

LA CRISIS DE LA REGULACION ESTATAL (*)

Por XAVIER ARBOS

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA CRISIS DEL ESTADO ASISTENCIAL.—3. LA CRISIS DE LA FUNCIÓN REGULADORA: a) *Sobreproducción y complejidad*; b) *Transformación de la ley*; c) *Eficacia de la regulación estatal*.—4. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCION

Me atrevería a decir que el saber de los juristas no goza de gran aprecio popular. Quizá eso se deba a que su utilidad parece que sólo puede medirse en relación con su capacidad para resolver los problemas que los propios juristas han creado, los problemas jurídicos. Se supone que los profesionales del Derecho, tanto los teóricos como los prácticos, sólo se ocupan de la *quaestio iuris*. A este respecto, Jean Giraudoux pone en boca de uno de sus personajes una frase que resume la percepción que muchos tienen del Derecho: «Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité» (1). No es éste

(*) Este texto tiene su origen en la ponencia presentada al seminario del C.E.R.T.E. (Centre d'Études et Recherches sur la Théorie de l'État) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montpellier. Agradezco a Michel Miaille, director del C.E.R.T.E., a Jean-Louis Autin, a Guilhem Dezeuze y a todos los participantes del seminario sus observaciones.

(1) *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, acto II, escena 5. El personaje a quien se dirigen esas palabras, Busiris, es una acerada caricatura del jurista. Sobre la percepción de la realidad, véase el ejemplo aportado por I. ALVAREZ SACRISTÁN: «La interpretación

el lugar para rebatir lo injusto del reproche; lo que me propongo en este trabajo es trazar una panorámica en la que una aparente hipertrofia normativa ha puesto de relieve los límites de la capacidad normativa del Derecho para regular la vida social. Me referiré al Derecho originado por los poderes públicos empleando el calificativo «estatal», siendo consciente de que ese adjetivo puede parecer demasiado genérico, y teniendo presente también que ese Derecho que forma la regulación estatal no es siempre el que se impone en todos los casos. Para ello tendré en cuenta reflexiones que responden a puntos de vista propios de disciplinas no estrictamente jurídicas. Los problemas que apuntaré tienen una dimensión que no es más importante, pero sí más amplia, que la que se ciñe a los límites del sistema normativo. No pretendo más que componer una plataforma útil, entre otras, para poder participar en el debate acerca de problemas como el de los costes y la eficiencia de las normas que evocaba en un artículo Albert Calsamiglia (2). Si el pesimismo que se desprende de las aportaciones que presento llevara al lector a considerar la oportunidad de esos temas, entonces podría darme por satisfecho.

Desde el momento en que uno se decide a enfocar el problema de la regulación desde una perspectiva global, parece obligado renunciar a la especialización. El análisis del Derecho positivo no es suficiente, ya que se acepta que la regulación puede tener fuentes distintas de las que proporciona el ordenamiento jurídico positivo. Sin embargo, creo que el hecho mismo de que la regulación se haya convertido en un asunto problemático puede entenderse mejor si se constatan las limitaciones del Estado contemporáneo para establecer su autoridad en todos los ámbitos de la sociedad. El imperio del Derecho ya no es efectivo en términos absolutos. El orden social no es el resultado de la norma jurídica, si alguna vez lo fue. Con todo, la norma jurídica estatal sigue siendo decisiva. Es cierto que muestra su debilidad, quizá porque se ha esperado demasiado de ella. Pero también es cierto que la norma jurídica estatal mantiene fuerza suficiente como para determinar si son aceptables otras formas de regulación. Una fuerza suficiente y en todo caso importante, pues es la norma jurídica estatal la que puede movilizar los recursos del poder público para garantizar la eficacia del Derecho no estatal. Se trata de problemas actuales, pero que llevan planteándose desde mucho antes de que se empezaran a formular a partir de la crisis del Estado asistencial. Conviene recordar que Durkheim había ya señalado en 1897 la incapacidad del Estado para re-

de la norma conforme a la realidad social», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 5, 1987, págs. 71-78 (pág. 77).

