

**SIMPOSIO INTERNACIONAL
CONSTITUCIÓN, ESTADO DE DERECHO, DESARROLLO**
Instituto Peruano de Estudios Constitucionales
Lima, 12-13 noviembre 2013

Conferencia:

**El papel del estado en la economía. Libre empresa y
subsidiariedad**

Antonio Porras Nadales

Universidad de Sevilla

**1. El marco de referencia: la Constitución económica del
Estado social**

El concepto de Constitución económica, característico de las constituciones de propias del Estado social, implicaba una dualidad de planos normativos que debían establecer: (a) por una parte las reglas de juego generales para el desenvolvimiento de la actividad económica, entendida como una actividad libre; y, (b) por otra, una serie de elementos instrumentales puestos a disposición del Estado para incidir directamente sobre la esfera económica (Morisi).

El carácter estrictamente institucional o declarativo del primer bloque normativo no excluía ciertamente la presencia de innovaciones históricas sustanciales, vinculadas a la noción de economía social de mercado característica del siglo XX: como por ejemplo, el reconocimiento de la función social de la propiedad. Pero se trataba en todo caso de una instancia relativamente

“neutral” en términos jurídico-políticos, es decir, característica de la parte dogmática de las constituciones, donde en general se declaran las libertades propias del mundo occidental: libertad de empresa, propiedad privada, economía de mercado.

En cambio, la dimensión instrumental del segundo bloque normativo, fuertemente condicionado por el principio de legalidad, ponía a disposición de las mayorías gobernantes unos medios de acción cuya operatividad dependería en la práctica de la incorporación de unos concretos horizontes programáticos, con el objetivo de hacer efectiva su función de tipo finalista-instrumental. Es cierto que gran parte de esos horizontes finalistas quedaban en cierto modo ya fijados en las propias Constituciones, en una dimensión general o suprapolítica, mediante cláusulas que establecían algunos objetivos programáticos de carácter más o menos abstracto: como el desarrollo económico o el pleno empleo, el reparto equitativo de la renta, la armonización de las diferencias territoriales, el respeto al medio ambiente, etc. Pero se supone que, dentro de ese amplio marco de horizontes finalistas, las mayorías gobernantes establecerían sus prioridades de agenda u objetivos estratégicos para cada legislatura. Sería en cualquier caso el adecuado ensamblaje entre ambos planos (el finalista y el instrumental) el que daría la mejor clave de operatividad a la posición activa del Estado ante la esfera económica.

Desde el punto de vista operativo de lo que se trataba, en el ámbito de la propia Constitución, era de definir con precisión las posibilidades máximas de intervención pública, estableciendo sus correspondientes condiciones y requisitos, dando por supuesto que el grado de intervención real en la economía vendría determinado

en la práctica por el respectivo proyecto político de la mayoría gobernante.

Esta doble coordinada (regulativa por un lado; finalista/instrumental u operativa por otro) de la Constitución económica puede considerarse integrada en un modelo congruente y sistemático que se ha venido aplicando normalizadamente en su correspondiente ámbito estatal y cabe afirmar que, mejor o peor, ha desplegado históricamente su potencial durante el periodo de apogeo del Estado social intervencionista a partir de mediados del siglo XX. Sería en cierta medida la conocida dualidad del *law as a medium* frente al *law as institution* a que se ha referido el propio Habermas. Se entiende que, a partir de este marco instrumental, el Estado ha desarrollado una doble serie de tareas en relación con la economía: las más básicas, orientadas a dirigir o complementar el mercado mediante políticas fiscales o monetarias; y las más avanzadas o intervencionistas, implicando tareas de sustitución del mercado mediante la creación de un sector público o de empresas públicas. Naturalmente una adecuada gestión de la economía (o una buena coyuntura económica) permitía derivar recursos financieros para atender a las políticas sociales o de bienestar que, en general, han sufrido un proceso expansivo en torno a la noción de *welfare state*.

Cuando ya en pleno siglo XXI tratamos de valorar la operatividad de este amplio marco de acción, una vez transcurrido un ciclo histórico suficiente, serían como mínimo dos las perspectivas de abordamiento: por una parte se trataría de analizar el grado de aprendizaje suscitado a partir de la aplicación de este instrumental intervencionista, que ha discurrido en paralelo a la propia historia del estado social; por otra, detectar la aparición de

fenómenos históricos nuevos, externos o sobrevenidos, que no estaban presentes en el diseño originario del sistema.

Sin embargo, una primera constatación con carácter previo debería apuntarse a la hora de valorar la vigencia de este modelo a partir de su larga trayectoria histórica. Y es que, por más que -siguiendo la filosofía keynesiana- el instrumental de recursos económicos en manos de la esfera pública se haya pensado originariamente como un entramado de carácter preventivo frente a las crisis económicas, la propia historia viene demostrando que las crisis se siguen desencadenando a lo largo del tiempo con manifestaciones nuevas, diversas e imprevistas. Aunque siempre cabe pensar que, en teoría, de no haber existido este instrumental constitucional para un control de la economía, la fenomenología de tales crisis hubiera sido acaso más intensa, probablemente sería más realista y congruente partir de la constatación de que el ordenamiento constitucional constituye en principio y por definición un marco pensado para condiciones de *normalidad*, tanto en términos sociales como económicos. Pero cuando las variables de equilibrio general de la economía se alteran gravemente (con sus inevitables consecuencias sociales), la capacidad de respuesta de las instituciones públicas parece decaer de forma paralela: los recursos cognitivos para diagnosticar la realidad, los instrumentos de respuesta ante la misma y las capacidades operativas de las esferas gubernamentales ante coyunturas de crisis resultan considerablemente reducidos e insuficientes. La tutela de la seguridad estratégica del sistema socioeconómico (tal como en su momento fuera sugerida por Offe) presenta a la postre considerables déficits y carencias sin que pueda afirmarse hasta ahora la existencia de una auténtica “Constitución económica de la

crisis”, por más que recientemente se estén ensayando en la Unión Europea algunas iniciativas en este sentido (¹).

