMPESI, 2011: 192 s.; ERICSON/HAGGERTY, 1997: 93 s.; O'MALLEY, 2004: 73 s., 76, 174 s.

⁷⁹ Vid. CAMPESI, 2011: 192 s.; O'MALLEY, 2004: 175, 178, 181. Vid. asimismo BERARDI, *BFO*, 2011: 66.

Esas consideraciones morales conducen, como destacan ERICSON/DOYLE, 2003: 8; HUDSON, 2003: 59; PARNABY, 2006: 2; ROSE, 2000: 327, a que el sujeto individual pueda ser culpabilizado por no haber sabido gestionar su seguridad.

⁸⁰ Vid., sobre ello, DEAN, 2010: 137, 220 s.; O'MALLEY, 2006b: 52; PARNABY, 2006: 15 ss.; ROSE, 2000: 324, 327 ss.; STANKO, 2000: 26. Vid. asimismo STEELE, 2004: 44, hablando de «*actuarialismo privatizado*».

DOUGLAS, 1992: 41 ss., 44, 102, pone de relieve el sinsentido de ese postulado, cuando indica, de forma oportuna, que el ser humano no solo es un actor racional que calcula para evitar enfrentarse a riesgos, sino que también asume riesgos deliberadamente.

⁸¹ Vid. ERICSON/HAGGERTY, 1997: 72; PARNABY, 2006: 14, 16 s.; ROSE, 2000: 323 s., 328; STANKO, 2000: 25 ss.; SUTTON, 2000: 166 s.

No obstante, HUDSON, 2001: 155 s.; 2003: 56, puntualiza con razón que las prácticas penales del actuarialismo muestran un reforzamiento de la autoridad estatal, no solo una distribución de sus potestades entre una amplia red de sujetos y agentes. En este sentido, la situación en relación con el control del delito es diferente a la que se produce en otros ámbitos de la acción pública, donde la privatización tiende a sustituir a la acción estatal, mientras que en este caso se produce un complemento de ambas dinámicas.

⁸² Vid. ERICSON/HAGGERTY, 1997: 41, 70; O'MALLEY, 2004: 175.

⁸³ Vid. GARLAND, 2003: 59; LOADER/SPARKS, 2007: 82 s.; O'MALLEY, 2004: 175; PARNABY, 2006: 5, 18 s.; ROSE, 2000: 324, 328.

En segundo lugar, la orientación actuarial facilita la adopción de una perspectiva político-criminal que transforma en profundidad el modo de afrontar la prevención criminal, haciendo perder centralidad a la fase reactiva al hecho delictivo.⁸⁴ El objetivo es controlar riesgos, pero ante todo predecirlos, a los efectos de su gestión y de la minimización de sus efectos.⁸⁵ La concentración en la prevención de riesgos relega en cierta medida el momento de sanción penal, a partir de una visión amplia de la política de control del delito, en la que se asume que la punición no es en sí el componente de mayor utilidad preventiva.⁸⁶ De hecho, esta visión político-criminal facilita que el actuarialismo priorice una gestión propiamente administrativa —previa a la comisión de los hechos— de los riesgos en materia de criminalidad.⁸⁷

Ese énfasis en una prevención centrada en la fase previa a la comisión conduce a otorgar una notable centralidad a la idea de vigilancia de —potenciales— infractores y de espacios, que es una tarea competencia tanto de la policía como de los sujetos privados,⁸⁸ y que se ve impulsada por un significativo desarrollo tecnológico en la materia.⁸⁹ En consonancia con una pérdida de protagonismo de las instituciones de castigo como lugares prioritarios de control, la vigilancia se disemina espacialmente.⁹⁰ Por otra parte, esa lógica preventiva conduce a prestar atención a la idea de oportunidad de delinquir, lo que ha contribuido a la formidable difusión de la prevención situacional, una técnica de gestión de riesgos que desatiende al infractor individual, a las causas de su comportamiento y a su posibili-

⁸⁴ Vid. INNES, 2003: 133, 146; JOHNSTON/SHEARING, 2003: 92 ss., 122 s.; JONES, 2012: 754 s. —quien relaciona esta circunstancia con la mercantilización de la seguridad—; SHEARING/JOHNSTON, 2005: 30 ss.; ZEDNER, 2009: 78 ss.

⁸⁵ Vid. ERICSON/HAGGERTY, 1997: 66; GARLAND, 1997: 181 s.

⁸⁶ Vid., en este sentido, EASTON/PIPER, 2008: 143; HUGHES, 1998: 80; SHEARING/JOHNSTON, 2005: 31 s.; ZEDNER, 2009: 147.

⁸⁷ Vid. FEELEY, 2004: 71; KEMSHALL/MAGUIRE, 2001: 244; RIVERA BEIRAS, 2004: 308 s. FEELEY, 2006: 231, llega incluso a afirmar que uno de los posibles escenarios futuros del actuarialismo es convertir al sistema penal en un sistema administrativo.

⁸⁸ Vid., sobre ello, ERICSON/HAGGERTY, 1997: 18, 41; KEMSHALL/MAGUIRE, 2001: 244.

⁸⁹ Vid. ERICSON, 2007: 53; JOHNSTON/SHEARING, 2003: 84 ss. —quienes hacen referencia a la influencia que ha tenido ese desarrollo tecnológico en vigilancia y control en la afirmación de perspectivas organizadas a partir de la noción de riesgo—; KEMSHALL/MAGUIRE, 2001: 244.

⁹⁰ Vid., sobre ello, DAVIS, 2006: 226 ss.; SANTORO, 2004: 121.

dad de reintegración.⁹¹ Del mismo modo, el pensamiento actuarial también facilita la difusión de las técnicas de prevención del delito mediante el diseño ambiental, que presentan una acusada proximidad con la perspectiva situacional.⁹²

Sin perjuicio de todo ello, el elemento sin duda más característico del actuarialismo penal es la preocupación por el cálculo de los riesgos que comportan los sujetos en cuanto infractores, basado en instrumentos estadísticos.⁹³ Como es evidente, ese tipo de cálculos requiere el desarrollo, mediante una importante acumulación de información, de saberes de carácter probabilístico-estadístico sobre las circunstancias demográficas, ambientales y de comportamiento que permiten predecir el riesgo criminal.⁹⁴

Esa tarea se desdobra en dos vertientes. En primer lugar, se trata de una estimación realizada en atención a grupos de sujetos, sustentada en rasgos como el historial delictivo o las características demográficas.⁹⁵ De acuerdo

⁹¹ Vid. HUGHES, 1998: 63; MARY, 2001: 37; O'MALLEY, 2006b: 48 s.; SIMON/FEELEY, 2003: 99 —quienes destacan que la prevención situacional también se ha visto impulsada por la emergencia de la industria privada de la seguridad—; STENSON, 2001: 25.

Para un análisis crítico de la prevención situacional, vid. CRAWFORD, 2007: 872 ss.; HUDSON, 2003: 71; HUGHES, 1998: 58 ss.; O'MALLEY, 2006b: 49, quienes critican a dicha orientación político-criminal que desatienda buena parte de la criminalidad, que culpabilice a las víctimas, por no haber sabido gestionar su seguridad, que desconsidere los derechos individuales y la igualdad, que facilite la segregación comunitaria, que no sea capaz de dar respuesta a la criminalidad no oportunista, y que solo produzca un desplazamiento espacial de la delincuencia.

⁹² Vid., sobre ello, PARNABY, 2006: 2 ss.; FEELEY, 2004: 66; FERRELL, 2012: 247; SIMON/FEELEY, 2003: 99 s. BAUMAN, 2011: 90, menciona en este sentido la teorización de Flusty, quien habla, en términos de diseño urbano, de «espacio elusivo», así denominado por ser inalcanzable; de «espacio espinoso», que no es susceptible de ser ocupado con facilidad; y de «espacio nervioso», que no puede usarse sin ser observado.

⁹³ Los lustros transcurridos desde el inicio de la generalización del uso de instrumentos de medición de riesgo, particularmente en los países anglosajones, ha producido una evolución de tales métodos, cada vez más complejos. Sobre esa evolución, vid. ANDREWS/BONTA/WORMITH, 2006: 7 ss.; HUDSON/BRAMHALL, 2005: 723 s.; RAYNOR, 2010: 675 s.

⁹⁴ Vid., sobre ello, DE GIORGI, 2000: 16 s., 36, 45; JOHNSTON/SHEARING, 2003: 89 s.; FEELEY, 2004: 63; FEELEY/SIMON, 1992: 453; GARLAND, 1997: 180 s., quienes ponen de relieve que las tecnologías estadísticas construyen categorías de sujetos que no tenían significación en el campo penal antes de su aplicación, como la de criminales de carrera (*career criminals*).

⁹⁵ Vid., en una bibliografía inabarcable, BONELLI, 2005: 120 s.; HARCOURT, 2007a: 7 ss.; INNES, 2003: 132 s., 144; MARY, 2001: 37 s.; SAN MARTÍN SEGURA, 2009: 54 s.

con su lógica operativa, es comprensible que así sea, ya que ciertas labores de prevención delictiva, como las policiales, solo pueden planificarse a partir de grupos de sujetos, no de individuos. No en vano, una Política criminal que parte de la economización de recursos escasos ha de ser capaz de elegir los grupos humanos que requieren un control prioritario.⁹⁶ Por otra parte, las estimaciones estadísticas de riesgos solo pueden realizarse mediante la valoración de rasgos grupales. No obstante, este modo de organizar la prevención criminal implica que los sujetos son integrados en colectivos de riesgo con independencia de que no tengan historial delictivo,⁹⁷ lo que resulta preocupante desde una perspectiva garantista.⁹⁸

No obstante, esa tarea de cálculo comporta una segunda vertiente. La mayor parte de las funciones que desarrollan las mediciones actuariales de riesgo requiere una aplicación estrictamente individualizada. Precisamente por ello, las estimaciones grupales son empleadas para cifrar los niveles de riesgo de infractores individuales.⁹⁹ Ese es el modo de funcionamiento del *profiling*, o elaboración de perfiles de infractores, como expresión seguramente más conocida del actuarialismo penal.¹⁰⁰

Esta dinámica de individualización permite reconsiderar la tesis según la cual el actuarialismo implica sustituir a los sujetos por los grupos en cuanto marco prioritario de referencia de la Política criminal.¹⁰¹ Si bien es cierto que esa atención a los grupos en cuanto agregados humanos caracterizados por determinados niveles de riesgo es un rasgo más bien novedoso,¹⁰² no cabe

⁹⁶ Vid. HARRIS, 2002: 11; JONES, 2012: 755.

⁹⁷ Vid. DILLON, 2011: 191; HUDSON, 2003: 46, 61; INNES, 2003: 133. BELL, 2011: 5, por su parte, señala que la preocupación por la gestión de riesgos ha conducido a una intervención cada vez más temprana en la vida de los potenciales infractores, facilitando la extensión de lo que se entiende por infracción criminal. En concreto, la autora realiza un análisis de esta dinámica de administrativización a partir del ejemplo británico de las órdenes contra el comportamiento antisocial (ASBOS) (44 ss.).

⁹⁸ Vid. BELL, 2011: 105; MATTHEWS, 2003: 66; PORTILLA CONTRERAS, 2005a: 61 s., 78; SANTORO, 2004: 123, 125, 127; ZEDNER, 2009: 147, 150.

⁹⁹ Vid. HARCOURT, 2007a: 96; SAN MARTÍN SEGURA, 2009: 54 s.

¹⁰⁰ Vid., sobre ello, HARRIS, 2002: 10 s.; MARY, 2001: 38.

¹⁰¹ Vid., sobre esta tesis, EASTON/PIPER, 2008: 21; FEELEY/SIMON, 1992: 450, 452 s., 455, 466; HUDSON, 2003: 46; INNES, 2003: 107 s.; SIMON/FEELEY, 2003: 78, 82, 103.

¹⁰² Como se ha sugerido previamente, esta novedad es solo parcial, como lo evidencia la antigua preocupación punitiva por las *clases peligrosas* (vid. SHICHOR, 1997: 474; SIMON, 1998: 453; SIMON/FEELEY, 2003: 77, 95).

perder de vista que el actuarialismo es también una técnica innovadora de individualización de la respuesta punitiva.¹⁰³

En relación con ello, procede revisar, siquiera de modo somero, los momentos en los que halla utilidad esa estimación, grupal e individualizada, de niveles de riesgo. En ellos se plasman las orientaciones del actuarialismo en materia de control.

En primer lugar, las mencionadas estimaciones condicionan cada vez más la labor policial, tendiendo a superar modelos previos, en los que las tareas proactivas y reactivas de prevención del delito se guiaban exclusivamente por saberes informales propios de su cultura profesional —es decir, por la experiencia—, y no por criterios estadísticos.¹⁰⁴ Éste es seguramente el ámbito en el que la técnica del *profiling* ha cobrado mayor proyección. En efecto, la tarea policial tiende cada vez más a guiarse por perfiles grupales de infractores, entendiéndose que ello permite incrementar el descubrimiento de delitos y, por lo tanto, la eficiencia y la productividad de tal labor.¹⁰⁵

En segundo lugar, los métodos actuariales de medición de riesgo han conocido una cierta penetración en la fase de persecución judicial, tanto a los efectos de imposición de medidas cautelares,¹⁰⁶ como de determinación de la pena. No obstante, hasta donde se alcanza a ver, esta dinámica parece más bien privativa —hasta el momento— de los sistemas anglosajones,¹⁰⁷ probablemente por dos razones. En primer lugar, por la dificultad de superar la tradicional refractariedad de los jueces a restringir sus marcos de decisión, o a cambiar su modo de operar en esos ámbitos.¹⁰⁸ En segundo lugar, por

¹⁰³ Vid., en este sentido, HARCOURT, 2003b: 102 ss.; 2013: 50 ss., quien destaca que el actuarialismo surge del interés por lograr métodos de predicción del comportamiento humano a efectos de individualización de la respuesta punitiva, sin perjuicio de que también funcione como dispositivo de gubernamentalidad sobre las poblaciones. Por todo ello, HARCOURT, 2013: 93 s., considera que criticar el actuarialismo señalando que no permite una individualización de la respuesta punitiva resulta simplista (de otra opinión, vid. BROWN, 2000: 104; TUBEX, 2002: 463).

¹⁰⁴ Vid., sobre ello, HARCOURT, 2007a: 97, 103; HARRIS, 2002: 26, 28.

¹⁰⁵ Vid., sobre ello, HARCOURT, 2003a: 106, 110; HARRIS, 2002: 11, 15 s., 72 ss. Comparten esa utilidad mencionada en el texto CLEAR/CADORA, 2001: 56.

¹⁰⁶ Vid. FEELEY, 2006: 224 ss. —con matices—; SIMON, 2005: 407, haciendo especial referencia a la prisión provisional.

¹⁰⁷ Vid. FEELEY/SIMON, 1992: 461; HARCOURT, 2013: 81 ss.; KEMPF-LEONARD/PETERSON, 2000: 68; SIMON, 2005: 407, haciendo referencia a la introducción de métodos actuariales en las guías federales de determinación de la pena de EE.UU.