(2) A. CALSAMIGLIA: «Justicia, eficiencia y optimización de la legislación», en *Documentación Administrativa*, núms. 218-219, 1989, págs. 113-151 (pág. 139).

gular lo que él llamaba la «vida profesional», y proponía una normativa no estatal. Y Santi Romano, en 1909, describía también la impotencia del Derecho público: «Il diritto pubblico moderno dunque non domina, ma è dominato da un movimento sociale, al quale si viene stentatamente adattando, e che intanto si governa con delle leggi proprie.» Decía igualmente que la crisis del Estado moderno se debía a la convergencia de dos factores: la organización de los intereses en la sociedad y la falta de instrumentos jurídicos e institucionales apropiados (3).

Las sociedades occidentales presentan tendencias que llevan a reconsiderar el papel del Estado y su función reguladora. Investido por la legitimidad democrática y dejando a su cargo el interés general, hoy la noción misma de interés general empieza a desvanecerse como otras muchas y respetables ficciones (4). Un elemental realismo nos lleva a reconocer la importancia de los grupos de interés bajo todas sus manifestaciones, y hay quien se pregunta si no sería más conveniente dejar que regularan autónomamente determinados ámbitos de acuerdo con su pericia y experiencia (5). A esta opción me referiré al final. Previamente, recordaré los elementos que definen la crisis del Estado contemporáneo, y trataré de describir los efectos de esa crisis en la regulación estatal. De forma más concreta, tomaré como modelo de referencia el Estado asistencial, y luego intentaré presentar las relaciones entre la crisis del Estado y la búsqueda de nuevas formas de regulación.

2. LA CRISIS DEL ESTADO ASISTENCIAL

No voy a agotar el análisis de todos los aspectos de la crisis, sino que me limitaré a subrayar las manifestaciones que afectan más a la función normativa del Estado. En esa línea, es interesante recordar un diagnóstico sobre el marco general de la crisis de las democracias que apareció hace quince años. «La crisis de las democracias» se presenta como resultado de la sobrecarga del sistema político, incapaz de responder a todas las demandas que se le for-

(3) E. DURKHEIM: *Le suicide*, París, P. U. F., 1960, págs. 436-437 (la primera edición es de 1897). Santi Romano pronunciaba la lección inaugural del curso 1909-1910 de la Universidad de Pisa. Esta lección se encuentra en la recopilación que toma su título, S. ROMANO: *Lo stato e la sua crisi*, Milán, Giuffrè, 1969, págs. 5-26. La cita es de la pág. 15, y la otra referencia se encuentra en la pág. 23.

(4) Una aportación reciente al debate, en S. GINER y V. CAMPS: *L'interès comú*, Barcelona, Fundació Caixa de Barcelona, 1990 (colección «Cultura i entorn», núm. 5).

(5) Véase M. CROZIER: *Etat modeste, Etat moderne. Stratégie pour un autre changement*, París, Fayard, 1987, caps. 5 y 6.

mulan (6). Según un análisis bastante habitual, la libertad política permite la expresión de las demandas, y la participación democrática les da vías de acceso a las instituciones y de influencia sobre los encargados de tomar las decisiones. Pero el sistema corre el riesgo de bloquearse o de cerrarse, ya que los recursos no bastan nunca para satisfacer todas las demandas. Las cuales, además, son a menudo contradictorias entre sí. Por otra parte, lo que se pide a los poderes públicos conlleva casi siempre la intervención en el mercado limitando su libertad. Surge entonces la tentación de limitar toda restricción impuesta al mercado, e incluso las demandas que podrían conducir a esa restricción (7).

Todo eso puede servir para enmarcar los rasgos específicos del Estado asistencial. Los problemas son los que acabo de señalar, pero agravados en la medida que los poderes públicos tienen el deber (legal o incluso constitucional) de desarrollar políticas públicas que satisfagan necesidades consideradas esenciales, como la salud y la educación. Esos rasgos específicos no otorgan una originalidad absoluta al modelo contemporáneo del Estado asistencial (8). El conjunto de políticas públicas, que son su característica más notable, tiene

(6) M. CROZIER, S. P. HUNTINGTON y J. WATANUKI: *The Crisis of Democracy*, Nueva York, New York University Press, 1975. Véase también S. BRITTAN: «The Economic Contradictions of Democracy», en *British Journal of Political Science*, núm. 5, 1975, págs. 129-159. Sobre la noción de «sobrecarga», A. KING: «Overload: Problems of Governing in the 1970s», en *Political Studies*, vol. XIII, 1975, págs. 284-297. El incremento de demandas que lleva a la sobrecarga del sistema político y a la sobreproducción normativa podría explicarse a partir de la variable que constituye la cultura jurídica (*legal culture*), componente a su vez de la cultura política; eso es lo que razonablemente propone L. M. FRIEDMAN: «Legal Culture and the Welfare State», en G. TEUBNER (dir. de ed.): *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlín-Nueva York, W. de Gruyter, 1986, págs. 13-27. Acerca de la noción de cultura jurídica de L. W. FRIEDMAN, véase su libro *The Legal System. A Social Science Perspective*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 1975, págs. 15-16 y todo el cap. VIII.