2. El impacto de la globalización y la crisis de la Constitución económica

Afirmar que este modelo general de Constitución económica nacido con el constitucionalismo del siglo XX, ha acabado estallando por los aires a principios del siglo XXI seguramente sería una afirmación de tonos apocalípticos que, aunque acaso correcta en el fondo, convendría ponderar con algún detenimiento. Pero en todo caso podemos comenzar recordando simplificadaamente los argumentos tópicos que se vienen manejando al respecto durante los últimos tiempos: la crisis del modelo económico propio del periodo de apogeo del estado social se habría desencadenado en primer lugar debido a un desajuste de escala territorial, desde el momento en que la generalización de los procesos de globalización económica han desbordado las fronteras estatales, haciendo inútil el instrumental público diseñado en las respectivas constituciones.

El fenómeno de la globalización se viene interpretando habitualmente como una pérdida de capacidad estatal en sus funciones regulativas o intervencionistas, implicando toda una serie de aspectos problemáticos que no afectan sólo al ámbito económico sino a su correlato más inmediato, el Estado social. Los circuitos de

¹ Así la *European Systemic Risk Board*, Reglamento UE 1092/2010, más las nuevas autoridades independientes: Autoridad Europea de Valores y Mercados (*European Securities and Markets Authority*), Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*), y Autoridad Bancaria Europea (*European Banking Authority*), Reglamentos 1093/2010, 1094/2010 y 1095/2010. Toda una “task force” como se le ha denominado en el argot periodístico, aunque sus realizaciones hasta el presente se limitan a los tests de stress de los sistemas bancarios, y a la preparación de una normativa reguladora de las agencias de “rating”.

la economía globalizada escapan del control del estado, contando con la presencia de ámbitos de opacidad o redes de paraísos fiscales que permiten eludir los instrumentos públicos estatales.

Este fenómeno va acompañado de una paralela focalización en el plano ideológico: se trataría de la emergencia del neoliberalismo, con una presencia relevante en determinadas instituciones internacionales, lo que determina unas pautas de abordamiento de la realidad económica que son extrañas a la filosofía keynesiana desde la cual se inspiró en general el diseño constitucional originario del estado social y su constitución económica.

El resultado sería en todo caso un emergente fenómeno de precariedad estatal que se reflejaría como mínimo en dos ámbitos de relevancia constitucional: la existencia de marcos internacionales de apertura comercial y de capitales que condicionan inexorablemente las políticas internas de los estados, afectando a sus potenciales de desarrollo económico; y la presencia de mercados financieros que operan sobre la deuda de los países valorando su “solvencia” según las medidas de política interna adoptadas en cada caso (Arthurs). Sin embargo esta precariedad estatal no ha sido acompañada de una paralela asunción de funciones regulativas adecuadas por parte de las instancias internacionales, teóricamente responsables del control de la economía globalizada. Como ha recordado Paramio “frente a la conciencia creciente sobre la fragilidad y los riesgos de mala calidad institucional de los sistemas financieros locales, no se ha desarrollado un consenso sobre la actuación a nivel internacional frente a las turbulencias financieras y sus efectos en las economías nacionales en desarrollo”.

Por más que se trate de argumentos archisabidos y sin duda correctos desde una perspectiva general, seguramente desde un punto de vista estrictamente jurídico resultan, cuanto menos, insuficientes. Aunque al discurso económico dominante no podamos pedirle, obviamente, exquisiteces jurídicas, tras este complejo ámbito problemático se ocultan numerosas interrogantes que afectan tanto a la configuración de un marco jurídico adecuado al nuevo entorno económico como a la operatividad de los propios instrumentos jurídicos que se han tratado de poner en marcha.

Por ello, para tratar de enfrentar en una perspectiva jurídica suficiente esta nueva fenomenología convendría que, además constatar las transformaciones operadas en el entorno supraestatal alrededor del fenómeno de la globalización, prestáramos atención también a la otra cara del problema: a lo que ha sido el proceso de aprendizaje acerca del uso del instrumental jurídico con que cuenta la esfera pública a partir del diseño originario de la Constitución económica. Es decir, al modo como el balance de éxitos o fracasos se ha repercutido sobre el conocimiento científico del mundo del derecho; al grado de innovación o de adecuación a nuevos contextos que han experimentado nuestros bagajes legales o nuestra capacidad regulativa; y al nivel de eficacia que al cabo del tiempo han acabado adquiriendo estos instrumentos regulativos o intervencionistas. Proponemos, en definitiva, la conveniencia de una adecuada reflexión jurídica sobre un ámbito tradicionalmente monopolizado por el discurso economicista o, cuanto más, por el periodismo económico. Y en tal reflexión jurídica es posible que el discurso constitucionalista tenga elementos sustanciales que aportar.

Trataremos de proponer que este complejo análisis orientado hacia un balance de experiencias se focaliza alrededor una noción generalizada aunque, al mismo tiempo, algo difusa: el concepto de *derecho regulativo*. Una categoría que teóricamente se ha proyectado desde la escala estatal hacia la esfera internacional, pero sin aportar hasta ahora un balance de resultados que podamos considerar como satisfactorio en el ámbito económico (y probablemente mucho menos en el jurídico). Por supuesto, el primer inconveniente de un derecho regulativo capaz de proyectarse más allá de las fronteras estatales reside en su problema de escala, al progresar en el ámbito supraestatal. Pero ¿se trata solamente un problema de escala, o existen adicionalmente otros problemas de diseño y de control? Estas son algunas de las hipótesis e interrogantes que tratamos de discutir.