¹⁰⁸ Vid., sobre ello, MCNEILL ET AL., 2009: 435; WANDALL, 2010: 336, 342.

la mayor delimitación normativa de esa tarea jurisdiccional en países con tradición de *Civil Law*.

En tercer lugar, la lógica actuarial va introduciéndose progresivamente en el ámbito de la penalidad no privativa de libertad,¹⁰⁹ en particular en el campo de la *probation* o libertad vigilada,¹¹⁰ pero también en las medidas de control electrónico.¹¹¹ En este marco sancionador, el pensamiento actuarial sustenta una mutación básica de la perspectiva punitiva, en el sentido de tender a sustituir la orientación rehabilitadora por la preocupación por el control del riesgo y la protección de la comunidad, entendiendo que ello hace más admisible la penalidad ambulatoria para el público.¹¹² Esta mayor preocupación por el control del riesgo que comportan los penados, así como el objetivo de economía de costes, ha conducido en muchos casos a articular marcos de cooperación con entidades privadas o comunitarias, a los efectos de que contribuyan a la vigilancia ambulatoria.¹¹³ Junto a ello, los instrumentos actuariales de medición de riesgo condicionan la ejecu-

¹⁰⁹ Al margen de lo que va a señalarse en el texto, en relación con la penetración de la racionalidad actuarial en el ámbito de la justicia penal de menores, vid. GRAY, 2009: 444 ss.; KEMPF-LEONARD/PETERSON, 2000: 66 ss., 72 ss.

¹¹⁰ Vid., entre tantos otros, DEERING, 2011: 34 ss.; HANNAH-MOFFAT/MAURUTTO/TURNBULL, 2009: 393 ss.; HUDSON/BRAMHALL, 2005: 721 ss.; KEMSHALL/MAGUIRE, 2001: 241 ss.; ROBINSON, 2002: 6 ss.

No obstante, una extensa bibliografía ha puesto de relieve la resistencia de los servicios de *probation* en el contexto anglosajón frente a la mutación de sus funciones en una clave actuarial, y el mantenimiento de modos operativos sustentados en sus saberes profesionales (vid., por todos, DEERING, 2011: 36 ss., 163 ss.; HANNAH-MOFFAT/MAURUTTO/TURNBULL, 2009: 393 s., 396 ss.; KEMSHALL/MAGUIRE, 2001: 248 ss.; MCNEILL ET AL., 2009: 428 ss.; UGWUDIKE, 2011: 248 ss.).

¹¹¹ Vid., sobre ello, CLEAR/CADORA, 2001: 59; FEELEY/SIMON, 1992: 457; NELLIS, 2005: 180; SCHEERER, 2000: 251.

¹¹² Vid., entre otros, BELL, 2011: 5, 40, 88 ss., 180; CLEAR/CADORA, 2001: 63 ss.; DEERING, 2011: 36, 42, 46 s., 49 s., 56, 160; GARLAND, 2005: 58, 287 ss.; UGWUDIKE, 2011: 243 ss. Sin perjuicio de ello, los estudios de campo en el contexto anglosajón han puesto de relieve una llamativa pervivencia de la orientación rehabilitadora en el funcionamiento de los servicios de *probation*, en ocasiones hibridada con consideraciones de riesgo (vid., entre otros, DEERING, 2011: 55 s., 68, 73 s.; MCNEILL ET AL., 2009: 422 s.; ROBINSON, 2002: 6, 9 ss., 16, 19 s.; UGWUDIKE, 2011: 250, 254 s.).

Por lo demás, la aproximación del actuarialismo a la penalidad no privativa de libertad también se guía por la idea de economía de costes (vid., entre otros, FEELEY/SIMON, 1992: 459, 461, 465; ROBINSON, 2002: 8; UGWUDIKE, 2011: 245 s.).

¹¹³ Vid., entre otros, BELL, 2011: 90; DEERING, 2011: 40; KEMSHALL/MAGUIRE, 2001: 241.

ción de las sanciones, centrándose menos en el hecho cometido que en el perfil formalizado del infractor,¹¹⁴ y modulando de acuerdo con ello el tipo de intervención, así como el grado de supervisión y control de los penados.¹¹⁵ A mayor abundamiento, la mutación teleológica determina la forma de afrontar los incumplimientos del condenado en el marco de la ejecución, en el sentido de endurecer la respuesta y facilitar el tránsito —o el retorno, en el caso de la libertad condicional— a la prisión.¹¹⁶

Junto a todo ello, la lógica actuarial condiciona de forma muy notable la evolución de las penas de prisión y de los modos de ejecución penitenciaria. Ante todo, la Política criminal de gestión de riesgos ha contribuido de manera relevante al relanzamiento de la neutralización como fin punitivo.¹¹⁷ En concreto, la orientación político-criminal estudiada ha preconizado el empleo de la *neutralización selectiva*, modalidad en la que se pretende indagar qué grupos de infractores, por presentar elevados niveles de riesgo delictivo, han de recibir una penalidad excluyente.¹¹⁸ De esta forma, ya desde el trabajo seminal de GREENWOOD (1982),¹¹⁹ se intenta discernir qué características grupales —de carácter demográfico, social o delictivo— permiten diseñar perfiles de riesgo, en aras de orientar la aplicación de sanciones neutralizadoras. El planteamiento subyacente es la convicción de que un restringido grupo de infractores protagoniza la mayor parte de la delincuencia existente en una sociedad.¹²⁰ De acuerdo con ello, se formula un objetivo que habla el lenguaje de la eficacia y la eficiencia, con potencialidades para un fácil éxito político: la segregación de ese reducido

¹¹⁴ Vid. HUDSON, 2001: 151 ss. Discrepa de este punto de vista, ROBINSON, 2002: 17.

¹¹⁵ Vid. HANNAH-MOFFAT/MAURUTTO/TURNBULL, 2009: 395 s., 407; HARCOURT, 2013: 69 ss.; HUDSON/BRAMHALL, 2005: 721 s.; JOHNSTON/SHEARING, 2003: 88 s.; UGWUDIKE, 2011: 244.

¹¹⁶ Vid. BELL, 2011: 34; KEMSHALL/MAGUIRE, 2001: 251 s.; MARY, 2001: 39; RAYNOR, 2010: 681 s.; WACQUANT, 2000: 85.

¹¹⁷ Vid., entre otros, FEELEY/SIMON, 1992: 458; HARCOURT, 2013: 72 ss.; JOHNSTON/SHEARING, 2003: 95; MARY, 2001: 38 s.; SIMON/FEELEY, 2003: 94.

¹¹⁸ Vid., sobre ello, ANITUA, 2005: 512; DE GIORGI, 2000: 33; TUBEX, 2002: 463; ZYSMAN QUIRÓS, 2004: 269 ss.

En esta modalidad neutralizadora el recurso a penas de prisión de larga duración no excluye que infractores con menores niveles de riesgo se vean sometidos a una penalidad diferente, o que persiga fines distintos (vid. SPARKS, 2000: 132; ZYSMAN QUIRÓS, 2004: 270; SHICHOR, 1997: 475).

¹¹⁹ Sobre ese texto, vid. asimismo HARCOURT, 2007a: 89 ss.; CAMPESI, 2008: 114 s.

¹²⁰ Vid., sobre ello, BROADHURST, 2000: 111.

segmento de infractores habituales permitiría una importante disminución de la criminalidad, sin necesidad de expansión penitenciaria, y con un limitado empleo de recursos públicos.¹²¹

Sin embargo, la teleología neutralizadora no es la única influencia del actuarialismo sobre el ámbito penitenciario. Los instrumentos de medición de riesgo, señaladamente el complejo LSI-R (*Level of Service Inventory-Revised*) —empleado en una pluralidad de países— se introducen en diversos ámbitos básicos de la ejecución de las penas de prisión.¹²² Por una parte, esos modelos de cálculo condicionan cada vez más la clasificación penitenciaria.¹²³ Por otra, constituyen la base para la toma de decisiones en el terreno de la progresión en la ejecución, en materias como las salidas temporales de prisión y, sobre todo, la libertad condicional. En efecto, un ámbito tan sustentado en las predicciones de riesgo de reincidencia como la excarcelación anticipada se ha convertido en uno de los terrenos prioritarios de penetración de los instrumentos actuariales.¹²⁴

Por último, la obsesión por el control del riesgo y la pérdida de legitimidad del ideal rehabilitador permiten que los métodos actuariales impulsen la creación de medidas punitivas posteriores al cumplimiento de la pena de prisión, entre ellas el control o la privación de libertad postpenitenciaria de duración indeterminada.¹²⁵ De hecho, sin la convicción de que se dispone de un método certero de cálculo del riesgo que representan los sujetos (excarcelados), seguramente el control postpenitenciario no habría logrado gozar de la difusión que ha alcanzado el pasado más reciente.

¹²¹ Vid., por todos, BROADHURST, 2000: 112, 118; EASTON/PIPER, 2008: 147 s.; HARCOURT, 2007a: 89; SHICHOR, 1997: 476 s.; SPARKS, 2000: 131.

¹²² Vid., en general sobre ello, HÖRNQVIST, 2010: 67 ss., 117 ss., quien en su estudio sobre el sistema penitenciario sueco señala que las técnicas de riesgo no han socavado por completo la agencia de los operadores penitenciarios, que desarrollan su labor tradicional ajustándose solo formalmente a las rutinas actuariales.

¹²³ Vid. HARCOURT, 2013: 69 ss.; KEMPF-LEONARD/PETERSON, 2000: 68; SIMON, 2005: 407.

¹²⁴ Vid. BELL, 2011: 35, 180; HANNAH-MOFFAT/YULE, 2011: 150, 153, 167, 169; HARCOURT, 2013: 68 ss.; MARY, 2001: 38 s.; SIMON, 2005: 408 —con matices sobre la base estadística de los métodos de cálculo—.

¹²⁵ Vid., en este sentido, BELL, 2011: 35; SIMON, 2005: 399 s., 409 ss., 417, quien menciona también los controles impuestos a ex-infractores sexuales.

6. CONCLUSIÓN: HACIA UNA CRÍTICA DEL ACTUARIALISMO Y EL GERENCIALISMO EN MATERIA PUNITIVA

El tiempo transcurrido desde el inicio de la aplicación de prácticas gerenciales y actuariales ha permitido el desarrollo de una literatura crítica, que viene destacando los aspectos más disfuncionales de la Política criminal eficientista de gestión de riesgos. La consulta de esa literatura permite comenzar a imaginar una crítica de estas racionalidades securitarias que se desarrollan al margen de la consideración de la libertad y los derechos.

Esas críticas son de diverso género. En primer lugar, es necesario tener en cuenta las insuficiencias epistémicas del actuarialismo. En ese punto procede reiterar ideas que ya ha habido oportunidad de avanzar: el riesgo no es un concepto neutro o apolítico, ni una noción unidimensional. Por ello, las prácticas penales que se organizan en función del riesgo no son producto de la necesidad, sino de la decisión política.¹²⁶

Junto a ello, es necesario añadir algo más en el ámbito de las dudas epistémicas, que resulta especialmente relevante, ante el aura de objetividad de que gozan estas prácticas político-criminales. El actuarialismo no puede evitar los problemas en materia de certeza que genera todo análisis de riesgo. En efecto, ese tipo de análisis procura un conocimiento incierto sobre eventos futuros contingentes, de modo que nunca puede superar un cierto margen de incertidumbre.¹²⁷ Por mucho que se quiera enfatizar la objetividad y el carácter científico de los métodos matemáticos que se emplean en el cálculo de riesgo, la imposibilidad de que la epistemología actuarial garantice la certeza se deriva de que aquellos métodos operan con variables selectivas, cuya elección es fuertemente valorativa.¹²⁸

¹²⁶ Ese carácter político y decisionista de las prácticas de riesgo determina, como recuerdan de forma oportuna ERICSON, 2006: 355; HARCOURT, 2003b: 148 s., que el debate sobre tales métodos no se puede desarrollar únicamente en el ámbito de la eficiencia, sino que debe incorporar, entre otras, consideraciones de derechos humanos, igualdad y proporcionalidad, aunque estas consideraciones, por sí solas, resulten insuficientes. En un sentido semejante, vid. ZEDNER, 2006b: 425, 427, 430.

¹²⁷ Vid., sobre ello, ERICSON, 2006: 346 ss., quien señala hasta diez motivos de incertidumbre en el cálculo de riesgos. Vid. asimismo BELL, 2011: 31. Defienden el punto de vista contrario, CLEAR/CADORA, 2001: 55 ss.

¹²⁸ Vid. ERICSON, 2006: 348, quien indica que todos los sistemas de gestión de riesgos se basan en conocimientos y convicciones previas, guiados por instituciones, valores, intereses y modos de vida; los juicios se realizan, asimismo, a partir de elementos intuitivos, emocionales, estéticos, morales y especulativos.

Un segundo plano de críticas, no menos acertado que el anterior, es de carácter axiológico. En él se pone de relieve la incompatibilidad de la lógica actuarial con principios fundamentales de limitación de la potestad punitiva, así como con consideraciones básicas de justicia.¹²⁹ Se trata del tipo de críticas que continúan reclamando el papel de la libertad y de los derechos como límites a estos modos de garantía de la seguridad ante el delito.

En primer lugar, los métodos actuariales no superan el examen del principio de igualdad y no discriminación ante el castigo. El control de riesgo se organiza en función de variables grupales, en las cuales se desatiende el postulado de no discriminación por razón, v.gr., de etnia, color de piel, nacionalidad o género.¹³⁰ Esa selección tiende por lo demás a perpetuarse, ya que los recursos en materia de control se distribuyen fundamentalmente en función de los resultados estadísticos previos de la actividad de persecución, creando un círculo vicioso, una suerte de profecía que se autocumple en materia de perfiles de riesgo.¹³¹ Ese modo de proceder no solo distorsiona progresivamente la composición de la población objeto de control, con un claro perjuicio para los sectores más desfavorecidos, sino que contribuye a reforzar su estigmatización y la correspondiente quiebra de la cohesión social.¹³² De este modo, se menoscaban de forma muy notable las condiciones de vida de determinados grupos poblacionales, y se restringen las posibilidades de reinserción de los individuos pertenecientes a ellos.¹³³ Al mismo tiempo, este tipo de operatividad selectiva del control penal puede producir efectos perniciosos en materia preventiva, al

¹²⁹ Vid. DEL ROSAL BLASCO, 2009: 497; DENNEY, 2005: 130; HUDSON, 2001: 144 ss.; KEMPF-LEONARD/PETERSON, 2000: 68; REINER/LIVINGSTONE/ALLEN, 2001: 178. No en vano, HARCOURT, 2007b: 89, señala que en los métodos actuariales se aprecia una preeminencia de disciplinas como la Sociología, la Psicología o los Estudios de policía, que carecen de una referencia normativa sólida en relación con la legislación penal.