(7) Véase R. DAHRENDORF: «Effectiveness and Legitimacy: on the Governability of Democracies», en *Political Quarterly*, núm. 4, 1980, págs. 393-410 (pág. 405), a propósito del capítulo de S. P. HUNTINGTON en M. CROZIER, S. P. HUNTINGTON y J. WATANUKI, *op. cit.* El temor de ver en toda restricción al mercado un paso hacia el totalitarismo lo expresa F. A. HAYEK: *Camino de servidumbre*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1946, caps. V, VI y VII (la primera edición en inglés es de 1943). Vale la pena comparar la obra de HAYEK con la de su contemporáneo K. POLANYI: *The Great Transformation*, Nueva York, Rinehart & Co., 1941, caps. XIX y XXI, quien, por cierto, quizá merecería la misma evocación en los debates públicos.

(8) Véase la posición escéptica de M. S. GIANNINI: «Stato sociale, una nozione inutile», en la obra colectiva *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milán, Giuffrè, 1977, 3 vols., vol. I, págs. 144-165; se reafirma en *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bolonia, Il Mulino, 1986, págs. 95-98.

orígenes que se remontan a la Alemania de Bismarck, y se han desarrollado en muchos lugares bajo gobiernos de distinto signo. No sin ironía se ha fechado su origen en 1883, el año de la muerte de Marx y del nacimiento de Keynes (9); en todo caso, la práctica de los Estados liberales nunca se limitó a las tareas del «vigilante nocturno» (10).

A pesar de todo, hay elementos suficientes para formular una definición de Estado asistencial. Por ejemplo, se puede recordar que son los poderes públicos los que asumen la función esencial de protección (11), y que esa función es paralela a la noción de derechos sociales (12). Se supone que el Estado asistencial debe actuar con fines emancipatorios, liberando a los individuos de situaciones de necesidad que no pueden superar con sus propias fuerzas (13). La acción de los poderes públicos obedece a prescripciones legales, que se elevan a constitucionales con el advenimiento del Estado social. El Estado social puede definirse a partir de la constitucionalización de los dere-

(9) Véase P. FLORA y J. ALBER: «Modernization, Democratization and the Development of Welfare States in Western Europe», en P. FLORA y A. J. HEIDENHEIMER (dirs. de ed.): *The Development of Welfare States in Europe and America*, New Brunswick, Transaction Books, 1981, págs. 37-80 (especialmente pág. 70). También la perspectiva de G. THERBORN: «Class and States. Welfare State Developments, 1881-1981», en *Studies in Political Economy*, núm. 14, 1984, págs. 7-41 (especialmente pág. 12).

(10) L. DION: «L'État libéral et l'expansion de l'espace public statique», en *International Political Science Review*, núm. 2, 1986, págs. 190-208.

(11) Véase en F. EWALD: *L'État providence*, París, Grasset, 1986, los capítulos sobre los seguros. Hay que decir que la protección social es un derecho de los ciudadanos, más que una muestra de beneficencia, según H. WILENSKY: *The Welfare State and Equality. Structural and Ideological Roots of Public Expenditures*, Berkeley, University of California Press, 1975, pág. 1.

(12) Una noción que tampoco es de ayer. Puede encontrarse en la intervención del diputado Gilberto Romme, de la Convención revolucionaria, en su discurso de la sesión de 17 de abril de 1793, *Archives parlementaires*, Serie I, vol. LXII, págs. 263-269. La expresión «derechos sociales» ha merecido una atinada crítica de J. R. COSSÍO DÍAZ: *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 44-47. Los derechos sociales, como derechos de prestación, se pueden integrar en la categoría de los derechos públicos subjetivos, según G. JELLINEK: *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milán, Società Editrice Libreria, 1912 (traducción de la segunda edición alemana, de 1905; la primera es de 1892), págs. 97-98.