3. El proceso de aprendizaje

La afirmación de que el uso del instrumental jurídico en manos del Estado en relación con la economía debe valorarse a partir del balance de la experiencia, es decir, a partir del proceso de aprendizaje generado desde la aparición del intervencionismo público en el campo económico, supone en cierta manera tratar de encarar una especie “historia” del estado social. Una aproximación que en principio debería abordarse desde la perspectiva optimista de que todo el proceso de aceleración y de profundas transformaciones históricas que éste trae consigo ha sido presidido e inspirado por una perspectiva crítico-reflexiva, según la cual los gobiernos y las instituciones “aprenden” de su propio balance de experiencias, corrigen sus errores, y valoran críticamente el grado

de eficacia de los resultados conseguidos. Lo cual resulta ser, como decimos, una perspectiva optimista, ya que el concepto habermasiano de *institutional learning process* sigue constituyendo con frecuencia un referente idealista, no siempre suficientemente confirmado por la realidad de los hechos. En particular cuando esa realidad se sitúa en el plano de la arena política, donde la lógica del pluralismo y la alternancia se suele interpretar en clave ideológica y no como el resultado de un proceso reflexivo y deliberado, orientado hacia un proceso colectivo de aprendizaje institucional.

En todo caso podríamos partir de una secuencia o esquema evolutivo básico en el desarrollo del intervencionismo público, que discurriría al menos a través de las siguientes etapas:

I. La *primera* fase lógico-histórica sería la de la apropiación por parte del estado de sectores concretos de la economía, dando lugar a la aparición de un sector público económico que se dirige desde una perspectiva tecnocrático-planificadora. En Europa, esta fase tuvo plena congruencia histórica al coincidir inicialmente con el momento de reconstrucción de la segunda posguerra mundial, implicando una apropiación de sectores enteros de la economía en ámbitos como la energía, materias primas, banca, comunicaciones, etc., para llegar a su apogeo sobre la década de los sesenta cuando el ideal de la planificación alcanza su mayor prestigio, especialmente en Francia. Se trataba adicionalmente del periodo de máximo desarrollo de la desaparecida Unión Soviética, cuyas estrategias planificadoras parecían estar dando buenos resultados: lo que va a suscitar un claro componente ideológico destinado a mantenerse inercialmente a lo largo del tiempo.

Sin embargo, en una perspectiva valorativa cabría afirmar que, desde un punto de vista conceptual, se trataba de un tipo de intervencionismo algo primario y elemental, ya que parte de una constatación negativa: puesto que la esfera pública parece incapaz en principio de incidir sobre la esfera privada del mercado, sólo cabe la apropiación o nacionalización de ciertos sectores económicos privados para ser dirigidos desde el estado. De lo que se trata pues, es de que el estado administre “su” propio sector público: lo que en principio puede suponerse como una vía relativamente fácil, en la medida en que no va a implicar interferencias directas con la esfera del mercado privado.

Lógicamente la vigencia de este ideal planificador coincide en general con un fenómeno de centralización de las instituciones políticas, dando lugar a un primer modelo de Estado social caracterizado por una impronta fuertemente jerarquizada, donde se supone en principio que el fenómeno de la centralidad gubernamental, el impulso político y el crecimiento de los aparatos burocráticos y del gasto público, acabarán aportando una capacidad suficiente de respuesta por parte del Estado social a las necesidades y requerimientos del sistema: el llamado “*big government*” (Rose).

II. Desde una perspectiva intervencionista general podría sugerirse que la *segunda* fase lógica por la que discurre la estrategia de acción de la esfera pública en el Estado social se situaría, a partir de las décadas finales de siglo, en torno a los enfoques de las políticas públicas y la gobernanza, implicando una presencia directa de la ciudadanía (es decir, de la sociedad, mediante redes sociales participativas) en el diseño estratégico de la acción, así como una

modificación flexible de los instrumentos burocráticos en torno a categorías como la nueva gestión pública (o *new public management* NPM).

Aunque el grado de éxito y de generalización de este modelo ofrezca en la práctica resultados muy desiguales, se trata en cualquier caso de un proceso de aproximación o de permeabilidad entre las tradicionales fronteras enfrentadas del derecho público y el derecho privado, que trataría de progresar en torno a un nuevo tipo de derecho intervencionista gestado mediante amplios consensos con el tejido social, perdiendo así su impronta jerárquico-verticalista y centralizadora originaria, aunque generando al mismo tiempo una mayor complejidad resultante (o entropía) del sistema; lo que se va a repercutir a veces en términos de gobernabilidad (Crozier, Huntington, Watanuki) o de respuestas cada día más complejas y difíciles de la esfera pública frente a la sobrecarga de demandas del sistema (Luhmann).

Sería al mismo tiempo una fase coincidente con el apogeo de tendencias descentralizadoras, basadas en el postulado de la aproximación entre las esferas públicas y el tejido social afectado, que acaban modificando el diseño general del Estado social propio de la anterior etapa, dando entrada al principio de subsidiariedad en la esfera pública.

Debería destacarse que, desde la perspectiva del evolucionismo jurídico en general, esta segunda fase del estado social intervencionista ha traído consigo algunos hallazgos sustantivos: la lógica de las leyes-medida o de las normas sectoriales intervencionistas (nacidas a menudo de un auténtico "*policy process*" inspirado en consensos con el tejido social) suele ir unida a la exigencia paralela de instrumentos evaluativos de las

respectivas políticas públicas (y por lo tanto, de los soportes normativos que las regulan). Es decir, implica, desde una perspectiva jurídica, aceptar que la mera promulgación de una norma no supone de forma automática su inmediato cumplimiento, sino la apertura de una fase problemática de implementación cuyos resultados deben ser analizados, evaluados y en su caso corregidos; lo que supone ciertamente la presencia emergente de unas pautas de aprendizaje social en torno a la eficacia del derecho intervencionista, susceptibles de articularse a lo largo del tiempo.