¹³⁰ Vid., en este sentido, GROSS, 2008: 240 s.; HARRIS, 2002: 12, 126; KEMPF-LEONARD/PETERSON, 2000: 86; O'MALLEY, 2008: 452. De otra opinión, vid. CLEAR/CADORA, 2001: 57.

¹³¹ Vid., sobre ello, DAUNIS RODRÍGUEZ, 2009: 15 s.; HARCOURT, 2003b: 134 ss., 145; HARRIS, 2002: 224 ss.; MATTHEWS, 2003: 66. HARCOURT, 2003b: 145 s., indica con razón que, como es obvio, las instancias del sistema encuentran más delitos en los ámbitos en los que emplean mayores recursos de persecución.

¹³² Vid. HARCOURT, 2007b: 89, 96 ss.; 2013: 116 ss.; HARRIS, 2002: 12 s., 94 ss., 124 ss.; INNES, 2003: 133. Discrepa parcialmente de este planteamiento MARGALIOH, 2008: 247, 250 s.

¹³³ Vid. HARCOURT, 2008: 271, 281.

generar —al menos entre esos grupos sociales— el descrédito del sistema punitivo.¹³⁴

De este modo, el actuarialismo tiende a modificar las concepciones existentes sobre la pena justa, y ello al menos en tres planos. Por una parte, al fomentar la supuesta viabilidad de una neutralización selectiva regida por el riesgo, desatiende la finalidad rehabilitadora de la pena.¹³⁵ Por otra, sustenta un régimen punitivo que se distancia —como se ha visto— del principio de igualdad ante la ley penal, y de la proporcionalidad por el hecho, exacerbando las consecuencias de los antecedentes o de la probabilidad de reincidencia.¹³⁶ Por lo demás, esa desconexión de la responsabilidad (personal) por el hecho se manifiesta en que el tipo de control penal que se proyecta sobre un sujeto está modulado por predicciones de riesgo construidas a partir de rasgos grupales.¹³⁷

A mayor abundamiento, se ha señalado que en la medida en que los métodos actuariales pretenden predecir el riesgo delictivo futuro, crean las condiciones para que el control punitivo desatienda por completo la comisión previa de un hecho criminal, y se aplique —de uno u otro modo— a sujetos que aún no han delinquido.¹³⁸ Esta circunstancia ha sido analizada por diversos autores destacando la incompatibilidad entre el actuarialismo y la presunción de inocencia.¹³⁹

Todo ello conduce a que la legitimidad de la Política criminal de corte actuarial solo pueda buscarse en el ámbito de su eficacia en términos de prevención delictiva, en el sentido de que permita disminuir las cifras de criminalidad.¹⁴⁰ Por ello es especialmente relevante un tercer conjunto de críticas, que socavan el sustento de esta legitimación utilitaria. En efecto, en la medida en que la lógica gerencial y actuarial construye su legitimación y

¹³⁴ Vid. HARCOURT, 2013: 123 s.; HARRIS, 2002: 12, 101 s., 117 ss., 126 ss. Sobre el descrédito que se puede derivar de la imposibilidad de alcanzar los objetivos prefigurados por el actuarialismo vid. también ERICSON, 2006: 350 s., 355.

¹³⁵ Vid. DEERING, 2011: 159; HARCOURT, 2007b: 89, 99 ss.; SAPIR, 2008: 260 s.

¹³⁶ Vid., en este sentido, FOESSEL, 2011: 58 s.; HARCOURT, 2013: 124 ss.; HUDSON, 2003: 67; PITCH, 2006: 109; RAYNOR, 2010: 673 s.

¹³⁷ Vid., entre otros, criticando severamente esta circunstancia, SAPIR, 2008: 258, 260.

¹³⁸ Vid., en este sentido, HUDSON, 2003: 67; SAPIR, 2008: 260; KEMSHALL/MAGUIRE, 2001: 244. Vid. asimismo DEERING, 2011: 159.

¹³⁹ Vid. DEL ROSAL BLASCO, 2009: 497; FOESSEL, 2011: 59; HARRIS, 2002: 223; HUDSON, 2003: 67. Vid. asimismo ERICSON/HAGGERTY, 1997: 18, 66; FEELEY/SIMON, 1992: 457.

¹⁴⁰ Este es el punto en el que fundamentan su legitimidad CLEAR/CADORA, 2001: 55 ss.

sus potencialidades en un marco de sentido ajeno al pensamiento jurídico de la libertad y los derechos, resulta fundamental poder confrontarla en su propio plano de racionalidad.

Para ello destaca el trabajo de HARCOURT (2008: 266; 2013: 94 ss.), que ha demostrado, empleando el mismo tipo de métodos matemáticos que los defensores del cálculo de riesgos, la insostenibilidad de la capacidad predictiva del actuarialismo. El autor destaca con razón que la legitimidad utilitaria de los métodos de predicción de riesgo no puede residir en su capacidad para incrementar el descubrimiento del delito, sino en su potencialidad preventiva, es decir, de reducción de la criminalidad.¹⁴¹ Pues bien, para que la orientación de la actividad punitiva en función de perfiles de riesgo produzca ese efecto preventivo, es necesario que la elasticidad ante el control de los grupos objeto de persecución sea mayor que la elasticidad de los colectivos desatendidos.¹⁴² Teniendo en cuenta esta premisa, el problema reside en que los análisis actuariales no prestan atención a esas diferencias de elasticidad; más aún, hay buenas razones para pensar que los grupos desfavorecidos, que son destinatarios de los controles penales más intensos, presentan una escasa elasticidad relativa en su actividad criminal ante el incremento de la persecución.¹⁴³ Por ello, el empleo de métodos actuariales en Política criminal probablemente incrementa el volumen de la criminalidad.¹⁴⁴

Más allá de este complejo análisis, otros autores han destacado que los métodos de predicción de riesgos ni siquiera se muestran útiles a la hora de lograr un incremento de la tasa de descubrimiento de delitos,¹⁴⁵ entre otros motivos, porque operan a partir de estadísticas penales —que no reflejan la realidad de la criminalidad, sino los resultados de su persecución— y porque funcionan con rasgos grupales excesivamente inconcretos.¹⁴⁶

¹⁴¹ Vid. HARCOURT, 2013: 106 s., quien, con un lenguaje propio del Análisis Económico del Derecho (AED), habla de minimización de los costes de la delincuencia.

¹⁴² Vid. HARCOURT, 2007b: 89, 94 ss.; 2013: 94 ss., 103 ss.

¹⁴³ Vid. HARCOURT, 2008: 268 ss., 281; 2013: 95, 111 ss. No comparte estas premisas MARGALIOH, 2008: 248.

¹⁴⁴ Vid. HARCOURT, 2013: 111 ss., quien destaca que todo lo expuesto compensa los beneficios preventivos que eventualmente puedan producir los métodos actuariales en materia de neutralización selectiva. Discrepa —cuando menos parcialmente— de este punto de vista, MARGALIOH, 2008: 244 ss., 251.

¹⁴⁵ Vid., en este sentido, HARRIS, 2002: 13 ss., 79 ss., 224.

¹⁴⁶ Vid. HARRIS, 2002: 75 ss., 106 s.

A mayor abundamiento, esta literatura destaca la última disfunción utilitaria del actuarialismo penal: su desatención a los costes del sistema. En efecto, hay buenas razones para pensar que, frente a lo postulado por la orientación gerencial, el actuarialismo desconsidera los notables costes que supone una política penal de control del riesgo, claramente desproporcionados en relación con sus magros resultados.¹⁴⁷

Todo ello evidencia que la teleología de construir un modelo securitario sustentado en un paradigma eficientista, que anima el gerencialismo y el actuarialismo, dista de ser una realidad. Esta conclusión, con todo, no constituye más que un punto de partida para continuar el debate. Sin embargo, es la perspectiva que debe orientar las aproximaciones críticas en la materia. Los análisis sustentados sobre la libertad y los derechos como límites de la seguridad son necesarios, pero en este caso resultan insuficientes. El gerencialismo y el actuarialismo punitivos requieren —también— una confrontación en los campos de la objetividad, la eficiencia y la utilidad preventiva que supuestamente los fundamentan. Solo entonces podremos ver lo que haya de falaz en un modelo de seguridad postmoderno, que pretende dejar atrás el marco analítico y axiológico de la libertad.

7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANDREWS, D.A./BONTA, J./WORMITH, J.S. (2006), «The Recent Past and Near Future of Risk and/or Need Assessment», en *Crime & Delinquency*, vol. 52(1), pp. 7-27.
- ANITUA, G.I. (2005), *Historias de los pensamientos criminológicos*, Del Puerto, Buenos Aires.
- BAKER, T./SIMON, J. (2002), «Embracing Risk», en BAKER, T./SIMON, J. (EDS.), *Embracing Risk. The Changing Culture of Insurance and Responsibility*, University of Chicago Press, Chicago, pp. 1-25.
- BAUMAN, Z. (2011), *Daños colaterales*, FCE, Buenos Aires.
- BECKETT, K. (1997), *Making Crime Pay: Law and Order in Contemporary American Politics*, Oxford Univ. Press, New York.
- BELL, E. (2011), *Criminal Justice and Neoliberalism*, Palgrave MacMillan, Basingstoke.
- BERARDI, BIFO, F. (2011), *After the Future*, AK Press, Oakland/Edinburgh.

¹⁴⁷ Vid., en este sentido, ERICSON, 2006: 354 s.; HARCOURT, 2013: 123 s.; HARRIS, 2002: 87 ss.

- BONELLI, L. (2005), «Un ennemi “anonyme et sans visage”. Renseignement, exception et suspicion après le 11 septembre 2001», en *Cultures & Conflits*, n° 58, pp. 101-129.
- BONELLI, L. (2010), *La France a peur*, La Découverte, Paris.
- BONTA, J. (2007), «Offender Risk Assessment and Sentencing», en *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, octobre 2007, pp. 519-529.
- BOTTOMS, A. (1995), «The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing», en CLARKSON, C./MORGAN, R. (EDS.), *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford, pp. 17-49.
- BROADHURST, R. (2000), «Criminal careers, sex offending and dangerousness», en BROWN, M./PRATT, J. (EDS.), *Dangerous offenders. Punishment and social order*, Routledge, London/New York, pp. 109-126.
- BROWN, M. (2000), «Calculations of risk in contemporary penal practice», en BROWN, M./PRATT, J. (EDS.), *Dangerous offenders. Punishment and social order*, Routledge, London/New York, pp. 93-108.
- BURUMA, Y. (2004), «Risk assessment and criminal law: closing the gap between criminal law and criminology», en BRUINSMA, G./ELFFERS, H./DE KEIJSER, J. (EDS.), *Punishment, Places and Perpetrators. Developments in criminology and criminal justice research*, Willan, Cullompton, pp. 41-61.
- CAMPESI, G. (2008), «Bernard E. Harcourt, Against prediction. Profiling, policing, and punishing in an actuarial age, University of Chicago Press, Chicago 2007 (pp. 336)», en *Studi sulla questione criminale*, vol. 3(1), pp. 113-119.
- CAMPESI, G. (2011), *Soggetto, disciplina, governo*, Mimesis, Sesto San Giovanni.
- CHELIOTIS, L. (2006), «How iron is the iron cage of new penology? The role of human agency in the implementation of criminal justice policy», en *Punishment & Society*, vol. 8(3), pp. 313-340.
- CLARKE, J.H./NEWMAN, J.E. (1997), *The Managerial State: Power, Politics and Ideology in the Remaking of Social Welfare*, Sage, London.
- CLEAR, T.R./CADORA, E. (2001), «Risk and correctional practices», en STENSON, K./SULLIVAN, R.R. (EDS.), *Crime, Risk and Justice. The politics of crime control in liberal democracies*, Willan, Cullompton, pp. 51-67.
- CLIQUENNOIS, G. (2006), «Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises?», en *Déviance et Société*, vol. 30(3), pp. 355-371.
- COLE, D.P. (2007), «The Umpires Strike Back: Canadian Judicial Experience with Risk-Assessment Instruments», en *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, octobre 2007, pp. 493-517.

- CRAWFORD, A. (2007), «Crime prevention and community safety», en MAGUIRE, M./MORGAN, R./REINER, R. (EDS.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 4.ª ed., Oxford Univ. Press, Oxford/New York, pp. 866-909.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2009), *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada.
- DAVIS, M. (2006), *City of Quartz*, 2.ª ed., Verso, London.
- DEAN, M. (2010), *Governmentality*, 2.ª ed., Sage, London.
- DEERING, J. (2011), *Probation Practice and the New Penology. Practicioners Reflections*, Ashgate, Farnham/Burlington.
- DE GIORGI, A. (2000), *Zero Tolleranza*, DeriveApprodi, Roma.
- DE GIORGI, A. (2002), *Il governo dell'ecedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*, Ombre corte, Verona.
- DEL ROSAL BLASCO, B. (2009), «La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho», en CARBONELL MATEU, J.C. ET AL. (COORDS.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 473-498.
- DENNEY, D. (2005), *Risk and Society*, Sage, London.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2005), «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en BACIGALUPO, S./CANCIO MELIÁ, M. (COORDS.), *Derecho Penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, pp. 243-282.
- DILLON, M. (2011), «Security, Race and War», en DILLON, M./NEAL, A.W., *Foucault on Politics, Security and War*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, pp. 166-196.
- DOUGLAS, M. (1992), *Risk and Blame. Essays in Cultural Theory*, Routledge, London.
- DOUGLAS, M./WILDAVSKY, A. (1983), *Risk and Culture*, University of California Press, Berkeley/Los Angeles/London.
- DOWNES, D./ROCK, P. (2011), *Understanding Deviance*, 6.ª ed., Oxford Univ. Press, Oxford/New York.
- EASTON, S./PIPER, C. (2008), *Sentencing and Punishment. The Quest for Justice*, 2.ª ed., Oxford Univ. Press, Oxford.
- ERICSON, R.V. (2006), «Ten Uncertainties of Risk-Management Approaches to Security», en *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, junio 2006, pp. 345-357.
- ERICSON, R. (2007), *Crime in an Insecure World*, Polity, Cambridge.
- ERICSON, R.V./DOYLE, A. (2003), «Risk and Morality», en ERICSON, R.V./DOYLE, A. (EDS.), *Risk and Morality*, Univ. of Toronto Press, Toronto, pp. 1-10.