(13) La liberación de la necesidad («freedom from want») aparece como una de las cuatro libertades a las que alude F. D. Roosevelt en su mensaje al Congreso de los Estados Unidos de 6 de enero de 1941: «F. D. Roosevelt 'Four Freedoms' Speech», en H. COMMAGER (dir. de ed.): *Documents of American History*, Nueva York, Appleton-Century, 1971, págs. 446-449. Esa es también una idea clave en el informe de W. H. BEVERIDGE: *Full Employment in a Free Society*, Londres, George Allen & Unwin, 1954 (la primera edición es de 1944).

chos sociales, y como modelo alcanza una cierta difusión en el constitucionalismo de la segunda posguerra; en algunos casos, incluso se explicita la fórmula de Estado social (14).

Desde el final de los años setenta se da un consenso bastante extendido sobre la crisis del Estado asistencial: La crisis parece ser irreversible, dado que es el resultado de políticas públicas que tienen un efecto negativo sobre la economía; un efecto negativo permanente, y no sólo coyuntural. El diagnóstico del director de asuntos sociales de la OCDE en 1980 era muy pesimista, pero por lo menos era claro: en términos económicos, el Estado asistencial ya no funcionaba (15). El intervencionismo de los poderes públicos ha adquirido connotaciones negativas y la tendencia liberal a presentar el Estado como el Leviatán agresivo y peligroso por naturaleza se vuelve explícita. En el prefacio de un libro sobre el Estado podía leerse que el objeto central era la explicación de «how state and society interact to disappoint and render each other miserable» (16).

Si consideramos los aspectos jurídicos, hay que decir que el Estado asistencial nunca fue fácilmente aceptado por los juristas en sus rasgos más específicos. Weber nos señala que frente al movimiento obrero de principios de siglo, los juristas que simpatizaban con su causa encontraban dificultades para traducir las demandas sociales al lenguaje normativo del momento. El formalismo del Derecho (del Derecho liberal) fue criticado y hubo que pasar a menudo al campo de la ética de la justicia material, opuesto al de la legalidad

(14) La primera formulación de la noción de Estado social en el sentido que nos resulta más familiar puede encontrarse en el artículo de H. HELLER «Rechtstaat oder Diktatur?»; he utilizado la versión castellana publicada en sus *Escritos políticos*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, págs. 283-301 (págs. 288-289). Sobre la relación entre el Estado asistencial y el Estado social (*Welfare State* y *Social State*) puede verse J. DALBERG-LARSEN: *The Welfare State and its Law*, Berlín, Verlag Dr. Tesdorpf, 1987, páginas 8-16. Acerca del constitucionalismo de la posguerra y el Estado social, véase B. MIRKINE-GUETZEVICH: *Les Constitutions européennes*, París, P. U. F., 1951, 2 vols., vol. I, págs. 133 y sigs.

(15) Véase el prefacio de J. R. GASS, director de asuntos sociales, en el informe de la OCDE *The Welfare State in Crisis. An Account on the Conference on Social Policies. OECD, Paris, 20-33 October 1980*, París, OCDE, 1981, págs. 5-6. Existen puntos de vista diferentes, que establecen una conexión entre la protección social y la eficacia económica (por ejemplo, J. SEGURA: «La reforma del Estado asistencial», en *Cuadernos y debates*, núm. 2, 1987, págs. 15-40, especialmente págs. 19-20), o que presentan los vínculos de las políticas de protección social con la «razón de Estado» contemporánea (S. WOLIN: «The Political and Theoretical Connections between Staatsräson and Wohlfahrtsstaatsräson», en *Political Theory*, vol. XV, núm. 4, págs. 467-500, especialmente págs. 495-496).

(16) A. DE JASAY: *The State*, Oxford, Basil Blackwell, 1985, pág. VII.

formal (17). La constitucionalización del Estado asistencial en la forma del Estado social culmina el proceso de transformación del Derecho liberal, que ya no puede ser definido aludiendo a su neutralidad. Los derechos sociales y la propia noción de Estado social se convierten en categorías aceptables en la vida del Derecho, y se les reconoce su naturaleza jurídica. Existen sin duda algunas reticencias que señalan, muy razonablemente, los peligros de la politización de la aplicación del Derecho. Lo que ocurre es que, junto a las dudas sobre la posibilidad de que exista un Derecho no politizado, lo cierto es que las perspectivas de la aplicación del Derecho del Estado social se reducen notablemente si la cultura jurídica continúa percibiendo la Constitución sólo como un límite del poder e ignora lo que tiene de programa preceptivo para los poderes públicos (18).