Ahora bien, si la fase de gobernanza puede diagnosticarse con relativa facilidad en relación con la acción intervencionista estatal en su conjunto, o desde una perspectiva general (y salvando las diferencias en la secuencia histórica que cada estado en concreto puede describir), el problema consiste en que, cuando nos situamos en el plano de la política económica, se aparecen algunos obstáculos en el sentido de que el mercado privado no puede ser entendido como algo idéntico a una “red social” de usuarios de una determinada política pública. Si ésta última categoría implica una cierta concreción en los términos desde los que idealmente puede o debe diseñarse una determinada política pública, en cambio, al situarnos ante el mercado, parecería como si la mano del estado tratara de aprehender una sustancia líquida (por utilizar la gráfica expresión de Baumann) que, como el agua, acaba fluyendo entre los dedos.

Si nos atenemos a la secuencia de los hechos hechos, sucede que esta segunda fase coincide precisamente con procesos de privatización de sectores que anteriormente se habían incorporado al sector público (en particular a partir de las crisis petrolíferas de los años setenta). Como en algunos de esos casos

se trataba de ámbitos configurados ya como auténticos “servicios públicos” (pensemos en sectores como la energía o las comunicaciones), todo proceso de privatización deberá implicar, en teoría, que el estado se encarga de establecer un marco regulativo en el cual deberá operar ahora el sector privado.

Teóricamente se trataría pues del momento decisivo en que el derecho público debe “privatizarse”, al mismo tiempo que el derecho privado se “publica”: es decir, que este nuevo derecho regulativo se estaría estableciendo ahora en una nueva frontera del intervencionismo público dotada -en principio y en teoría- de un mayor potencial de incidencia, aunque a cambio de debilitar en parte sus viejas pretensiones intervencionistas directas, en un sentido de mera planificación pública (y de puro derecho público).

Sin embargo la experiencia viene demostrando que los procesos de privatización o reprivatización se han abordado a menudo de forma precipitada y descontrolada por parte de las instancias gubernamentales afectadas, con resultados problemáticos, insuficientes o dudosos. Y en consecuencia la emergencia de este nuevo derecho regulativo no ha contado con elementos suficientes de reflexión en términos científico-académicos, ni ha sido hasta ahora adecuadamente valorada ni analizada al nivel doctrinal desde una perspectiva propia del derecho público. La propia noción de derecho regulativo apenas ha recibido una atención suficiente desde el lado académico, o particularmente de los iuspublicistas. De tal forma que, al final, las privatizaciones se han acabado convirtiendo con frecuencia en auténticas y puras desregulaciones, reflejando en términos relativos una cierta prevalencia de los intereses privados sobre la esfera pública. Y todo ello contando lógicamente con el beneplácito de los

sectores vinculados al propio mercado, aunque también con una cierta complacencia de sectores vinculados al propio estado, que veían así “descargar” al sector público de un exceso intolerable de presión o de sobrecarga. Se trata de un fenómeno que ha operado tanto en la escala estatal como en la esfera local, o en su caso regional, en torno a multitud de servicios públicos que en la práctica son gestionados y prestados desde empresas privadas.

Una manifestación del mismo fenómeno, a otro nivel, es el que se detecta en las estrategias para atraer inversiones extranjeras (por ejemplo, para explotar recursos nacionales propios) sobre la base de disminuir las exigencias regulativas o los requisitos de las concesiones.

III. El *tercer* momento evolutivo de esta compleja secuencia sería el que comienza a progresar más allá de las tradicionales fronteras territoriales tanto en términos de “gobernanza multinivel” como de regulación transnacional de ciertos sectores. Recordemos en todo caso que no se trata solamente de la regulación internacional de la economía: el derecho regulativo ha venido progresando igualmente en otros ámbitos novedosos también conectados con el sector privado. Pensemos por ejemplo en un sector estratégico tan trascendental como el medio ambiente, que es deudor igualmente de un decisivo ámbito de proyección internacional del cual proceden sus principales aportaciones en la práctica.

Es cierto que, al progresar en la escala supraestatal, los instrumentos de acción pública pierden parcialmente su “nomos” democrático, su sustento constitucional, para entrar en claves de coordinación o cooperación (a veces en marcos regionales mejor articulados, como la Unión Europea), implicando incluso categorías

jurídicas dudosas, como la noción de *soft law*. Aunque, en todo caso, la hipótesis (optimista) de partida consistiría en aceptar que los mecanismos de cooperación o de proyección internacional operan sobre la base de los respectivos sustentos democráticos de las unidades que los soportan; es decir, que no se han convertido en una “traición democrática” sino en una emergente proyección a escala que tiene en cuenta los soportes institucionales respectivos, en unos complejos sistemas de red que ahora van adquiriendo capacidad para operar en la esfera mundial.

Ciertamente este nuevo contexto presenta numerosos aspectos problemáticos: a la lentitud del proceso de generación de consensos en la escala supraestatal se une la heterogeneidad de las realidades económicas de cada estado o región, así como la reiterada existencia de circuitos de salida para un capitalismo globalizado que encuentra su refugio en seudoestados opacos o paraísos fiscales. La propia lentitud de los procesos de integración regional (como sucede también en el caso de Europa) se convierte a menudo en un obstáculo cuando se requieren actuaciones anticrisis que exigen intervenciones de urgencia ante los evidentes riesgos de quiebra de ciertos estados. La dimensión supraestatal señala también la emergencia de lo que ha dado en denominar como un “constitucionalismo ejecutivo” en la medida en que son los ejecutivos de los estados los encargados de asumir directamente estas funciones.

La lenta emergencia de un nuevo derecho regulativo en la escala de la economía internacional se convierte así en un proceso tan complejo y dilatado en el tiempo que permite incluso la aparición de reacciones en clave nacionalista o estatal, lo que dificulta

adicionalmente el desarrollo de redes transnacionales capaces de operar desde pautas de gobernanza multinivel.

Y por supuesto, estas dificultades permiten que el diseño del derecho regulativo se concentre aún más en manos de “expertos” que inevitablemente aplican sus propios parámetros ideológicos, sin apenas contar hasta ahora con réplicas o reacciones suficientes desde el medio científico académico. El debilitamiento progresivo de la instancia reguladora permite así la emergencia pura y simple del mercado y sus fútiles pretensiones autorreguladoras. Imperceptiblemente, el derecho regulativo se diluye así hasta convertirse en una instancia de pura desregulación.