- ERICSON,R.V./HAGGERTY,K.D. (1997), *Policing the Risk Society*, University of Toronto Press, Toronto/Buffalo.
- ERICSON,R.V./HAGGERTY,K.D. (2002), «The Policing of Risk», en BAKER,T./SIMON,J.(EDS.), *Embracing Risk. The Changing Culture of Insurance and Responsibility*, University of Chicago Press, Chicago, pp. 238-272.
- EWALD,F. (1991), «Insurance and Risk», en BURCHELL,G./GORDON,C./MILLER,P. (EDS.), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, University of Chicago Press, Chicago, pp. 197-210.
- FAULKNER,D. (2000), «Policy and Practice in Modern Britain: Influences, Outcomes and Civil Society», en GREEN,P./RUTHERFORD,A.(EDS.), *Criminal Policy in Transition*, Hart Publishing, Oxford/Portland, pp. 79-90.
- FEELEY,M.M. (2004), «Actuarial justice and the modern state», en BRUINSMA,G./ELFFERS,H./DE KEISER,J.(EDS.), *Punishment, Places and Perpetrators. Developments in criminology and criminal justice research*, Willan, Cullompton, pp. 62-77.
- FEELEY,M.M. (2006), «Origins of Actuarial Justice», en ARMSTRONG,S./MCARA,L.(EDS.), *Perspectives on Punishment. The Contours of Control*, Oxford Univ. Press, Oxford/New York, pp. 217-231.
- FEELEY,M./SIMON,J. (1992), «The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Correction and its Implications», en *Criminology*, vol. 30(4), pp. 449-474.
- FEELEY,M./SIMON,J. (1994), «Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law», en NELKEN,D.(ED.), *The Futures of Criminology*, Sage, London, pp. 173-201.
- FERRELL,J. (2012), «Outline of a criminology of drift», en HALL,S./WINLOW,S. (EDS.), *New Directions in Criminological Theory*, Routledge, London/New York, pp. 241-256.
- FLOUD,J. (1982), «Dangerousness and Criminal Justice», en *The British Journal of Criminology*, vol. 22(3), pp. 213-228.
- FLOUD,J./YOUNG,W. (1981), *Dangerousness and Criminal Justice*, Heinemann, London.
- FOESSEL,M. (2011), *Estado de vigilancia*, Lengua de Trapo, Madrid.
- FORTI,G. (2005), «Il governo dell'ambivalenza tardo-moderna: riflessioni politico-criminali su La cultura del controllo di David Garland», en CERETTI,A. (COORD.), *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, Giuffrè, Milano, pp. 135-179.
- FREIBERG,A. (2000), «Guerrillas in our midst? Judicial responses to governing the dangerous», en BROWN,M./PRATT,J.(EDS.), *Dangerous offenders. Punishment and social order*, Routledge, London/New York, pp. 51-70.

- GARLAND, D. (1997), «'Governmentality' and the problem of crime: Foucault, criminology, sociology», en *Theoretical Criminology*, vol. 1(2), pp. 173-214.
- GARLAND, D. (2003), «The Rise of Risk», en ERICSON, R. V./DOYLE, A. (EDS.), *Risk and Morality*, Univ. of Toronto Press, Toronto, pp. 48-86.
- GARLAND, D. (2005), *La cultura del control*, Gedisa, Barcelona.
- GRAY, P. (2009), «The political economy of risk and the new governance of youth crime», en *Punishment & Society*, vol. 11(4), pp. 443-458.
- GREENWOOD, P. W. (1982), *Selective Incapacitation*, Rand Corp., Santa Monica.
- GROSS, A. (2008), «History, Race, and Prediction: Comments on Harcourt's *Against Prediction*», en *Law & Social Inquiry*, vol. 33(1), pp. 235-242.
- HAGGERTY, K. D. (2003), «From Risk to Precaution: The Rationalities of Personal Crime Prevention», en ERICSON, R. V./DOYLE, A. (EDS.), *Risk and Morality*, University of Toronto Press, Toronto, pp. 193-214.
- HANNAH-MOFFAT, K./MAURUTTO, P./TURNBULL, S. (2009), «Negotiated Risk: Actuarial Illusions and Discretion in Probation», en *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 24(3), pp. 391-409.
- HARCOURT, B. E. (2003a), «The Shaping of Chance. Actuarial Models and Criminal Profiling at the Turn of the Twenty-first Century», en *University of Chicago Law Review*, vol. 70(1), pp. 105-128.
- HARCOURT, B. E. (2003b), ««From the Ne'er-do-well to the Criminal History Category: The Refinement of the Actuarial Model in Criminal Law»», en *Law and Contemporary Problems*, vol. 66(3), pp. 99-150.
- HARCOURT, B. E. (2007a), *Against Prediction*, Univ. of Chicago Press, Chicago.
- HARCOURT, B. E. (2007b), «Sulla svolta attuariale in criminologia», en *Conflitti Globali*, n° 5, pp. 87-102.
- HARCOURT, B. E. (2008), «A Reader's Companion to *Against Prediction*: A Reply to Ariela Gross, Yoram Margalioth, and Yoav Sapir on Economic Modeling, Selective Incapacitation, Governmentality, and Race», en *Law & Social Inquiry*, vol. 33(1), pp. 265-283.
- HARCOURT, B. E. (2013), *Política criminal y gestión de riesgos: Genealogía y crítica*, Ad-hoc, Buenos Aires.
- HARRIS, D. A. (2002), *Profiles in Injustice. Why Racial Profiling Cannot Work*, The New Press, New York.
- HÖRNQVIST, M. (2010), *Risk, Power and the State. After Foucault*, Routledge, Abingdon/New York.
- HUDSON, B. (2001), «Punishment, rights and difference: defending justice in the risk society», en STENSON, K./SULLIVAN, R. R. (EDS.), *Crime, Risk and Justice*.

- The politics of crime control in liberal democracies*, Willan, Cullompton, pp. 144-171.
- HUDSON,B. (2003), *Justice in the Risk Society*, Sage, London/Thousand Oaks/New Delhi.
- HUDSON,B./BRAMHALL,G. (2005), «Assessing the ‘Other’. Constructions of ‘Asianness’ in Risk Assessments by Probation Officers», en *British Journal of Criminology*, vol. 45(5), pp. 721-740.
- HUGHES,G. (1998), *Understanding crime prevention. Social control, risk and late modernity*, Open Univ. Press, Buckingham.
- HUTCHINSON,S. (2006), «Countering catastrophic criminology. Reform, punishment and the modern liberal compromise», en *Punishment and Society*, vol. 8(4), pp. 443-467.
- INNES,M. (2003), *Understanding social control*, Open University Press, Maidenhead.
- JOHNSTON,L./SHEARING,C. (2003), *Governing Security. Explorations in policing and justice*, Routledge, London/New York.
- JONES,T. (2012), «Governing security: pluralization, privatization, and polarization in crime control and policing», en MAGUIRE,M./MORGAN,R./REINER,R. (EDS.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 5.^a ed., Oxford University Press, Oxford/New York, pp. 743-768.
- KEMPF-LEONARD,K./PETERSON,E.S.L. (2000), «Expanding realms of the new penology. The advent of actuarial justice for juveniles», en *Punishment and society*, vol. 2(1), pp. 66-97.
- KEMSHALL,H. (2006), «Crime and Risk», en TAYLOR-GOOPY,P./ZINN,J.(EDS.), *Risk in social science*, Oxford Univ. Press, Oxford, pp. 76-93.
- KEMSHALL,H./MAGUIRE,M. (2001), «Public Protection, ‘Partnership’ and Risk Penalty», en *Punishment and Society*, vol. 3(2), pp. 237-264.
- KEMSHALL,H./WOOD,J. (2008), «Risk and Public Protection: Responding to Involuntary and ‘Taboo’ Risk», en *Social Policy & Administration*, vol. 42(6), pp. 611-629.
- LACEY,N./ZEDNER,L. (2000), «‘Community’ and Governance: A Cultural Comparison», en KARSTEDT,S./BUSSMANN,K.-D., *Social Dynamics of Crime and Control*, Hart, Portland, pp. 157-170.
- LOADER,I./SPARKS,R. (2007) «Contemporary landscapes of crime, order and control: governance, risk, and globalization», en MAGUIRE,M./MORGAN,R./REINER,R.(EDS.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 4.^a ed., Oxford University Press, Oxford/New York, pp. 78-101.

- LOADER,I./GIRLING,E./SPARKS,R. (2000), «After Success? Anxieties of affluence in an English village», en HOPE,T./SPARKS,R.(EDS.), *Crime, Risk and Insecurity*, Routledge, London/New York, pp. 65-82.
- LYNCH,M. (1998), «Waste Managers? The New Penology, Crime Fighting, and Parole Agent Identity», en *Law & Society Review*, vol. 32(4), pp. 839-869.
- MARGALIOH,Y. (2008), «Looking at Prediction from an Economics Perspective: A Response to Harcourt's *Against Prediction*», en *Law & Social Inquiry*, vol. 33(1), pp. 243-252.
- MARY,P. (2001), «Pénalité et gestion des risques: vers une justice 'actuarielle' en Europe?», en *Déviance et Société*, vol. 25(1), pp. 33-51.
- MARY,P. (2003), *Insécurité et pénalisation du social*, Labor, Bruxelles.
- MATTHEWS,R. (2003), «Rethinking penal policy: towards a system approach», en DORES,A.P.(ORG.), *Prisões na Europa/European Prisons*, Celta, Oeiras, pp. 55-75.
- MAURUTTO,P./HANNAH-MOFFAT,K. (2006), «Assembling risk and the restructuring of penal control», en *British Journal of Criminology*, vol. 46(3), pp. 438-454.
- MCLAUGHLIN,E./MURJI,K. (2001), «Lost connections and new directions: neo-liberalism, new public managerialism and the 'modernization' of the British police», en STENSON,K./SULLIVAN,R.R.(EDS.), *Crime, Risk and Justice. The politics of crime control in liberal democracies*, Willan, Cullompton, pp. 104-122.
- MCNEILL,F. ET AL. (2009), «Risk, responsibility and reconfiguration. Penal adaptation and misadaptation», en *Punishment & Society*, vol. 11(4), pp. 419-442.
- MELOSSI,D. (2002), *Stato, controllo sociale, devianza*, Bruno Mondadori, Milano.
- MILLER,E.J. (2009), «Drugs, Courts, and the New Penology», en *Stanford Law & Policy Review*, vol. 20(2), pp. 417-461.
- MOUHANNA,C. (2008), «Police: de la proximité au maintien de l'ordre généralisé?», en MUCCHIELLI,L.(DIR.), *La frénésie sécuritaire*, La Decouverte, Paris, pp. 77-87.
- MUCCHIELLI,L. (2008), «Faire du chiffre: le 'nouveau management de la sécurité'», en MUCCHIELLI,L.(DIR.), *La frénésie sécuritaire*, La Decouverte, Paris, pp. 99-112.
- NELLIS,M. (2005), «Electronic monitoring, satellite tracking, and the new punitiveness in England and Wales», en PRATT,J. ET AL.(EDS.), *The New Punitiveness. Trends, theories, perspectives*, Willan, Cullompton, pp. 167-185.

- O'MALLEY,P. (2000), «Criminologies of Catastrophe? Understanding Criminal Justice on the Edge of the New Millennium», en *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, nº 33, pp. 153-167.
- O'MALLEY,P. (2004), *Risk, Uncertainty and Government*, Glasshouse Press, London.
- O'MALLEY,P. (2006a), *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- O'MALLEY,P. (2006b), «Criminology and risk», en MYTHEN,G./WALKLATE,S. (EDS.), *Beyond the Risk Society*, Open University Press, Maidenhead, pp. 43-59.
- O'MALLEY,P. (2008), «Experiments in risk and criminal justice», en *Theoretical Criminology*, vol. 12(4), pp. 451-469.
- O'MALLEY,P. (2010), *Crime and Risk*, Sage, London.
- OSBORNE,D./GAEBLER,T. (1995), *La reinención del gobierno: la influencia del espíritu empresarial en el sector público*, Paidós, Barcelona.
- PAINTER,C. (2005), «Managing Criminal Justice: Public Service Reform Writ Small?», en *Public Money & Management*, octubre 2005, pp. 307-314.
- PALIDDA,S. (2000), *Polizia postmoderna. Etnografia del nuovo controllo sociale*, Feltrinelli, Milano.
- PARNABY,P.F. (2006), «Crime Prevention through Environmental Design: Discourses of Risk, Social Control, and a Neo-liberal Context», en *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, enero 2006, pp. 1-29.
- PÉREZ CEPEDA,A.I. (2007), *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmoderno*, Iustel, Madrid.
- PITCH,T. (2006b), *La società della prevenzione*, Carocci, Roma.
- PORTILLA CONTRERAS,G. (2005a), «El Derecho Penal de la 'Seguridad'. Una secuela inevitable de la desaparición del Estado Social», en BRANDARIZ,J.A./PASTOR,J.(EDS.), *Guerra global permanente. La nueva cultura de la inseguridad*, Los libros de la Catarata, Madrid, pp. 52-79.
- PORTILLA CONTRERAS,G. (2005b), «Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho Penal», en PORTILLA CONTRERAS,G. (COORD.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Univ. Internacional Andalucía/Akal, Madrid, pp. 57-85.
- PRATT,J. (2000), «Dangerousness and modern society», en BROWN,M./PRATT,J. (EDS.), *Dangerous offenders. Punishment and social order*, Routledge, London/New York, pp. 35-48.

- RAINE, J.W. (2005), «Courts, Sentencing, and Justice in a Changing Political and Managerial Context», en *Public Money & Management*, octubre 2005, pp. 291-298.
- RAINE, J.W./WILLSON, M.J. (1997), «Beyond Managerialism in Criminal Justice», en *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 36(1), pp. 80-95.
- RAYNOR, P. (2010), «Usages et abus du risque dans la justice pénale britannique», en *Déviance et société*, vol. 34(4), pp. 671-687.
- RE, L. (2006), *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Laterza, Bari.
- REINER, R. (2006), «Beyond Risk: A Lament for Social Democratic Criminology», en NEWBURN, T./ROCK, P.(EDS.), *The Politics of Crime Control*, Oxford University Press, Oxford, pp. 7-50.
- REINER, R./LIVINGSTONE, S./ALLEN, J. (2001), «Casino culture: media and crime in a winner-loser society», en STENSON, K./SULLIVAN, R.R.(EDS.), *Crime, Risk and Justice. The politics of crime control in liberal democracies*, Willan, Cullompton, pp. 174-193.
- RIGAKOS, G.S./HADDEN, R.W. (2001), «Crime, capitalism and the ‘risk society’: Towards the same olde modernity?», en *Theoretical Criminology*, vol. 5(1), pp. 61-84.
- RIVERA BEIRAS, I. (2004), «Forma-Estado, Mercado de Trabajo y Sistema Penal (“nuevas” racionalidades punitivas y posibles escenarios penales)», en RIVERA BEIRAS, I.(COORD.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Anthropos, Barcelona, pp. 287-326.
- RIVERA BEIRAS, I./NICOLÁS LAZO, G. (2005), «La crisis del *welfare* y sus repercusiones en la cultura política europea», en RIVERA BEIRAS, I.(COORD.), *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, pp. 219-254.
- ROBINSON, G. (2002), «Exploring risk management in probation service. Contemporary developments in England and Wales», en *Punishment & Society*, vol. 4(1), pp. 5-25.
- ROSE, N. (1999), *Powers of Freedom*, Cambridge University Press, Cambridge.
- ROSE, N. (2000), «Government and Control», en *The British Journal of Criminology*, vol. 40(2), pp. 321-339.
- ROSE, N. (2002), «At Risk of Madness», en BAKER, T./SIMON, J.(EDS.), *Embracing Risk. The Changing Culture of Insurance and Responsibility*, University of Chicago Press, Chicago, pp. 209-237.
- SAINATI, G./SCHALCHLI, U. (2007), *La décadence sécuritaire*, La Fabrique, Paris.