3. LA CRISIS DE LA FUNCION REGULADORA

La crisis de la función reguladora aparece en el marco de una sociedad en la que prácticamente todos los ámbitos de la vida se encuentran «juridificados» en algún grado. Eso no significa negar de plano la existencia de posibles espacios de «no Derecho», en el sentido de la expresión de Carbonnier (19), sino la constatación de que existen previsiones normativas para cuestiones que anteriormente podían considerarse privadas, como la enfer-

(17) M. WEBER: *Economía y sociedad*, México, F. C. E., 1979, pág. 553 (segunda parte, cap. VIII). Véase también F. NEUMANN: «The change in the function of law in modern society», en su libro *The Democratic and the Authoritarian State, Essays in Political and Legal Theory*, Nueva York, Free Press, 1957.

(18) Sobre las reticencias expresadas, véase E. FORSTHOFF: «La trasformazione della legge costituzionale», en su libro *Stato di diritto in trasformazione*, Milán, Giuffrè, 1973, págs. 195-232 (el original alemán es de 1964); también, I. DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, págs. 81-82. Acerca de la dimensión política del Derecho, puede verse O. KAHN-FREUND: *Trabajo y Derecho*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pág. 48 (la edición inglesa de la que se traduce es de 1983). Sobre el carácter normativo de la Constitución en el Estado social, M. DOGLIANI: *Interpretazioni della Costituzione*, Milán, Franco Angeli, 1982. También, J. J. GOMES CANOTILHO: *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1982, y A. NIETO: «El positivismo jurídico y la Constitución de 1978», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 26, 1989, págs. 9-39 (págs. 9-16).

(19) Sobre los problemas de la «juridificación» (*Verrechtlichung*) véase J. HABERMAS: *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1987, 2 vols., vol. II, págs. 505-527. Sobre el «no derecho» (*non droit*), J. CARBONNIER: *Flexible droit*, París, L.G.D.J., 1969, quien lo define como «l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent» (pág. 20).

medad, o que se regulaban a partir de disposiciones genéricas del Código Civil por la vía contractual. La ampliación del ámbito de la regulación estatal produce problemas de varios tipos. En primer lugar, cuantitativos, ya que la proliferación de disposiciones acrecienta la complejidad del sistema normativo. En segundo lugar, la forma reguladora estatal por excelencia, es decir, la ley, ha sufrido grandes transformaciones. Y, finalmente, también habrá que referirse a los problemas de eficacia (20) con los que se enfrenta la regulación estatal.

a) *Sobreproducción y complejidad*

El Estado asistencial genera sobreproducción legislativa en correlación con la sobrecarga de demandas a la que se ve sometido, a la que me refería al principio del trabajo (21). Ese tipo de respuesta es obligado en el marco de un Estado que no deja de ser un Estado de Derecho, donde la acción de los poderes públicos se legitima por normas jurídicas y el legislador es el representante de la voluntad popular (22). La producción normativa del Estado asistencial es enorme, y los gobiernos conservadores de los años ochenta no la han reducido de forma significativa, contrariamente a lo que sus críticas podrían hacer suponer (23). Los poderes públicos deben actuar, pero tienen que hacerlo respetando las normas, y eso resulta complicado cuando son demasiado numerosas. La exigencia de respeto del principio de legalidad puede topar con la capacidad de reacción eficaz de los poderes públicos, lo que

(20) El lector advertirá que no empleo términos distintos para referirme a la eficacia como cualidad de las normas a las que los comportamientos sociales no contradicen, y a la eficacia como consecución de los objetivos de las normas. En este segundo caso, algunos prefieren hablar de «eficiencia», como A. CALSAMIGLIA, *art. cit.*, pág. 145.

(21) Véase T. KOOPMANS: «Legislative and judiciary. The present trends», en M. CAPPELETTI (dir. de ed.): *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Florencia, Le Monneur, 1975, págs. 309-337. También, L. FERRAJOLI: «La crisi dello Stato di diritto nella crisi dello Stato sociale», en E. FANO, S. RODOTÀ y G. MARRAMAO (coords.): *Trasformazioni e crisi del Welfare State*, Bari, De Donato/Regione Piemonte, 1983, págs. 419-429. Ferrajoli niega la especificidad del Estado social respecto al Estado de Derecho. Una aguda crítica al análisis en términos de «sobrecarga» que parte de la autonomía del sistema jurídico, L. M. FRIEDMAN: «The Limits of Law: a Critique and a Proposal», en *Diskussionbeiträge*, núm. 80, 1986, Universidad de Siegen (monográfico).