4. Las exigencias de un derecho regulativo

Dando por aceptado en cualquier caso que la instancia reguladora constituye hasta ahora el instrumento de referencia para la intervención pública en el contexto globalizado contemporáneo, procede seguramente entrar a un análisis específico, antes de pregonar lisa y llanamente su precipitado fracaso. O en todo caso, conviene localizar sus aspectos problemáticos, tanto desde un punto de vista generalista como en una perspectiva jurídico-constitucional.

Naturalmente cuando el derecho regulativo se compara con el antiguo o tradicional derecho intervencionista (propio del primer periodo del estado social intervencionista “clásico”), destaca inicialmente su relativa “debilidad” en términos operativos, en la medida en que parece renunciar, al menos en parte, a esa pretensión transformadora directa e inmediata de la realidad, que inspiraría las primeras etapas de apogeo del Estado social. Se

supone que, a cambio de este inconveniente, el derecho regulativo constituye un avance (desde una perspectiva evolutiva) frente al antiguo o tradicional derecho público, en el sentido de que no renuncia a operar más allá del propio sector público, tratando de encontrar claves de ordenación jurídica aplicables a las esferas de la sociedad y del mercado (y no ya sólo a la propia esfera estatal). Tiene por lo tanto una mayor proyección en un sentido sociolegal, hacia el ámbito de la sociedad civil, además de una mejor capacidad adaptativa para operar en la escala transnacional.

Por supuesto, la regulación económica no opera en las mismas coordenadas en que se mueven las tradicionales políticas públicas, asentadas sobre una red social determinada capaz de movilizarse mediante procesos participativos. Por lo tanto sus soportes de legitimación directa en vía participativa parecen más remotos, debiendo en su caso ser sustituidos por mecanismos de consenso gestionados desde instancias independientes dirigidas generalmente por un conocimiento experto.

La aparición de agencias reguladoras o autoridades independientes supone ciertamente una sustancial perturbación en el tradicional organigrama estatal: entre otras cosas porque no se trata de instancias encargadas tan sólo de emanar un derecho orientado a regular un determinado sector económico, sino también dispuestas a aplicar y controlar la aplicación del mismo. Lo que implica normalmente tareas de gestión, e incluso funciones cuasi-jurisdiccionales, cuando se trata en su caso de aplicar sanciones. Sin embargo, alternativamente, las llamadas agencias reguladoras pueden constituir esferas de conocimiento dotadas de una percepción de la acción que iría más allá del limitado “cortoplacismo” (más o menos coyuntural o electoralista) sobre el

que operan generalmente las mayorías políticas gobernantes en la escala estatal.

Trataremos de encuadrar sistemáticamente algunos de los aspectos problemáticos de este derecho regulativo:

A) *Fines*. Si desde un punto de vista estrictamente jurídico-privado la mera regulación de un sector del mercado constituye por sí misma una tarea suficientemente justificable (en el sentido de eliminar perturbaciones, desajustes, abusos de poder, etc., asegurando la libre concurrencia, con un contenido similar a la pura autoregulación), parece claro en cambio que, desde una perspectiva jurídico-pública, toda regulación debería contener un determinado sentido finalista o programático. Es decir, una orientación ajustada a ciertos objetivos generales o valores de la comunidad, expresados en su caso en el correspondiente marco constitucional o internacional; o alternatively, un sentido operativo de *problem-solving* al servicio general de la ciudadanía, implicando así una potencialidad transformadora. Es algo que sucede por otra parte en un ámbito tan globalizado como el derecho regulativo medioambiental, donde la existencia de valores generales -al servicio incluso de las generaciones futuras- constituye un elemento estratégico trascendental capaz de orientar los instrumentos jurídicos y burocráticos de la acción. En todo caso, en el ámbito de la economía el único “valor” original que cabe constatar en principio, más allá de la pura regulación del mercado, sería la garantía de ciertos estándares relativos a los derechos de los consumidores.

Sin embargo la determinación de un sentido finalista-programático en el ámbito del derecho regulativo económico

adolesce a un nivel operativo de ciertos factores de riesgo: por una parte las instancias o agencias reguladoras independientes no se consideran autorizadas para establecer orientaciones que vayan más allá del mero control de coyuntura del propio mercado; por otra, se trata normalmente de una instancia donde opera el fenómeno de lo que L. Tribe denominó como “*the sounds of congressional silence*”; es decir, donde la esfera política (estatal o supraestatal) no es capaz de establecer en su caso determinaciones finalistas que permitan concretar una estrategia específica, debiendo ser entonces la propia esfera regulativa la encargada en su caso de determinar de forma implícita o tácita tales funciones. A lo que se une, lógicamente, el hecho de que, al proyectarse en una escala internacional, la homogenización de fines o de objetivos programáticos resulta especialmente compleja. En ausencia de una clara determinación finalista, los instrumentos regulativos corren el riesgo de perder su orientación transformadora (vale decir, en cierto modo “intervencionista”) para convertirse en instancias conservadoras que, al final, acabarán inspirándose más bien en un sentido de pura autorregulación del mercado.

No obstante, convendría marcar algunas diferencias, porque en los ámbitos concretos de la economía productiva o del comercio internacional la acción regulativa sí contiene algunos elementos finalistas o valorativos que a menudo pasan desapercibidos: desde exigencias de seguridad ambiental en los procesos productivos hasta requerimientos de tipo sanitario o de tutela de los derechos de los consumidores. En cambio, parece que el ámbito de las finanzas internacionales ha experimentado un inexorable proceso de liberalización (aunque con un foco protagonista activo concentrado en el eje *Wall Street – City* londinense) hasta el punto de que ni la

tipificación de productos financieros “tóxicos” o de conductas especulativas de corto plazo ha permitido en la práctica el desarrollo de actuaciones suficientes de control. A lo que se acompaña la existencia de agencias privadas de calificación cuyos criterios y estrategias no siempre están suficientemente revisados en clave científica, pero a las que se atribuye a veces una importancia excesiva a pesar de sus reiteradas y constatadas equivocaciones, sobre todo en términos de previsión de las crisis.