- SAN MARTÍN SEGURA, D. (2009), «El riesgo como dispositivo de gobierno en la sociedad de control», en BRANDARIZ, J.A./FERNÁNDEZ DE ROTA, A./GONZÁLEZ, R. (EDS.) (2009), *La Globalización en crisis. Gubernamentalidad, control y política de movimiento*, ULEX/Universidade Invisibel, Málaga, pp. 51-68.
- SANTORO, E. (2004), *Carcere e società liberale*, 2.ª ed., Giappichelli, Torino.
- SAPIR, Y. (2008), «Against Prevention? A Response to Harcourt's *Against Prediction* on Actuarial and Clinical Predictions and the Faults of Incapacitation», en *Law & Social Inquiry*, vol. 33(1), pp. 253-264.
- SCHEERER, S. (2000), «Three Trends into the New Millennium: The Managerial, the Populist and the Road Towards Global Justice», en GREEN, P./RUTHERFORD, A. (EDS.), *Criminal Policy in Transition*, Hart Publishing, Oxford/Portland, pp. 243-259.
- SHEARING, C./JOHNSTON, L. (2005), «Justice in the Risk Society», en *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, vol. 38(1), pp. 25-38.
- SHICHOR, D. (1997), «Three Strikes as a Public Policy: The Convergence of the New Penology and the McDonaldization of Punishment», en *Crime & Delinquency*, vol. 43(4), pp. 470-492.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (1992), *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2011), *La expansión del Derecho Penal*, 3.ª ed., Edisofer/BdeF, Madrid/Montevideo/Buenos Aires.
- SIMON, J. (1998), «Managing the Monstrous: Sex Offenders and the New Penology», en *Psychology, Public Policy and Law*, vol. 4(1-2), pp. 452-467.
- SIMON, J. (2001), «'Entitlement to cruelty': the end of welfare and the punitive mentality in the United States», en STENSON, K./SULLIVAN, R.R. (EDS.), *Crime, Risk and Justice. The politics of crime control in liberal democracies*, Willan, Cullompton, pp. 125-143.
- SIMON, J. (2005), «Reversal of Fortune: The Resurgence of Individual Risk Assessment in Criminal Justice», en *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 1, pp. 397-421.
- SIMON, J./FEELEY, M.M. (2003), «The Form and Limits of the New Penology», en BLOMBERG, T.G./COHEN, S. (EDS.), *Punishment and Social Control*, 2.ª ed., Aldine de Gruyter, New York, pp. 76-116.
- SPARKS, R. (2000), «Perspectives on risk and penal politics», en HOPE, T./SPARKS, R. (EDS.), *Crime, Risk and Insecurity*, Routledge, London/New York, pp. 129-145.

- STANKO, E. (2000), «Victims R Us. The Life history of ‘fear of crime’ and the politicisation of violence», en HOPE, T./SPARKS, R. (EDS.), *Crime, Risk and Insecurity*, Routledge, London/New York, pp. 13-30.
- STEELE, J. (2004), *Risks and Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford/Portland.
- STENSON, K. (2000), «Some day our prince will come. Zero-tolerance policing and liberal government», en HOPE, T./SPARKS, R. (EDS.), *Crime, Risk and Insecurity*, Routledge, London/New York, pp. 215-237.
- STENSON, K. (2001), «The new politics of crime control», en STENSON, K./SULLIVAN, R. R. (EDS.), *Crime, Risk and Justice. The politics of crime control in liberal democracies*, Willan, Cullompton, pp. 15-28.
- STENSON, K./EDWARDS, A. (2001), «Rethinking crime control in advanced liberal government: the ‘third way’ and the return to the local», en STENSON, K./SULLIVAN, R. R. (EDS.), *Crime, Risk and Justice. The politics of crime control in liberal democracies*, Willan, Cullompton, pp. 68-85.
- SULLIVAN, R. R. (2001), «The schizophrenic state: neo-liberal criminal justice», en STENSON, K./SULLIVAN, R. R. (EDS.), *Crime, Risk and Justice. The politics of crime control in liberal democracies*, Willan, Cullompton, pp. 29-47.
- SUTTON, A. (2000), «Drugs and dangerousness. Perceptions and management of risk in the neo-liberal era», en BROWN, M./PRATT, J. (EDS.), *Dangerous offenders. Punishment and social order*, Routledge, London/New York, pp. 165-180.
- TONRY, M. (2004), *Thinking about Crime*, Oxford University Press, New York.
- TUBEX, H. (2002), «Dangerousness and Risk: from Belgian Positivism to New Penology», en TATA, C./HUTTON, N. (EDS.), *Sentencing and Society. International perspectives*, Ashgate, Aldershot, pp. 452-468.
- UGWUDIKE, P. (2011), «Mapping the interface between contemporary risk-focused policy and frontline enforcement practice», en *Criminology & Criminal Justice*, vol. 11(3), pp. 242-258.
- VIGOUR, C. (2006), «Justice: l’introduction d’une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques», en *Droit et société*, n° 63-64, pp. 425-455.
- WACQUANT, L. (2000), *Las cárceles de la miseria*, Alianza, Madrid.
- WACQUANT, L. (2012), «The wedding of workfare and prisonfare in the 21st century: responses to critics and commentators», en SQUIRES, P./LEA, J. (EDS.), *Criminalisation and advanced marginality*, The Policy Press, Bristol, pp. 243-257.

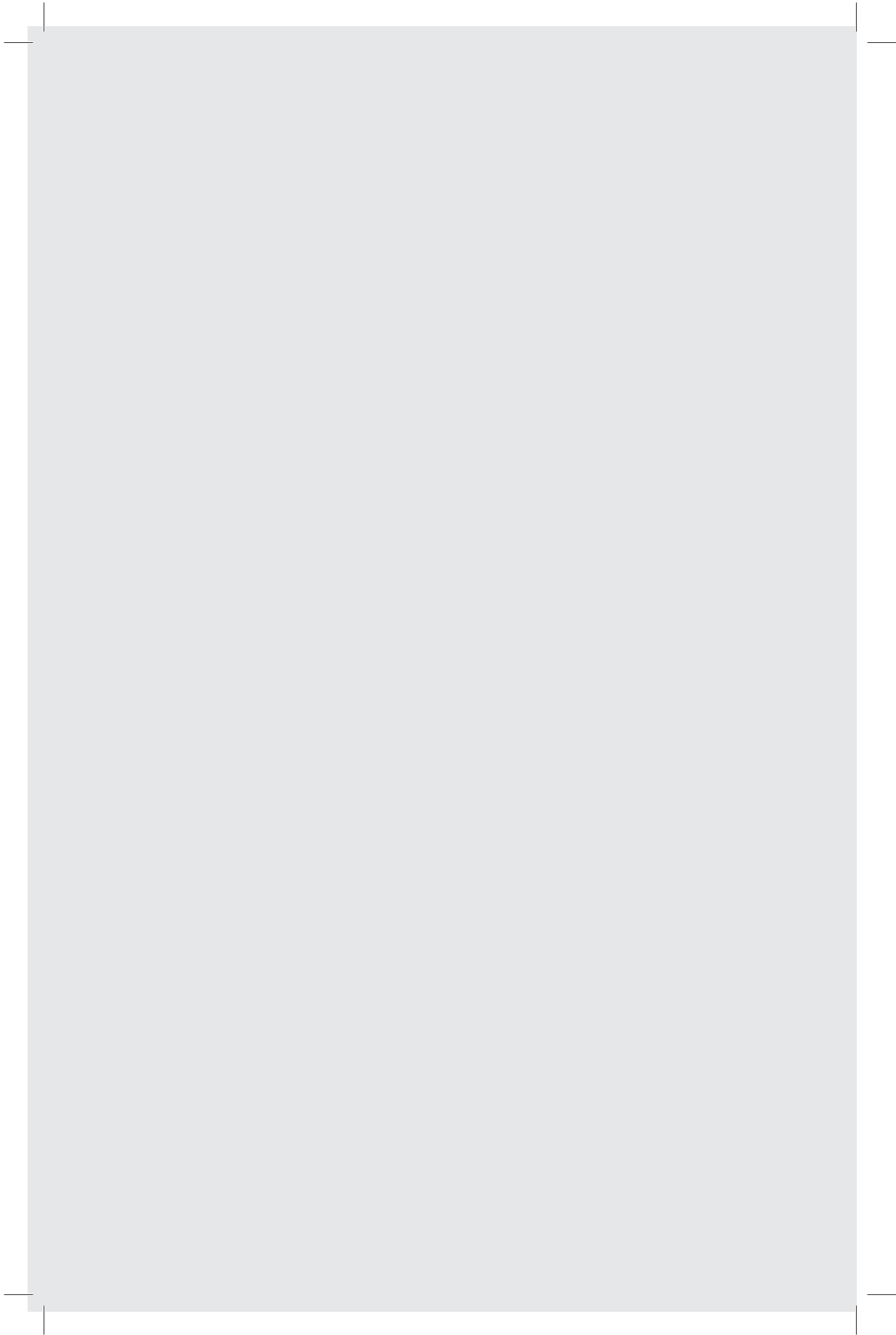
- WANDALL,R.H. (2010), «Resisting risk assessment? Pre-sentence reports and individualized sentencing in Denmark», en *Punishment & Society*, vol. 12(3), pp. 329-347.
- WHITTY,N. (2011), «Human rights as risk: UK prisons and the management of risk and rights», en *Punishment & Society*, vol. 13(2), pp. 123-148.
- WOOD,J./SHEARING,C. (2011), *Pensar la seguridad*, Gedisa, Barcelona.
- ZEDNER,L. (2000), «The pursuit of security», en HOPE,T./SPARKS,R.(EDS.), *Crime, Risk and Insecurity*, Routledge, London/New York, pp. 200-214.
- ZEDNER,L. (2006a), «Opportunity Makes the Thief-Taker: The Influence of Economic Analysis on Crime Control», en NEWBURN,T./ROCK,P.(EDS.), *The Politics of Crime Control*, Oxford University Press, Oxford, pp. 147-172.
- ZEDNER,L. (2006b), «Neither Safe Nor Sound? The Perils and Possibilities of Risk», en *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, junio 2006, pp. 423-434.
- ZEDNER,L. (2009), *Security*, Routledge, London.
- ZYSMAN QUIRÓS,D. (2004), «El castigo penal en Estados Unidos. Teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente», en RIVERA BEIRAS,I.(COORD.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Anthropos, Barcelona, pp. 251-286.

IL SUBLIME DELL'ECCEZIONE

Massimiliano Guareschi, Federico Rahola

SUMARIO

- I. Stati di necessità.
- II. Cento sfumature di eccezione.
- III. Beyond the state (of exception).



Commemorando l'amico Jean Cavaillès, Georges Canguilhem lasciava cadere una fulminante osservazione a proposito del differente atteggiamento verso l'incognito che manifesterebbero filosofi e matematici. "L'incognito" scrive Canguilhem, "un limite del pensiero che la filosofia ora esalta e ora esorcizza, mentre la matematica lo riduce serenamente attraverso il calcolo".¹ Lo stesso potrebbe valere per l'infinito. Cambiando uno dei fattori, un'analogia osservazione potrebbe essere estesa all'eccezione. In questo caso, a contrapporsi ai filosofi, in termini di atteggiamento generale, non sarebbero i matematici ma giuristi e scienziati politici. Se per i primi l'eccezione può apparire come un concetto limite, un buco nero in cui precipita l'ordinamento nel suo complesso,² per i secondi può assumere il profilo di un istituto di diritto positivo o, addirittura, di un escamotage tecnico. L'eccezione da concetto essenzialista si trasforma in categoria convenzionale sotto la quale rubricare un complesso di dispositivi, fra loro eterogenei per struttura ed estensione, che condividono il fatto di articolarsi a partire da un meccanismo di deroga temporanea rispetto al dettato costituzionale o a suoi specifici punti. Ne consegue un passaggio dall'eccezione al singolare, dove, in ottemperanza al principio della sineddoche, qualsiasi deroga assume il significato di una sospensione dell'ordinamento nel suo complesso, alle eccezioni in cui si ha a che fare, a differenti livelli, con una sospensione temporanea dell'ordinamento vigente per fronteggiare un'emergenza. Se, nella sua morfologia elementare, l'eccezione si configura come una sospensione temporanea di parte o della totalità di un ordinamento per fare fronte a una minaccia, diacronicamente si possono individuare una pluralità di tipologie

¹ Georges Canguilhem, *Vie et mort de Jean Cavaillès*, Allia, Paris 1996, p. 23.

² G. Agamben, *Stato di eccezione*, Bollati-Boringhieri, Torino 2003.

di “stati di eccezione”, la cui fenomenologia dipende dalla natura della sospensione o deroga, dalla sua durata, dall’ordinamento a cui si correla, dalla minaccia a cui reagisce, dalle forme di legittimazione a cui si appella.³

Assumendo una simile prospettiva, si pone in primo luogo il problema della tenuta di una categoria generale, quella dello “stato di eccezione”, rispetto alla rubricazione al suo interno di un vasto spettro di fenomeni. “State of exception”, per esempio, può essere considerato sinonimo di “state of emergency”, come sembra incline ad affermare, almeno implicitamente, molta letteratura soprattutto anglosassone,⁴ o invece risulterebbe più utile e corretto distinguere le due tipologie?⁵ Inoltre, si deve parlare di stato di eccezione solo nei casi in cui la costituzione formale contempla esplicitamente tale istituto (per esempio, l’articolo 48 della costituzione di Weimar o il 16 di quella della Quinta repubblica francese) oppure è lecito assumere una prospettiva più ampia, facendovi rientrare tutti i casi in cui il principio della necessità conduce a una deroga temporanea dai normali funzionamenti della costituzione materiale o a una sospensione della “legge” o delle consuetudini? Se si opta per la prima ipotesi, lo stato di eccezione diviene un “oggetto raro”, analizzabile solo all’interno degli specifici contesti giuridici in cui è esplicitamente contemplato. Di contro, se si privilegia una prospettiva “morfologica”, a partire dalla definizione triadica a cui in precedenza si è fatto riferimento (sospensione temporanea della norma giuridica a fronte di una minaccia), si apre la possibilità per un più ampio quadro comparativo fra differenti meccanismi derogatori collocati in diversi contesti spaziali e temporali.

I. STATI DI NECESSITÀ

Aderendo alla prospettiva “morfologica”, la massima medievale “necessitas legem non habet” può costituire il filo rosso lungo il quale articolare

³ P. Pinna *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano 1988.

⁴ J. Ferejohn, P. Pasquino, *Emergency Powers*, in J.S. Dryzek, B. Honig, A. Philips, *The Oxford Handbooks of Political Theory*, Oxford University Press, Oxford-New York 2006, pp. 334-348; D. Dyzenhaus, *Schmitt vs Dicey. Are State of Emergency Inside or Outside the Legal Order*, in “Cardozo Law Review”, 27, 5, 2006, pp. 2005-2040.