(22) Véase I. DE OTTO: «La función política de la legislación», en M. A. APARICIO (coord.): *Parlamento y sociedad civil*, Barcelona, Publicaciones de la Universidad de Barcelona, 1980, págs. 49-59. También J. HABERMAS: *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 1981, págs. 115-123 (la edición original alemana es de 1962).

(23) K. VON BEYME: «The Role of the State and the Growth of the Government», en *International Political Science Review*, núm. 1, 1985, págs. 11-34.

ocurre cuando la Constitución no establece un ámbito reservado al reglamento y no admite reglamentos *praeter legem* (24). Es verdad que el constitucionalismo contemporáneo no configura el poder normativo como una exclusiva del Parlamento, y admite la delegación legislativa en algunos casos (25); sin embargo, el problema existe y es difícil de solucionar en los Estados Unidos. Allí no ha habido más remedio que aceptar las *regulations* de las *Independent Regulatory Commissions*. Esas comisiones no se someten a la jerarquía del presidente, y el Congreso norteamericano vio cómo el Tribunal Supremo rechazaba la legitimidad constitucional de los instrumentos de control que se habían creado para supervisarlas (26). Dicho sea de paso, sería interesante plantearse hasta qué punto el debate abierto en los Estados Unidos a propósito de los «excesos» de la regulación podría explicarse por el rechazo de normas que nacen sin control ni legitimación de ningún cargo elegido. En un plano más general, se debe tener en cuenta también el elemento de inercia de toda legislación. La mayoría parlamentaria nueva no cambia siempre toda la legislación precedente, incluso si las fuerzas políticas recién llegadas al poder habían votado en su contra cuando se hallaban en la oposición (27).

Añadamos a ese panorama dos particularidades de los Estados de nuestro entorno, que refuerzan la complejidad del sistema jurídico. Por un lado, el Derecho comunitario no sólo se suma al Derecho interno, sino que plantea problemas de desarrollo y aplicación. De otra parte, se difunden los modelos emparentados con el federalismo, que incluyen una pluralidad de centros de producción de normas de ámbito infraestatal, relativas a materias preestablecidas a partir de los textos constitucionales. Por tanto, para decidir la norma aplicable ya es imprescindible tener en cuenta la materia y la competencia, y no sólo la jerarquía en abstracto. En principio, esos dos fenómenos no representan obstáculos insuperables para los Estados, ya que no son un elemento imprevisto; la dispersión de la función reguladora está en el desarrollo de

(24) Véase A. NIETO: *La organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel, 1984, especialmente págs. 51-78.

(25) Véanse B. MIRKINE-GUETZEVICH: *op. cit.*, vol. I, págs. 18-29, y A. GALLEGO ANABITARTE: *Ley y reglamento en el Derecho público occidental*, Madrid, IEAL, 1971, págs. 217-219 y 335-340.

(26) He tratado ese problema en X. ARBÓS: «Un hito en la jurisprudencia constitucional norteamericana: la sentencia 'Immigration and Naturalisation Service vs. Chadah' y el 'legislative veto'», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 34, 1984, págs. 229-236. Una descripción general de los problemas de la *deregulation* en los Estados Unidos puede encontrarse en V. A. SCHMIDT: «La dérégulation aux Etats Unis», en *Revue française d'Administration publique*, núm. 41, 1987, págs. 115-127.