B) Estructura y organización. La emergencia y desarrollo del derecho regulativo se habría producido en paralelo a la consolidación de nuevas esferas institucionales que, en forma de agencias regulativas o autoridades independientes (de dimensión estatal o supraestatal), han conformado el núcleo estructural encargado en teoría de la elaboración y aplicación del nuevo derecho regulativo. Seguramente estaría fuera de lugar plantear ahora la ubicación de estas esferas en el esquema clásico de división de poderes de Montesquieu, aunque en cualquier caso subyace en todas ellas un riesgo organizativo elemental: que la esfera encargada de diseñar la regulación suele ser la misma que asume las funciones de aplicación y control.

Pero junto al riesgo funcional aparece igualmente el estrictamente organizativo. Se supone ciertamente que la composición de las agencias regulativas debe estar presidida por la preeminencia de la *expertise*, del conocimiento experto e independiente: pero las claves de selección y nombramientos se enfrentan siempre a un doble riesgo de captura. Ya sea por un fenómeno de politización o dependencia partidista, o bien por un fenómeno alternativo de captura privada, al tratarse de un personal

que suele mantener vínculos efectivos con sectores económicos privados bien organizados. Alcanzar la cuadratura del círculo exige de procesos selectivos sofisticados, dotados de un alto grado de publicidad y transparencia: baste recordar las interminables volutas informativas y reflexivas que rodean, por ejemplo, el nombramiento de la máxima autoridad de la Reserva Federal norteamericana.

También pueden producirse a veces otros fenómenos más difusos de colonización o captura epistemológica sobre agencias independientes por parte de grupos de conocimiento que hacen prevalecer su visión de las cosas más allá de la existencia de posibles soportes de tipo constitucional, o en todo caso otros valores ajenos a su concepción puramente tecnocrática.

C) *Control*. Obviamente, como en toda instancia jurídica, la clave de bóveda sobre la que se proyecta el problema de la eficacia final del derecho regulativo reside en su circuito de control, o de control-sanción. Aunque debe darse por supuesta la existencia de circuitos jurisdiccionales (tanto en la escala estatal como internacional) o de arbitraje, en realidad el verdadero núcleo problemático se sitúa más bien en el puro control de aplicación, es decir, el encargado de asegurar en última instancia la eficacia del propio derecho regulativo. Y es que, por más que desde la teoría nos empeñemos en descubrir nuevas categorías evanescentes (derecho dúctil, derecho blando, etc.), lo que no cabe duda es que un derecho carente de mecanismos adecuados de autoaplicación se enfrenta inexorablemente al riesgo de su propio fracaso. Porque ahora no será posible contar, como es lógico, con el tradicional instrumental coactivo estatal, sino en todo caso de una cierta capacidad autorizativa de dimensión burocrático-administrativa, capaz de

proyectarse a través de las redes de gobernanza multinivel en la escala transnacional, pero con posibilidades coercitivas siempre limitadas.

Cabría sugerir que el circuito de control (o de control-sanción) constituye seguramente el elemento más problemático y decisivo del derecho regulativo, puesto que tanto sus horizontes finalistas de control del cumplimiento de fines u objetivos, en términos de eficacia, como el control de eficiencia que se puede proyectar en el ámbito de la auditoría o el control financiero, deben ahora avanzar en la jungla tradicionalmente opaca de la pura gestión privada.

Cuando, tras la dramática experiencia del caso Enron, el Congreso norteamericano aprobó la famosa ley *Sarbanes-Oxley* de 2002, pretendía introducir mecanismos de control y transparencia en la gestión privada de grandes corporaciones, con un abanico de medidas de carácter civil, penal y administrativo encargadas de frenar los increíbles abusos de algunos directivos de grandes empresas y de los propios auditores privados de las mismas. Teóricamente se trataba de establecer una pauta que, desde el ámbito federal norteamericano, podría progresar en la escala mundial para tratar de frenar fenómenos de corrupción privada que acaban generando resultados catastróficos sobre el propio sistema económico.

Pero si las instancias regulativas fracasan a veces en el control de los ámbitos privados de gestión, la aparición paralela de fenómenos de corrupción en el ámbito público no puede causar ya ninguna sorpresa adicional. Y la impresión final sería que un derecho débil como es el derecho regulativo carece verdaderamente de soportes suficientes para asegurar una

capacidad de control y una dirección efectiva sobre el oscuro mundo de la economía globalizada.

5. Un balance reflexivo (en búsqueda de la transparencia)

El gobierno de la economía constituye a comienzos del siglo XXI un ámbito seguramente mucho más proceloso de lo que pudo ser en los remotos tiempos de Adam Smith. Por más que desde una perspectiva constitucional podamos afirmar la existencia de marcos regulativos e institucionales suficientes en su proyección estatal, el desbordamiento territorial que ha traído consigo el fenómeno de la globalización contribuye a limitar su vigencia y a relativizar nuestros conocimientos y experiencias.

Sin embargo debemos hacer un esfuerzo de superación de visiones simplistas o excesivamente ideologizadas, para tratar de progresar desde una perspectiva científico-jurídica suficiente. Aunque el aparente fracaso del derecho regulativo cuente ya con argumentos de respuesta bien conocidos -el desbordamiento de las fronteras estatales; el “enemigo” neoliberal-, seguramente merece la pena indagar en nuevas hipótesis complementarias. Es cierto que el desbordamiento de fronteras territoriales ha limitado la capacidad de acción de los estados, que la lógica puramente mercantil que preside el funcionamiento de la esfera económica tiende a socavar las pretensiones de vigencia efectiva de todo intento regulador procedente de las esferas públicas. Pero debemos entender al mismo tiempo que la fuerza ordenadora del derecho constituye igualmente un plano de referencia dotado de un potencial legitimador de validez general; aunque al final, tal pretensión dependerá obviamente de la propia validez de tal derecho, es decir,

de su propia capacidad de ordenación de la realidad económica globalizada.