⁵ R. Ciccarelli, *Norm/Exception: Exceptionalism and Governmental Prospect in the Shadow of Political Theology*, A. Dal Lago, S. Palidda (a cura di), *Conflict, Security and the Reshaping of Society. The Civilization of War*, Routledge, London-New York 2010, pp. 57-69.

un'indagine di carattere storico sullo stato di eccezione. È il caso dello studio di François Saint-Bonnet che, partendo dalla dittatura e dal *senatus consultum ultimum* della Roma repubblicana, passando per le istituzioni della *respublica christiana*, l'affermazione dello stato regio e le convulse vicende costituzionali della rivoluzione francese, disegna un itinerario che giunge fino ai dibattiti giurisprudenziali sulle "circostanze eccezionali" in diritto amministrativo.⁶ Dal punto di vista teorico, l'analisi di Saint-Bonnet si rivela particolarmente interessante quando sottolinea come lo "stato di eccezione" chiami in causa una specifica "modalità di azione", qualificabile in termini "estetici", irriducibile all'opposizione fra decisionismo e normativismo. L'indagine, a questo punto, intreccia la storia costituzionale con la storia delle idee e della filosofia politica. Se nei termini del positivismo kelseniano lo stato di eccezione diviene incomprensibile, e non può essere che proiettato al di fuori dell'ambito giuridico, nel regno della politica o della fattualità, l'opzione decisionista si rivelerebbe egualmente inadeguata:

Anche l'idea di Schmitt che considera *a contrario* che il caso eccezionale esalti la decisione deve essere riconsiderata. Se è evidente che si deve agire, propriamente parlando non ci si trova di fronte a una decisione, la quale presuppone un'alternativa (agire in un determinato modo o non agire).[...] L'evidente necessità spinge ad agire al di fuori di ogni scelta deliberata, sulla base di un riflesso improvviso e immediato. Simili atti, compiuti d'istinto (di conservazione) non possono essere assimilati a decisioni, agli atti di *bon plasir* di epoca moderna. Si ha quindi a che fare con azioni di una natura particolare, di cui non rendono conto né il normativismo né il decisionismo.⁷

A questo proposito, si potrebbe chiamare in causa anche l'istituzionalismo di Santi Romano, autore non considerato da Saint-Bonnet, per il quale la necessità si pone come una vera e propria fonte del diritto, "di quel diritto che scaturisce immediatamente e direttamente dalle forze sociali da non permettere che tra i bisogni sociali stessi che determinano la norma giuridica e il rinvenimento e la dichiarazione di quest'ultima si frapponga l'attività razionale degli organi competenti a questa dichiarazione".⁸

Al fine di delineare una lettura dell'eccezione alternativa all'opposizione normativismo/decisionismo, Saint-Bonnet propone un itinerario che dopo

⁶ F. Saint-Bonnet, *L'État d'exception*, Puf, Paris 2001.

⁷ Ivi, p. 315.

⁸ S. Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa del diritto italiano*, in Id., *Scritti minori*, Giuffrè 1950, p. 194.

un serrato confronto con un classico del liberalismo come Locke chiama in causa le riflessioni a caldo di Edmond Burke e François Guizot su due “strane” rivoluzioni. Per una concezione assoluta, incondizionata e indivisibile della sovranità come quella proposta da Hobbes, il problema dello stato di eccezione ovviamente non si pone in quanto nulla vincola il Leviatano, nessuna legge positiva o diritto naturale, nell’azione volta a garantire la conservazione della comunità politica che ne costituisce la ragion d’essere. In tale prospettiva, a svanire è la stessa distinzione fra norma ed eccezione. Al contrario, un autore come John Locke non può evitare di porre la questione sulla possibilità, nel caso sia in gioco la salvezza del *commonwealth*, di derogare alla divisione dei poteri (esecutivo, legislativo e federativo) o di violare i diritti naturali dell’individuo. In forza di quella che definisce “prerogativa”, Locke ritiene che l’esecutivo, nella misura in cui la “*salus populi est suprema lex*”, può e deve intervenire, per il bene pubblico, anche violando le prescrizioni della legge e gli equilibri istituzionali operativi in tempi “normali”. A legittimare un tale intervento è lo stato di necessità. La prerogativa, però, è esposta al rischio di presentarsi come il viatico per la tirannia. Ciò avviene quando l’esecutivo agisce sulla base non degli imperativi della necessità ma della propria “volontà”. A quel punto, il popolo non può che rimettersi “al cielo” e, nel caso i numi non risolvano la questione, esercitare il diritto di resistenza in quanto il patto fondativo è stato violato. A discriminare fra legittimo esercizio della prerogativa e tirannia, quindi, sarebbe l’evidenza di uno stato di necessità che impone all’esecutivo (o al principe) di agire, eventualmente *contra legem*, per tutelare il bene comune. Il criterio di legittimità non può essere stabilito in senso normativo, in quanto la tutela del bene comune fa emergere un diritto naturale, superiore al diritto positivo, relativo all’autoconservazione del *commonwealth*, condizione necessaria per non riprecipitare nello stato di natura. E nemmeno il richiamo a un istanza superiore può risolvere il problema: “Chi giudicherà quando di questo potere si fa un retto uso? Rispondo: fra un potere esecutivo in atto, dotato di siffatta prerogativa, e un legislativo che dipende dalla volontà di esso per le proprie convocazioni, non ci può essere nessun giudice sulla terra, così come non ce ne può essere nessuno fra il legislativo e il popolo, se l’esecutivo o il legislativo, quando abbiano il potere nelle loro mani, progettano o cercano di rendere schiavo o distruggere il popolo”.⁹ Di

⁹ J. Locke, *Il secondo trattato sul governo*, Rizzoli, Milano 1998, p. 293.

conseguenza, secondo Locke a stabilire la legittimità del ricorso al meccanismo derogatorio della prerogativa è l'“evidenza”, l'evidenza che l'esecutivo agisce non per propria volontà ma su spinta della necessità al fine di tutelare il bene comune. D'altra parte, la stessa evidenza, questa volta del fatto che il sovrano decide *pro domo sua*, costituisce il criterio che autorizza i cittadini a ricorrere al diritto di resistenza. Come rileva Saint-Bonnet, le espressioni a cui ricorre Locke per concettualizzare la legittimazione e la contestazione del ricorso alla prerogativa da parte dell'esecutivo rimandano a un lessico più percettologico ed emotivo (*to see, to feel*) che giuridico o politico. Un analogo atteggiamento sembra emergere dalle riflessioni su due “rivoluzioni senza rivoluzione” —la Glorious revolution inglese e l'ascesa al potere di Luigi Filippo— rispettivamente di Edmund Burke e François Guizot. Per quanto riguarda il secondo, gli eventi del 1830 possono essere visti come una temporanea sospensione della legalità, in termini di violazione dei diritti dinastici dei Borboni, al fine non di instaurare una nuova costituzione ma di preservare quella vigente messa a repentaglio dall'azione del sovrano e dei suoi ministri. Per Guizot, l'insediamento della monarchia orleanista è legittimo in quanto non avvenuto in conformità di una decisione politica ma scaturito dalla “ragione pubblica e dalla necessità”. Gli attori in campo, popolo e parlamentari, nonché il duca di Orleans, condividono una stessa “sensazione”, percepiscono che di fronte al rischio imminente del caos una sola opzione possibile. L'azione, “si fonda sull'imperiosa necessità e il popolo che compie il passo sembra operare più come una macchina che come un organismo dotato di volontà”.¹⁰

Guizot individua nella Glorious revolution un precedente significativo degli eventi del 1830. E per molti versi analoghe alle sue sono le considerazioni che riguardo al cambio dinastico del 1688 avanza Edmund Burke, sottolineando come l'atto di attribuire la corona a Guglielmo d'Orange discendesse non da una “scelta propriamente detta” ma fosse dettato dalla necessità.¹¹ E proprio in Burke Saint Bonnet individua la chiave di lettura adeguata per la modalità di azione a cui allude lo stato di eccezione. Il riferimento, in questo caso, è a *Inchiesta sul bello e il sublime*, in cui Burke definisce il sublime come una specifica tipologia di esperienza estetica: la percezione di qualcosa di smisurato che induce una reazione emotiva parti-

¹⁰ F. Saint-Bonnet, *L'État d'exception*, cit., p. 330.

¹¹ E. Burke, *Riflessioni sulla rivoluzione in Francia*, Ideazione, Roma 1998.

colare, in cui a un sentimento iniziale di dolore ne succede immediatamente uno di piacere.¹² Si ha così a che fare con un misto di terrore e piacere che si distingue dal piacere positivo del bello. Se infatti quest'ultimo produce rilassatezza, il sublime suscita tensione. In tale condizione, il terrore crea una paralisi dell'anima che impedisce ogni riflessione o decisione. A emergere è dunque una disposizione in cui il dato emotivo o emozionale prevale su quello razionale. A tal proposito, si potrebbe citare ancora una volta Santi Romano, quando sottolinea, contrapponendola alle "norme razionali" del diritto naturale, che "la necessità [...] si impone in modo più stringente, si concreta, non come un'esigenza della ragione, ma come un comando del tutto pratico".¹³ Si è qui di fronte a una condizione che presenta notevoli analogie la descrizione offerta da Burke dei "parlamentari che, incapaci di volere e ragionare in quanto terrorizzati dalle esazioni di Giacomo I, intronizzarono Guglielmo III"¹⁴ o con quella che Guizot propone a proposito della "rivoluzione senza rivoluzione". E lo stesso schema potrebbe essere applicato alla discussione lockiana riguardante quell'"evidenza" su cui si legittima sia l'esercizio della prerogativa da parte dell'esecutivo sia il diritto di resistenza alla tirannia. In tutti i casi evocati – questo il dato più significativo – l'elemento fondamentale si colloca non tanto sul piano deliberativo o dimostrativo quanto piuttosto su quello della comunione sensitiva di un'evidenza, di una necessità che non contempla scelte. Con il corollario di un'unanimità nella condivisione di una percezione della realtà che non può essere ridotta a somma algebrica di consensi individuali o al gioco a geometria variabile fra maggioranza-minoranza ed evoca invece un "idem sentire" che sembra preconizzare la "coscienza collettiva" di Durkheim.¹⁵ Il tutto in una dimensione di assoluta pubblicità, preconditione necessaria affinché possa realizzarsi l'aggregazione empatica intorno all'evidenza dello stato di necessità, che appare significativamente opposta a quella del segreto tipica della ragion di stato o degli *arcana imperii*. In definitiva, quando è in gioco lo "stato di eccezione" l'impressione è quella di muoversi all'interno di un campo essenzialmente sensitivo ed emozionale. Per questo Saint-Bonnet ne propone una lettura in termini non giuridici e politici ma

¹² E. Burke, *Inchiesta sul bello e il sublime*, Aesthetica, Palermo 2002.

¹³ S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in Id., *Scritti minori*, cit., p. 363.

¹⁴ F. Saint-Bonnet, *L'État d'exception*, cit., p. 333.

¹⁵ È Durkheim, *Le forme elementari della vita religiosa*, Meltemi, Roma 2005.

principalmente se non esclusivamente estetici. Se volessimo chiamare in causa Kant, si potrebbe affermare che con lo “stato di eccezione” si entra in un ambito che ha che fare con giudizi riflettenti di tipo estetico, legati alla sfera del sentimento, e non con giudizi determinanti afferenti la sfera dell'intelletto, con giudizi universalizzabili non tramite la dimostrazione ma solo attraverso la discussione.

Non rientra negli obiettivi di queste pagine vagliare criticamente le problematiche teoriche commesse a una lettura in chiave estetologica dello stato di eccezione e nemmeno di introdurre il tema, nel caso si optasse per una simile soluzione, delle notevoli differenze che passano fra il sensismo di Burke e la prospettiva trascendentale kantiana. Qui, più moderatamente, interessa sottolineare come la proposta interpretativa di Saint-Bonnet permetta di gettare lo sguardo, per coglierne l'ampio spettro di conseguenze, su un ulteriore aspetto del dispositivo denominato “stato di eccezione”, ossia la relazione immediata e diretta che questo instaura con la “necessità”. Invocando una simile condizione, come vedremo, l'immagine di una decisione libera e sovrana entra immediatamente in crisi. Allo stesso tempo, però, per postulare un'adesione generale, emotiva e irriflessa all'evidenza è necessario presupporre un'immagine organicista del corpo politico: le membra dello stato-persona, il popolo di Locke, la Francia di Guizot, la patria dei nazionalismi. In una simile prospettiva, lo “stato d'eccezione” sembra assumere il profilo di quei riti laici ai quali sempre Durkheim affidava la restituzione, nelle condizioni delle società a solidarietà organica, della coscienza collettiva tipica delle società a solidarietà meccanica.¹⁶

Quanto una simile impostazione risulti difficilmente compatibile con approcci di tipo politico e sociologico meno “olistici” o più inclini a considerare la valenza costitutiva delle dinamiche conflittuali —siano esse fra individui, interessi, élite, gruppi, classi o rappresentazioni del mondo— è facilmente intuibile.