(27) R. ROSE: «Inheritance before Choice in Public Policy», en *Journal of Theoretical Politics*, núm. 3, 1990, págs. 263-291 (pág. 268).

algunas Constituciones y en las obligaciones que comporta la adhesión a las Comunidades Europeas. En realidad, se dan colisiones entre esas normas comunitarias y autonómicas de un lado y la legislación estatal de otro. La claridad de un cierto modelo liberal en la que la ley tenía la fuerza de ser la «expresión de la voluntad general» parece haberse empañado. Si la norma autonómica tiene la legitimidad de su Parlamento, no puede decirse lo mismo del Derecho comunitario en la fase actual de las instituciones europeas; sin embargo, la norma estatal debe ceder ante él (28).

b) *Transformación de la ley*

La sobreproducción aumenta la complejidad del orden normativo contemporáneo, y es a la vez la dimensión más visible de la crisis de la función reguladora. Pero además esa crisis tiene un perfil interno y más cercano al jurista, determinado por el cambio de modelo de la ley. La ley ya no se caracteriza por el alcance general de su mandato, y podemos ver cómo la legislación contemporánea presenta un elevado número de «leyes especiales» y de «leyes singulares». Esos nuevos tipos tienen un alcance deliberadamente limitado (29). Las leyes especiales chocan con la concepción liberal del Derecho: limitan la libertad contractual y se orientan hacia objetivos impuestos a las decisiones de los individuos. Además, a menudo se convierten en estatutos de los grupos sociales a los que la ley se dirige, y que encuentran en la ley espe-

(28) Véase R. CARRÉ DE MALBERG: *La loi, expression de la volonté générale*, París, Economica, 1984 (reimpresión del texto publicado en París por Sirey en 1931). Sobre los problemas que conlleva la distribución del poder normativo, es interesante P. BARCELLONA: *I soggetti e le norme*, Milán, Giuffrè, 1984 (núm. 16 de la «Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno»), especialmente págs. 142-143, y más en general, J. J. GONZÁLEZ ENCINAR: *El Estado unitario-federal*, Madrid, Tecnos, 1985, y A. LA PÉRGOLA: *Constitución del Estado y normas internacionales*, México, UNAM, 1985.

(29) Sobre la crisis de la codificación, véase N. IRTI: *L'età della codificazione*, Milán, Giuffrè, 1979, y B. CLAVERO: «Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 18, 1989, págs. 79-145 (págs. 124-134). Sobre la diversificación formal de la ley, M. GARCÍA PELAYO: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1977, págs. 162-163. Sobre las leyes singulares, G. ARIÑO ORTIZ: «Leyes singulares, leyes de caso único», en *Revista de Administración Pública*, núm. 118, 1989, págs. 57-101. Empleo las nociones de «ley especial» y «ley singular» de forma distinta a la utilizada por I. DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, op. cit., págs. 179-180. La doctrina del Tribunal Constitucional afirma la constitucionalidad de las leyes singulares bajo ciertas condiciones: que responda a la singularidad de las circunstancias de hecho y que sea un medio razonable para obtener el resultado querido por el legislador; resultado que, a su vez, debe ser admisible por la Constitución (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FFJJ 10 y 11).

cial el instrumento idóneo para alcanzar objetivos que sin ella hubieran tenido que alcanzar por vía contractual en el marco general del Código Civil. Por otra parte, las leyes especiales son también el resultado de las negociaciones entre los grupos de interés y las autoridades públicas (30), y ese tipo de normas podría llegar a establecer un Estado de Derecho que fuera en realidad el del gobierno de los intereses privados. La literatura sociológica en inglés ha atribuido a ese tipo de gobierno unas siglas ciertamente expresivas: P. I. G. (Private Interest Government); en todo caso, la legislación a la que me refiero es la que parece corresponder al modelo de sociedad corporativa que tiende a imponerse en los países occidentales (31). Las leyes singulares, por otra parte, tienen un alcance aún más reducido, incluso individual. La regulación que establecen no tiene carácter general, y puede llegar a designar los casos concretos en los que debe aplicarse (32).

Tanto las leyes singulares como las leyes especiales plantean problemas comunes que afectan a la idea misma de Estado de Derecho, de forma particularmente aguda en el caso de las leyes singulares. Si se adopta la posición que identifica Estado de Derecho y garantía de la libertad individual, la pérdida del carácter general y abstracto de la ley puede considerarse una desnaturalización del propio papel de la ley. La autodeterminación individual se desarrolla por la vía del contrato, y esa vía se bloquea desde el momento en que la ley toma en consideración los casos particulares. La ley gana así en arbitrariedad lo que pierde en abstracción (33). Si esas leyes especiales o particulares responden a mandatos de la Constitución para que los poderes públicos encaminen su acción al logro de la igualdad material entre los ciudadanos, como en la Constitución italiana (art. 3) y española (art. 9.2), entonces las objeciones se trasladan a la Constitución misma. Cuando la perspectiva se centra en la dimensión democrática del Estado de Derecho, en cuanto que la ley es el producto de un Parlamento representativo (34), la elaboración casi contractual de la ley con los grupos de interés se contradice con la idea según la cual la ley es la expresión de la voluntad general o, cuando menos, de la mayoría de los ciudadanos. De todos modos, la vinculación entre ley y volun-

(30) N. IRTI, *op. cit.*, págs. 27-28.