Hemos sugerido que, desde una perspectiva evolutiva, la consideración del derecho regulativo como una instancia jurídica capaz de progresar a través de las tradicionales trincheras enfrentadas del derecho público y el derecho privado, constituye una evidente posibilidad de avance, en términos de proceso colectivo de aprendizaje. Se trataría pues no sólo de “inspirar” mediante fines públicos o colectivos determinadas instancias jurídicas que deben encargarse de regular la esfera económica privada, sino de asegurar al mismo tiempo su adecuada aplicación mediante mecanismos operativos de control-sanción. Todo ello bajo la tutela de agencias o autoridades auténticamente independientes. Por otra parte debe recordarse que existen ya otras instancias jurídicas suficientemente globalizadas donde estas coordinadas de avance presentan resultados constatables, como la esfera medioambiental o incluso la que afecta a la tutela del patrimonio histórico y al tráfico ilegal de bienes culturales o artísticos. Por no hablar de otras instancias regulativas de éxito como los mecanismos de homologación de calidad, o los controles de tipo sanitario sobre el comercio internacional.

Por supuesto, una primera y humilde dosis de autocrítica, en un foro de especialistas en derecho, seguramente no sería inconveniente. Considerando nuestra responsabilidad colectiva, más o menos difusa, acaso convendría comenzar reconociendo que nuestra capacidad de innovación jurídica, nuestra capacidad de diseño de instrumentos jurídicos innovadores, nuestra capacidad de renovar y actualizar categorías doctrinales establecidas, seguramente no han sido suficientes hasta ahora para hacer frente

al nuevo gran Leviatán de la globalización económica. El establecimiento de planos de racionalidad aceptados a un nivel internacional, capaces de concretizarse en valores o fines estratégicos que permitan conectar el conocimiento experto con las exigencias de una política económica globalizada, es una tarea que se ha dejado hasta ahora en manos de economistas o expertos en finanzas internacionales. Y el derecho regulativo ha carecido así de elementos de consistencia jurídica, tanto en términos de determinación de fines o valores colectivos como en términos de instrumentación de mecanismos de control-sanción suficientes, que por lo tanto las propias agencias regulativas no han sido finalmente capaces de aplicar en la práctica.

De este modo podemos constatar que las reiteradas trincheras entre lo público y lo privado se han acabado penetrando defectuosamente: mientras la esfera del derecho público ha aceptado su relativa “privatización” (o “socialización”, si lo queremos expresar en términos más piadosos), en cambio las esferas privadas no han llegado a experimentar un grado paralelo de “publificación” o de adecuación a exigencias y pautas nacidas de la esfera colectiva y no del mero interés privado.

Una primera hipótesis problemática que podríamos sugerir es si en la gestación y aplicación del derecho regulativo económico ha habido un cierto fallo en el andamiaje instrumental que le debe servir de soporte: o sea, en las redes sociales e institucionales que conformarían el modelo de la llamada “gobernanza multinivel”, cuyo funcionamiento adecuado requiere de ciertas dosis de lealtad institucional y de capacidad de cooperación constructiva. Si en el propio ámbito de lo público comprobamos con cierta frecuencia, tanto en la escala regional como en la interestatal, que tal lealtad

suele brillar por su ausencia, es lógico pensar que la esfera privada tendrá un comportamiento mucho más huidizo y elusivo.

Sin embargo, del mismo modo que las redes públicas vienen avanzando en la homogeneización y perfeccionamiento de sus circuitos de control ⁽²⁾ igualmente el ámbito de la esfera privada parece comenzar a progresar no solamente a partir de los códigos internos de conducta sino sobre todo siguiendo la estela de la imparable oleada de publicidad que permiten las nuevas redes de información mundial en los últimos tiempos.

Porque hay, sobre todo, un emergente valor operativo que parece consolidarse como un nuevo soporte instrumental en la escala mundial: el principio de transparencia. Un principio que, aunque tradicionalmente aplicado hasta ahora a esferas o instituciones públicas en términos de acceso ciudadano a la información, parece avanzar en paralelo a algunos grandes casos de relevancia mundial (Wikileaks, caso Snowden, revelación de cuentas opacas en Suiza, etc.) suscitando una apertura de las tradicionales esferas de opacidad que vienen afectando tanto al ámbito de lo público como a esferas privadas.

Sin embargo parece claro que, si queremos atribuir al concepto de transparencia un valor que vaya más allá de su mera presencia difusa o de su dimensión vagamente utópica, será necesario tratar de avanzar en su incorporación operativa como una categoría jurídica susceptible de aplicarse en la práctica de la compleja realidad contemporánea. Una aplicación que cuenta, como es lógico, con un soporte tecnológico suficientemente

² Como sucede por ejemplo en el ámbito del control de las cuentas públicas, con la red INTOSAI (*International Organisation of Supreme Audit Institutions*) a partir de su famosa Declaración de Lima de 1977.

acreditado a estas alturas, a través de los circuitos audiovisuales de proyección mundial.

Es evidente que la transparencia parece constituir en principio una categoría de control, aunque sólo sea en su proyección ciudadana a través de los circuitos de comunicación mundial. Sin embargo sería posible proyectar su significación concreta en diversos ámbitos:

A) Por un lado estaría el creciente impacto que la pura noción de *publicidad* de actuaciones por parte de los agentes activos en la esfera de la economía globalizada. Se trata de una dimensión que estaría implícita en la originaria noción de “democracia avanzada” que acepta, desde la segunda mitad del siglo XX la presencia activa de los circuitos audiovisuales como un elemento general de la dinámica del sistema (sobre todo a partir de mayo del 68 y el difuso “movimiento situacionista”). Sin embargo será sobre todo a partir de la emergencia de las grandes redes mundiales a partir de finales del siglo XX cuando el fenómeno que va a permitir una progresión geométrica de los canales de publicidad e información, entendidos como soportes instrumentales de la transparencia. Desde esta perspectiva parece claro que toda agencia reguladora, o autoridad competente en el ámbito de la regulación económica debería aplicarse con rigor a la tarea de publicitar sus actuaciones, sus resultados y su propia gestión, haciéndolas plenamente accesibles.