II. CENTO SFUMATURE DI ECCEZIONE

Come è stato più volte sottolineato, il tema dello stato di eccezione, spesso intrecciato e sovrapposto a quello dello “stato di emergenza”, ha acquisito un'indubbia centralità nel dibattito politico-giuridico internazionale, in particolare dopo l'11 settembre. Ci riferiamo in primo luogo alle diverse

¹⁶ E. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, Comunità, Milano 1962.

letture che hanno individuato in questo specifico dispositivo, inteso classicamente come sospensione temporanea dell'ordinamento su un determinato territorio, la chiave di intelligibilità per tutta una serie di fatti e processi che hanno scandito il tempo "straordinario" della *war on terror* e non solo. Per uno strano paradosso, una categoria a lungo confinata nei manuali di diritto costituzionale e dottrina dello stato è assunta al rango di formula chiave del dibattito filosofico-giuridico, con ricadute non trascurabili nella polemica politica più immediata, permettendo di rendere conto di tutti quei casi in cui gli stati democratici violano, consapevolmente e alla luce del sole, i loro stessi ordinamenti o le garanzie su cui si fonda la loro autolegittimazione e autorappresentazione. Si tratta in realtà di un ampio spettro di fenomeni, dal governo delle migrazioni alle varie forme di detenzione amministrativa, dalle crescenti funzioni legislative affidate agli esecutivi al dispiegamento di politiche di sicurezza ibride nelle quali sfumano tutta una serie di distinzioni convenzionali (tra pace e guerra, militare e civile), a cui l'idea di una sospensione della legge e delle procedure, che crea lo spazio per una decisione politica libera da vincoli legali, sembra offrire una persuasiva cornice esplicativa. Così, su prospettive e declinazioni diverse, in tutta una serie di autori anche molto lontani in quanto ad ambiti disciplinari e posizioni politiche (da Giorgio Agamben ad Aiwā Ong o Dieter Grimm) si è finito per assegnare all'eccezione il ruolo affatto centrale di *passé-partout* teorico privilegiato quando non esclusivo. Il fatto è che la sistematicità del ricorso a spiegazioni di carattere "eccezionalista", oltre a sconfinare spesso in un vero e proprio abuso, ha finito a nostro avviso per operare come potente riduttore di complessità, restituendo l'immagine stilizzata, nei fatti antropomorfa e quindi semplificata, di un soggetto sovrano singolare e univoco in grado di esercitare o a cui attribuire un atto di decisione esclusivo. Per questa ragione, in un libro recente abbiamo tentato di decostruire i presupposti "sovrani" impliciti di molti tentativi di leggere i processi del presente in chiave eccezionalista, volendo opporre a tali letture un'alternativa più aderente allo scenario scomposto e frattalizzato che emerge dalla geografia politica globalizzata.¹⁷

In questa prospettiva, un primo necessario passaggio riguardava la necessità di "situare" e definire il campo semantico disegnato dall'eccezione:

¹⁷ M. Guareschi, F. Rahola, *Chi decide? Critica della ragione eccezionalista*, ombre corte, Verona 2011.

di esplorare le differenze, peraltro essenziali, che lo distinguono dalle politiche di emergenza, e soprattutto di ripercorrere le differenti tipologie che lo stato di eccezione ha storicamente assunto. A tale proposito un contributo significativo è offerto dal tentativo di John Ferejohn e Pasquale Pasquino di elaborare una griglia di classificazione delle diverse tipologie di “emergency powers”.¹⁸ Si individua così un modello romano, ricalcato sulla figura della dittatura di età repubblicana, il quale prevede, in situazioni di emergenza, la concentrazione di poteri distribuiti fra più organi in capo a un solo soggetto, il dittatore. Lo stato di eccezione viene stabilito dal senato, che incarica i consoli di nominare un dittatore, a cui vengono concessi pieni poteri per un periodo delimitato. La dichiarazione dello stato di emergenza, la scelta del dittatore e l'esercizio dei poteri dittatoriali, quindi, sono affidati a tre differenti istituzioni. Inoltre, la magistratura chiamata a esercitare poteri eccezionali è creata *ad hoc* ed è assente nei periodi di “ordinaria amministrazione”. Di contro, il modello definito “neoromano”, con riferimento all'articolo 48 della costituzione di Weimar e al 16 della costituzione della Quinta repubblica francese, vede una singola figura, il presidente, investita delle tre funzioni. Soffermandosi sulle costituzioni contemporanee, Ferejohn e Pasquino sottolineano come alcune prevedano esplicitamente disposizioni che regolano l'attribuzione di poteri eccezionali, mentre altre comprenderebbero meccanismi impliciti attivabili allo scopo di sospendere determinati diritti e promuovere una diversa distribuzione dei poteri per fronteggiare una minaccia. Ne deriverebbe l'idea di una dualità costituzionale, in cui a una costituzione per i “tempi normali” se ne affiancherebbe una attivabile in “tempi eccezionali”, che non ha mancato di suscitare critiche.¹⁹

Assai più articolato appare il quadro tipologico proposto da Giuseppe Marazzita, che in primo luogo distingue fra modello monistico e dualistico. Nel primo caso, “la risposta al caso emergenziale viene ricercata all'interno dell'ordinamento vigente, il quale è dotato di norme attributive di competenze straordinarie parzialmente sospensive e/o derogatorie della

¹⁸ J. Ferejohn, P. Pasquino, *The Law of Exception. A Typology of Emergency Powers*, in “International Journal of Constitutional Law”, 2, 2, 2004, pp. 210-239; Eid., *The Emergency Powers*, cit.

¹⁹ J. Elster, *Comments on the Paper by Ferejohn and Pasquino*, in “International Journal of Constitutional Law”, 2, 2, 2004, pp. 240-243; D. Dyzenhaus, *Schmitt vs Dicey. Are State of Emergency Inside or Outside the Legal Order?*, cit., pp. 2007-2010.

disciplina ordinaria”,²⁰ nel secondo, invece, “la risposta al caso straordinario viene individuata al di fuori del sistema delle competenze, che viene interamente sospeso, così da creare una frattura nel *continuum* giuridico”.²¹ In seguito, si distingue fra un modello conservativo, in cui la violazione di determinati diritti è funzionalizzata al ristabilimento delle condizioni necessarie al normale funzionamento dell’ordinamento, e uno evolutivo, in cui, diversamente, le misure eccezionali conducono a un nuovo ordine. In quest’ultimo caso, il dispositivo dell’eccezione “si sovrappone e si confonde con un processo costituente o para-costituente, in genere non proclamato”.²²

Procedendo, Marazzita propone una tipologia tripartita, in cui a un estremo si colloca la crisi costituzionale, attraverso la quale si afferma un nuovo potere costituente, e all’altro l’eccezione relativa, ossia “ quei fenomeni che pur costituendo una deviazione provvisoria rispetto al diritto normalmente vigente, sono ricollegabili al sistema giuridico attraverso norme di competenza presenti in esso”. In posizione intermedia si colloca l’ibrido dell’eccezione assoluta (o crisi costituzionale conservativa), in cui, pur a fini conservativi e non costituenti, un soggetto politico opera *contra legem* assumendo competenze non previste e regolate dall’ordinamento positivo. Ci si trova qui nella situazione della pura fattualità, quella teorizzata da Schmitt in *Teologia politica*, in cui la decisione si afferma libera da ogni vincolo normativo nella sua piena politicità e che solo l’esito conservativo permette di distinguere da una manifestazione del potere costituente.²³ A parere di Marazzita, tuttavia, solo la tipologia dell’eccezione relativa è passibile di analisi giuridica, in quanto “l’unico stato d’eccezione concepibile all’interno di un ordinamento giuridico è quello che trova fondamento nelle norme del diritto positivo e nei sistemi attraverso i quali l’ordinamento giuridico cerca di colmare eventuali lacune”.²⁴

All’opposto, nel momento in cui i poteri emergenziali vengono assunti al di fuori delle previsioni costituzionali, e si entra nell’ambito dell’eccezione

²⁰ G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Giuffrè, Milano 2003, p. 140.

²¹ Ivi, 139.

²² Ivi, 144.

²³ C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del politico*, il Mulino, Bologna 1972, pp. 21-86.

²⁴ G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, cit., p. 156.

assoluta o del potere costituente, il riferimento all'ordinamento positivo, alla norma rispetto a cui si definisce l'eccezione, essendo solo teleologico non può costituire il fondamento di considerazioni di ordine giuridico.

Distinguere l'eccezione assoluta da quella relativa e individuare nella seconda l'unica tipologia passibile di analisi giuridica contribuisce non solo all'elaborazione di una griglia maggiormente sensibile nei confronti delle spiccate differenze che manifestano fenomeni assai diversi fra loro, ma anche a fornire un antidoto nei confronti della tendenza ad attribuire i tratti caratteristici del caso estremo, prossimo più alla crisi costituzionale o al potere costituente, a ogni situazione emergenziale oppure a leggere in termini di "eccezione" qualsiasi tensione fra politica e diritto. In tal senso, lo stato di eccezione, da concetto limite si trasforma in istituto di diritto positivo, almeno per quanto riguarda l'attribuzione delle competenze, dotato di specifiche caratteristiche ma passibile di plurime declinazioni. Marazzita colloca lo stato di eccezione all'interno di un dispositivo più generale, l'emergenza giuridica, che contempla: il fatto eccezionale, un giudizio di necessità e lo stato di eccezione stesso. I tre termini possono essere correlati nella proposizione sintetica: "A fronte del fatto emergenziale si ritiene necessario lo stato di eccezione".²⁵ Lo stato di eccezione, a sua volta viene definito come "un sottosistema di atti e norme che si innesta sulla parte ancora vigente dell'ordinamento giuridico [...] caratterizzato dalla natura antinomica dei suoi precetti, dalla loro temporaneità e dalla funzionalizzazione dei poteri in cui si estrinseca".²⁶ I requisiti salienti che emergono dalla definizione sono il carattere relazionale rispetto al diritto vigente, l'antinomicità e la provvisorietà. Sul primo punto, basti rimandare al fatto che i casi considerati pertengono all'"eccezione relativa". L'antinomicità, invece, riguarda il fatto che lo stato di eccezione, per essere tale, non può che procedere per deroga e sospensione rispetto a parti dell'ordinamento vigente, diversamente si avrebbe a che fare con una funzione legislativa vera e propria. A definire lo stato d'eccezione, tuttavia, non basta la natura derogatoria o sospensiva dei provvedimenti adottati, ma è necessario che essi abbiano carattere temporaneo e provvisorio.²⁷ In caso contrario si avrebbe a che fare con norme speciali (antinomiche ma non provvisorie). E tuttavia, anche la provviso-

²⁵ Ivi, p. 161.

²⁶ Ivi, p. 216.

²⁷ P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 58.

rietà, in assenza di un carattere antinomico condurrebbe a una situazione non di eccezione ma di norme ordinarie a termine.²⁸

L'isolamento della tipologia dell'emergenza relativa permette anche una riconsiderazione del nesso necessità-eccezione. In proposito, come si è visto, l'assunzione dell'eccezione in termini ampi (che unificano i casi assoluto e relativo, sconfinando nella crisi costituzionale), suggeriva l'adozione, come strumento esplicativo in grado di rendere conto anche dei "casi estremi", di un modello di impronta estetica, il sublime invocato da Saint-Bonnet, indissociabile da una concezione organicistica e consensuale del corpo politico. Nel caso dell'eccezione relativa, invece, il riferimento a specifiche previsioni costituzionali in termini di attribuzione di competenze e di controllo politico o giurisdizionale, permetterebbe, a parere di Marazzita, di concepire la necessità, ossia il punto di articolazione fra il fatto emergenziale e lo stato di eccezione, in termini di causalità non meccanica, che implicherebbe l'assenza di una possibilità di scelta fra una pluralità di opzioni, ma specificamente giuridica e quindi sindacabile sia giurisdizionalmente sia politicamente.²⁹

Il percorso intrapreso ci ha condotto a distinguere una serie di tipologie di "stato di eccezione", nonché a definirne meglio la fisionomia circoscrivendone la fenomenologia rispetto a situazioni adiacenti quali la crisi costituzionale o il potere costituente da una parte, e ad istituti di legislazione ordinaria come le leggi speciali o le norme ordinarie a termine. L'interrogativo che si pone, a questo punto, riguarda le capacità esplicative di un concetto come quello di "stato di eccezione" per rendere conto di tutta una serie di dinamiche del presente. Il sospetto è che il ricorso a quella categoria possa apparire come un *escamotage* teorico intrinsecamente fuorviante in base al quale si utilizza il riferimento a un dispositivo formale per rubricare unitariamente atti e iniziative che, in termini sostanziali, sono percepiti, spesso a ragione, come derogatori o sospensivi rispetto alle formule di legittimazione e autorappresentazione dei regimi liberal-democratici. Attribuendo implicitamente alla legislazione ordinaria un carattere rigidamente universalista e un orientamento linearmente assiologico, si finisce per essere costretti a rubricare in un fuori, lo stato di eccezione, quanto contrasta con quella percezione.

²⁸ G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, cit., pp. 214-220.

²⁹ Ivi, p. p. 185-206

Simili considerazioni sono confortate dalla constatazione, condivisa da numerosi analisti, secondo cui nelle democrazie stabili, per utilizzare un'espressione cara ai politologi, di fatto oggi si ricorra assai raramente alla "stato di eccezione" nelle sue forme più organiche, anche nei casi in cui queste siano specificamente previste dall'ordinamento costituzionale (come nell'articolo 78 della Costituzione italiana).³⁰ In proposito, già negli anni Sessanta, Geneviève Camus sottolineava come negli ordinamenti democratici il ricorso ai tradizionali strumenti di emergenza liberali (*Ausnahmezustand, état de siège fictive, état d'urgence*) tendesse a cadere in desuetudine a vantaggio di "tecniche sostitutive", ossia di atti ordinari posti in essere dall'organo normalmente competente, come nel caso della legislazione di emergenza.³¹ Più di recente, Thomas Poole ha evidenziato come gli sviluppi politici e legali innestati dall'11 settembre, per i quali è stata sistematicamente proposta una lettura di ordine eccezionalistico (come nel caso del Patriot Act negli Stati Uniti o dell'Anti-Terrorism, Crime and Security Act in Gran Bretagna) siano in realtà atti di legislazione ordinaria.³² Il carattere di eccezionalità che li caratterizzerebbe sarebbe quindi di natura sociologico-politica e non giuridico-costituzionale e risiederebbe nella rapidità con cui sono stati approvati, in assenza di un reale dibattito e con una sospetta unanimità *bipartisan*. Come non vedere in ciò un'incarnazione contemporanea di quella situazione sublime di "paralisi attiva", dove la dimensione deliberativa cede il passo a quella emozionale, a cui ci hanno introdotto le analisi di Burke e Guizot? Poole rileva inoltre che simili sviluppi in Gran Bretagna risalgono a ben prima dell'11 settembre, come mostrerebbe, per esempio, il Dangerous Dogs Act —approvato nel 1991 in tempi rapidissimi e non senza forzature procedurali sulla scia di un'ondata di panico morale— volto a introdurre un "regime differenziale" per quattro specie canine (pitt bull, tosa, dogo e fila). D'altra parte, quegli stessi elementi di anomalia in termini di iter accelerato e approvazione consensuale non appaiono necessariamente presenti in tutti i casi che si è soliti rubricare sotto

³⁰ J. Ferejohn, P. Pasquino, *The Emergency Powers*, cit., pp. 339-340; G. De Vergottini, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, il Mulino, Bologna 2004, pp. 12-15, 202-208; P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, il Mulino, Bologna 2006.

³¹ G. Camus, *L'État de nécessité en démocratie*. Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris 1965.

³² T. Poole, *Constitutional Exceptionalism and the Common Law*, in "International Journal of Constitutional Law", 7, 2, 2009, pp. 247-252.

l'etichetta di "eccezionalismo", come dimostrerebbe la normativa antiterrorismo emanata, sempre in Gran Bretagna, dopo il 1991. Di conseguenza si potrebbe affermare che, "nonostante possano essere giustificati in maniera differente rispetto alla 'legislazione ordinaria', attualmente i poteri di emergenza trovano la loro fonte nella maggior parte dei casi nella normale prassi normativa".³³ A parere di Poole, ciò implicherebbe da una parte una progressiva dismissione di quei residui di prerogativa, in senso lockiano, che le costituzioni liberali riservavano all'esecutivo per fare fronte ai "casi di necessità" (con significative eccezioni, basti pensare ai poteri del presidente degli Stati Uniti in quanto *commander in chief*), dall'altra la tendenza del "normale" e dell'"eccezionale" a indossare analoghe "vesti costituzionali", da cui deriva una crescente difficoltà a stabilire fra essi una chiara linea di demarcazione. Un processo, questo, rafforzato anche dal fatto che le giustificazioni tradizionalmente associate allo stato di emergenza — paura, rischio, insicurezza — sempre più spesso si presentano come motore della legislazione ordinaria. Compendiare simili tendenze nell'assunto secondo cui si profilerebbe uno scenario improntato allo "stato di eccezione permanente", come suggerito fra gli altri da Giorgio Agamben, appare però una semplificazione allo stesso tempo abusiva e fuorviante, che in ultima istanza tende ad appiattire su una tipologia emergenziale assoluta una serie di fenomeni eterogenei che vanno dall'eccezione relativa a specifiche manifestazioni di legislazione ordinaria nei confronti dei quali si nutrono riserve dal punto di vista sostanziale e politico. Come si è ribadito, tuttavia, il ricorso a provvedimenti sospensori e derogatori, oppure a regimi speciali di vario tipo, non deve passare necessariamente per il dispositivo tecnico dello "stato di eccezione". A suscitare perplessità, inoltre, è il presupposto, implicito di una lettura sbilanciata in termini "eccezionalistici", secondo cui verrebbe meno ogni chiara demarcazione fra regime ordinario ed eccezionale, ossia l'assunzione di un modello di sovranità ricalcato sulla monarchia della restaurazione, che attribuisce al "sovrano" un potere latente di "prerogativa" attivabile in situazioni di crisi attraverso le previsioni di istituti come, per esempio, lo stato d'assedio fittizio. Ma, con ogni evidenza, gli scenari a cui ci troviamo di fronte si lasciano difficilmente inquadrare all'interno di simili schemi. In tal senso, la scarsa propensione, da parte delle democrazie stabili, a ricorrere ai dispositivi emergenziali tipici delle costituzioni liberali

³³ Ivi, p. 262.

a cui guardava con preoccupazione negli anni Sessanta Geneviève Camus può essere vista come un indizio interessante. Tale tendenza, infatti, può essere letta come risultante non solo della diffidenza verso un simile istituto connaturata ai regimi democratici ma anche, e forse soprattutto, della scarsa adattabilità di un dispositivo di prerogativa rispetto ai contesti politici e decisionali che caratterizzano la crisi del sistema nazionale-internazionale e le dinamiche che, convenzionalmente, si è soliti porre all'insegna della globalizzazione.

Diversamente, il dibattito che abbiamo cercato di riassumere per sommi capi risulta ai nostri occhi interessante nella misura in cui permette di evidenziare, con riferimenti a specifiche questioni legate a un ordinamento positivo, le difficoltà di inquadrare le dinamiche del presente alla luce dell'opposizione norma/eccezione o stato di emergenza/legislazione ordinaria, giungendo a un'impasse non risolvibile attraverso la scorciatoia suggestiva di un presunto "stato di eccezione globale". Su questa specifica *demarche*, si potrebbe riprendere una suggestione di Gianfranco Borrelli, che interrogandosi sull'esigenza di cogliere la "complessità del fenomeno emergenziale rispetto al vero e proprio 'stato di eccezione'" e di articolare una "teoria delle eccezioni più adeguata ai processi di mondializzazione in atto" propone un ampliamento di prospettiva volto a considerare l'incrocio e le sovrapposizioni fra due tipologie di atti e pratiche: da una parte le "procedure proprie degli ordinamenti di sovranità" e, dall'altra, "le modalità proprie delle procedure governamentali".³⁴

Da una parte si avrebbe il livello della prerogativa e della sovranità, tendente ad "attribuire fattispecie giuridica a interventi di natura discrezionale" attraverso strumenti quali i poteri di emergenza, la decretazione d'urgenza, le norme di secretazione, la concessione di grazia, i poteri regolamentari.³⁵ Dall'altra, invece, abbiamo a che fare con specifiche tecniche di governo, quel complesso di pratiche discrete, silenziose e occulte legate alla gestione della macchina statale e all'esercizio del potere politico che in determinate occasioni derogano dal quadro legale, lo sospendono in più punti, lo mettono in tensione in nome dell'opportunità o dell'efficacia. Ci troveremmo così nel campo della ragion di stato, intesa sia come

³⁴ G. Borrelli, *Oltre lo stato di eccezione e i poteri di emergenza. Conservazione e innovazione nelle trasformazioni della postmodernità*, in V. Dini (a cura di), *Eccezione*, Dante & Descartes, Napoli 2004, pp. 11-34.

³⁵ Ivi, p. 17.

uno stile di precettistica politica sia come un insieme di tecniche che, se da una parte condivide con lo “stato di eccezione” il riferimento legittimante alla “necessità”, dall’altra se ne dissocia profondamente per il suo intrinseco carattere di opacità, segretezza, omissione e dissimulazione.³⁶ Alla pubblicità dello “stato di eccezione”, che sancisce *coram populo* una rottura con la normalità costituzionale, si contrappone uno sdoppiamento di piani in cui all’ossequio formale nei confronti dell’ordinamento giuridico e delle sue procedure si accompagna il dispiegamento di tattiche e strategie di governo volte a riconfigurare l’equilibrio dei poteri, le modalità di riconoscimento e di esercizio di diritti e privilegi, le condizioni di applicazione della legge.

In qualche modo, ci aggiriamo nei paraggi di quello specifico ambito di tecniche e strategie plurali e anonime a cui oggi si dà il nome di *governance* e verso il quale già Michel Foucault ipotizzava dovesse indirizzarsi, in rottura con i modelli politico-giuridici incentrati sulla sovranità e la legge, l’attenzione di ciò che definiva “analitica del potere”.³⁷ La precettistica della ragion di stato aveva però un referente unitario, il principe, cui si suggerivano i modi per coniugare efficacia e rispetto nei confronti delle norme (divine, consuetudinarie, positive o morali) che lo vincolavano. Non a caso, quindi, Foucault invitava a disfarsi di quella “centralità del principe” che attribuiva a un singolo attore, individuale o collettivo, la titolarità della razionalità strategica della ragion di stato, per cogliere l’operatività di pratiche e arti di governo, di relazioni fra saperi e poteri, delle quali il principe stesso era non fonte ma risultante. All’immagine di un sovrano che sospende la legge si sostituisce così quella di una molteplicità di processi che, nel contesto di un dato ordinamento, coinvolgono attori a più livelli, coniugando interventi *ad hoc* e neutralizzazioni tecniche, atti istituzionali e strategie informali, procedure amministrative e decisioni politiche, in un contesto in cui conflittualità e cooperazione si alternano a geometria variabile.

La principale sfida sembra quindi consistere in un cambiamento di declinazione, un passaggio dal singolare al plurale: dal monoteismo implicito sui cui si fonda il lessico dell’eccezione al politeismo ben poco pacificato della *governance* globale.

³⁶ F. Meinecke, *L’idea della ragion di stato nella storia moderna*, Sansoni, Firenze 1977.

³⁷ M. Foucault, *Microfisica del potere*, Einaudi, Torino 1977; Id., *La volontà di sapere*, Feltrinelli 1978; Id., “*Bisogna difendere la società*”, Feltrinelli, Milano 1998, pp. 19-36.

III. BEYOND THE STATE (OF EXCEPTION)

Eccezione vs. eccezioni: in estrema sintesi, la nostra ipotesi è che il passaggio da una declinazione al singolare, che conserva l'impronta di una figura originaria e di una decisione sovrana, a uno scenario discreto e stratificato, segnato da una molteplicità di attori ed effetti contrastanti, non rappresenti un semplice *escamotage* linguistico o una generica invocazione di relativismo. Parlare di eccezioni non vuol dire affermare solo che ogni caso fa storia a sé, ma in qualche modo invertire l'ordine del discorso. In un certo senso, significa affermare che non esiste più eccezione in quanto figura unitaria a cui ricondurre tutta una serie di fattispecie concrete. Da queste considerazioni derivano due elementi più generali di riflessione. In primo luogo, nella misura in cui una declinazione al plurale esclude e squalifica l'idea convenzionale di eccezione, ne deriva la necessità di ripensare le temporalità e la portata spaziale a cui un tale dispositivo inerisce, consapevoli però che in questi termini si entra in una zona grigia in cui la polarità tra norma ed eccezione finisce per smarrire ogni capacità descrittiva. In secondo luogo, il rapporto tra eccezione e sovranità sembra rovesciarsi, e anziché suggerire una lettura della sospensione dell'ordinamento come effetto di una decisione sovrana, lascia intravedere la continua produzione di effetti di sovranità e di soggetti spesso in confitto e a diverso titolo sovrani quale esito di quella stessa zona grigia in cui distinguere tra norma ed eccezione e individuare uno spazio definito riconducibile a un'unica istanza di sovranità risulta sempre più difficile. In alte parole, si tratta di rintracciare una narrazione diversa, probabilmente opposta a quella unitaria dell'eccezione, in ciò che Michel Foucault rubricava nel segno della governamentalità. A questo proposito, sempre nell'ottica di opporre a un universo singolare la pluralità di attori e soggetti che caratterizzano l'intricato e sovraffollato scenario politico globale, si potrebbe anche parlare di "macchine miste" o di "sistemi parziali" (come suggerisce Gunther Teubner)³⁸ i cui ingranaggi fanno leva su pratiche di governo e decisioni riconducibili a una pluralità di istanze e attori. L'impossibilità di ricondurre fenomeni e processi, rubricati cumulativamente nel segno della *governance*, a una geografia discreta pone però un problema di fondo, rispetto al quale la grammatica stessa della governamentalità esige anch'essa una pluralizzazione e un'estensione di campo.

³⁸ G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali*, Bruno Mondadori, Milano 2012.

Sulla prospettiva governamentale delineata in *Sicurezza, territorio, popolazione*, grava infatti l'azione di un duplice confinamento: quello discorsivo che la limita a un solo corso (con un breve sconfinamento in quello successivo, dedicato alla "nascita della biopolitica") e quello spaziale che la circoscrive in uno specifico ambito politico. Si tratta in ogni caso di un progetto le cui linee di fondo, rovesciando il modo di leggere il rapporto tra pratiche di governo e stato, invitano a cogliere gli effetti sparsi di sovranità che tale rovesciamento determina, e quindi a pensare la sovranità come effetto anziché come origine. Un frammento piuttosto articolato di *Sicurezza, territorio, popolazione* sintetizza efficacemente questo movimento, assumendo il valore di una dichiarazione di intenti:

Vorrei cercare di mostrare come sia effettivamente possibile risituare la nascita dello stato, quale posta in gioco politica fondamentale, in una storia più generale che è quella della governamentalità o, se preferite, nel campo delle pratiche di potere. So bene che secondo alcuni, a forza di parlare di potere, si finisce per alimentare un'ontologia interna e circolare del potere. Mi chiedo, tuttavia, se non siano proprio quelli che parlano di stato, che fanno la storia dello stato, della sua evoluzione e delle sue pretese a sviluppare un'entità attraverso la storia, finendo per creare un'ontologia di questa cosa che sarebbe lo stato. E se invece lo stato non fosse altro che una maniera di governare? Se non fosse altro che un tipo di governamentalità? Se queste relazioni di potere che si formano poco a poco, sulla scorta di processi molteplici e molto diversi gli uni dagli altri, e che si coagulano gradualmente producendo effetti, se queste pratiche di governo fossero proprio ciò a partire da cui si costituisce lo stato?³⁹

Se questo era il progetto, incentrato su un'inversione del nesso causale tale per cui gli effetti vengono prima delle cause, la rotta suggerita da Foucault implicava la più generale necessità di uscire fuori dallo stato. E in effetti, poco prima, Foucault si chiedeva: "È possibile passare all'esterno dello stato ricollocando lo stato moderno in una tecnologia generale del potere?" Mai come adesso questo movimento si rivela necessario. Il fatto è che in *Sicurezza, territorio, popolazione* la possibilità di "passare all'esterno" indicava prima di tutto la necessità di tracciare una storia di cui lo stato non fosse altro che il fragile esito: una storia dello stato, per certi versi, che

³⁹ M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione*, Feltrinelli, Milano 2005, pp. 182-183.

restava comunque una storia *nello* stato. Rispetto a questa specifica perimetrazione, crediamo che occorra compiere un passo ulteriore. Se Foucault ci suggerisce la necessità di descrivere una trama priva di un soggetto sovrano, oggi quella trama sembra aver smarrito anche il carattere singolare, il punto fermo ed esclusivo in cui convergere e da cui irradiarsi. In fondo, lo stesso modello della rete, continuamente invocato come unica rappresentazione possibile della geografia frattalizzata del presente, assolve prima di tutto a questa necessità: raccontare una storia senza sovrano e raccontarla senza poter ipotizzare un centro. Crediamo che il principale problema stia proprio qui.

Davvero è ancora possibile pensare allo stato come punto di coagulo dei processi multipli ed eterogenei che costituiscono la trama globale delle pratiche di governo? Davvero tali processi possono essere iscritti in un orizzonte che ci restituisca lo stato come unico racconto possibile, come solo dispositivo di legittimazione? Certo, se le cose stessero così, risulterebbe relativamente facile, o perlomeno possibile, rispondere alla domanda sottesa a ogni lettura di tipo eccezionalista: chi decide? In tal senso, si darebbero le condizioni aristoteliche di unità di spazio, tempo e azione in cui un soggetto (sovrano), agisce (decide) in uno spazio tempo circoscritto (il cronotopo dello stato-nazione). Si tratta della scena che, come abbiamo visto, costituisce le condizioni di possibilità del racconto eccezionalista. Tutta una serie di aspetti decisivi nel definire la morfologia politica del presente —le dinamiche multiscolari,⁴⁰ la proliferazione di ordinamenti settoriali a carattere globale,⁴¹ l'erosione di ogni assetto costituzionale unitario,⁴² la crisi della dimensione discreta delle frontiere e la proliferazione di confini che investe i territori—⁴³ ci sembrano congiurare contro una simile

⁴⁰ N. Brenner, *New State Spaces. Urban Governance and the Rescaling of Statehood*, Oxford University Press, New York 2004; A. Ong, *Neoliberalism as Exception. Mutations in Sovereignty and Citizenship*, Duke University Press, Durham 2006; S. Sassen, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Bruno Mondadori, Milano 2008.

⁴¹ A. Fischer-Lescano, G. Teubner, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2006; G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali*, cit.

⁴² D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II. Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Suhrkamp, Berlino 2012

⁴³ S. Mezzadra, B. Neilson, *Borders as Method or the Multiplication of Labor*, Duke University Press, Durham 2013.

ipotesi. E allora la sfida non può che essere quella di ri-aggiornare l'idea foucaultiana di una macchina governamentale proiettandola però *beyond the sovereign-state machine*. Ma a queste condizioni, com'è possibile parlare di "stato di eccezione"?



SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES DE
GRAFINSA, EN OVIEDO, EL 11 DE NOVIEMBRE
DE 2014, EN QUE SE CONMEMORAN LOS 95
AÑOS DEL DÍA EN QUE FUE SANCIONADA LA
CONSTITUCIÓN DE WEIMAR