B) En segundo lugar, empujada por el fenómeno de la explosión mundial de las comunicaciones, la transparencia genera un doble fenómeno de *instantaneidad* en la generación de información y conocimiento, así como en la proyección global o mundial de la

propia información. Algo que intensifica con frecuencia las demandas paralelas de control o de respuesta, exigiendo en consecuencia una creciente instantaneidad en las actuaciones públicas. Por supuesto se trata de tensiones que a veces afectan negativamente a los procesos deliberativos (a menudo inexorablemente lentos) que deben estar en la base de tales decisiones, reforzando en la práctica la posición de los ejecutivos (se supone que los responsables últimos de la capacidad decisional de los estados). Baste recordar la forma precaria, precipitada y a veces errónea como desde la esfera de la Unión Europea se ha respondido en los últimos años a la más reciente crisis financiera.

C) Pero si la mera dimensión de visualización o publicidad puede dar una proyección multiplicada al impacto de la transparencia, por su incidencia social difusa, la otra cara se situaría en torno a la noción instrumental de la “*accountability*” entendida rigurosamente como rendición de cuentas: en términos pues de auténtico control-sanción. Por más que se trate de una noción amplia y relativamente difusa, no cabe duda de que se sitúa en el mismo núcleo de las exigencias originarias propias de todo Estado de Derecho, conectando así los requerimientos propios de un control contable con el circuito estrictamente jurisdiccional, al modo como opera normalmente el control de legalidad. Naturalmente la instrumentación de la transparencia como circuito operativo al servicio de una efectiva función de control de la actividad económica depende del adecuado ensamblaje de las exigencias de racionalidad propias de toda ordenación de un sector social que deben concretizarse en torno a determinados soportes o principios

dotados de una cierta dimensión normativa, susceptibles así de convertirse finalmente en auténticos *parámetros de control*.

Lo que al final deberá depender evidentemente del grado de desarrollo efectivo de las redes de gobernanza multinivel y del nivel de lealtad que las distintas esferas institucionales afectadas desarrollen en torno a las mismas. Algo que a veces estará conectado ciertamente con la operatividad de los instrumentos informales del llamado *soft law* (acuerdos, intercambios de información y de experiencias, redes de contactos, etc.), pero también de la existencia de un cierto discurso doctrinal o, al menos, de puntos o elementos científicos de enfoque de la realidad suficientemente compartidos en el medio académico.

Las posibilidades de que el derecho regulativo consiga progresar eficazmente en el proceloso mundo de la economía globalizada contemporánea se enfrentan ciertamente a una multitud de interrogantes. Pero antes de tirar la toalla o de buscar enemigos imaginarios en molinos de viento, convendría que la propia doctrina jurídica se planteara una adecuada reflexión que, al mismo tiempo que nos permitiera un balance crítico de lo realizado hasta ahora, consiga proyectarse sobre el futuro inmediato.

REFERENCIAS

- H. W. Arthurs, "Governing the Canadian State: the Constitution in an era of globalisation, neo-liberalism, populism, decentralization and judicial activism", *Constitutional Forum*, 2003, 13, 1.
Z. Baumann, *Modernidad líquida*, Mexico, 2003, FCE.

- G. Bidart Campos, "La Constitución económica (un esbozo desde el Derecho Constitucional argentino)", *Cuestiones Constitucionales*, Num. 6, 2002.
- A. Blasco (coord.), *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo*, INAP, 2012.
- M. Crozier, S. Huntington, J. Watanuki, *The crisis of democracy. Report on the governability of Democracies to the Trilateral Commission*, Nueva York UP, 1975
- J. Habermas, "Law as Medium and Law as Institution", en G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, 1986, Walter de Gruyter.
- N. Luhmann, *Teoría Política en el Estado del Bienestar*, Madrid, 1993, Alianza.
- G. Maestro, "Constitución económica en integración europea", *Revista de Derecho Político*, Num. 54, 2002.
- G. Majone, *Regulating Europe*, Londres, 1996, Routledge.
- G. Majone, A. La Spina, "Lo Stato regolatore", *Rivista Italiana di Scienza dell'Amministrazione*, Num. 3, 1991.
- M. Morisi "Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis", en E. García de Enterría, A. Predieri (coords.), *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1981, Civitas.
- C. Offe, *Contradictions in the welfare state*, Londres, 1984, Hutchinson.
- C. Offe, *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Madrid, 1988, Sistema.
- L. Paramio, "Reforma del Estado y desconfianza política", *VII Congreso CLAD*, 2002, Lisboa.
- A. Porrás Nadales "El Derecho intervencionista del Estado", *Revista de Estudios Políticos*, Num. 63, 1989.
- A. Porrás Nadales, "Derecho Constitucional y evolucionismo jurídico", *Revista de Estudios Políticos*, Num. 87, 1995.
- A. Porrás Nadales, "El derecho regulativo", *Revista de Estudios Políticos*. Num 117, 2002.
- A.-M. Porrás Gómez, *La gobernanza multinivel del control del gasto público europeo*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de Sevilla, 2013.
- R. Rose, *Understanding Big Government. The Programme Approach*, Londres, 1984, Sage.
- M. Salvador, *Autoridades independientes, un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, 2002. Ariel.

D. K. Smith, "Beyond the rule of law? Decentered regulation in online investing", *Law & Policy*, vol. 26, Nos 3-4, 2004

L. Tribe, *Constitutional Choices*, Harvard UP, 1985.

K. Tuori, "Roles del Banco Central Europeo en la actual crisis económica", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Num. 39, 2013.