(31) S. GINER: «Clase, poder y privilegio en la sociedad corporativa», cap. 3, de su libro *Ensayos civiles*, Barcelona, Península, 1987, págs. 79-135, en especial págs. 103-112.

(32) G. ARIÑO ORTIZ, *op. cit.*, pág. 57.

(33) Véase F. A. HAYEK: *The Constitution of Liberty*, Chicago, Chicago University Press, 1960, págs. 153-154.

(34) Sería una de las notas características del Estado de Derecho en la perspectiva de E. DÍAZ: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1981 (la primera edición es de 1966).

tad ciudadana aparece como un ideal cada vez más difícil de verificar. Las negociaciones comportan la reducción de la transparencia de la ley y la pérdida de la publicidad de su producción, aspecto este último de una cierta importancia desde la perspectiva liberal (35). Además, para la técnica legislativa (36), esas leyes negociadas plantean dificultades importantes. El procedimiento se prolonga por la necesidad de escuchar a las organizaciones, que, a su vez, deben crear acuerdos internos. Esa extensión del procedimiento puede ser el precio de un consenso que garantice la eficacia de la ley elaborada con esos criterios, ya que el consenso más valioso es el de los más directamente afectados. Pero el interés social puede exigir ante todo una respuesta inmediata, y la calidad técnica de la ley (su coherencia tanto interna como respecto al sistema normativo) puede degenerar en una serie de remiendos inaplicable. Claro que se puede pensar que la aplicabilidad y la eficacia no es siempre lo que más se busca por los legisladores, quienes se encuentran a menudo sometidos a la tentación de producir «leyes espectáculo» que aseguran la satisfacción de la opinión pública, pero que acrecientan quizá innecesariamente la complejidad del sistema normativo (37).

La transformación de la ley y la pérdida de su generalidad se traducen en la fragmentación del sistema jurídico y en la existencia de normativas específicas para determinados sectores de la sociedad (38). Georges Burdeau presentó tangencialmente ese problema al aludir a la incapacidad de las Constituciones para regir la vida colectiva (39), y no parece que la situación se modifique en los casos en los que la eficacia de la Constitución está garantizada por la existencia de Tribunales Constitucionales. Por otra parte, la evolu-

(35) Véase J. BENTHAM: *Tactique des Assemblées politiques délibérantes*, cap. 3: «De la publicité», págs. 382-389 del vol. I de sus *Oeuvres*, reimpresión de la edición de Bruselas de 1829, trad. de P. E. L. Dumont y B. Laroche, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1969.

(36) Véase G. U. RESCIGNO: «Appendice» (fragmentos del informe al Parlamento italiano sobre la mejora de las leyes), en R. PAGANO (coord.): *Normative europea sulla tecnica legislativa*, 2 vols., Roma, Camera dei Deputati, 1988 (colección «Quaderni di documentazione», núm. 10), vol. I, págs. 349-365 (pág. 357).

(37) N. NITSCH: «L'inflation juridique et ses conséquences», en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. XXVIII, 1982, págs. 161-179 (págs. 167-169).

(38) Una visión futurista puede verse en P. C. SCHMITTER: «Neocorporatismo y Estado», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 31, 1985, págs. 47-78 (págs. 72-73).

(39) G. BURDEAU: «Une survivance: la notion de Constitution», en la obra colectiva *L'évolution du droit public. Études en honneur d'Achille Mestre*, París, Sirey, 1956, págs. 53-62 (págs. 57-58). Es interesante compararlo con G. BURDEAU: «Constitution, droits de l'homme et 'changement'», en la obra colectiva *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, 2 vols., Padua, CEDAM, 1985, vol. II, págs. 119-126.

ción del sistema normativo se ha acelerado sin una aparente lógica unitaria de desarrollo, quizá por el intento de responder a las demandas que se generan en la sociedad y que los grupos de interés presentan. La estabilidad ha dejado de caracterizar al mundo del Derecho, como se pudo creer en los tiempos en los que el Código Civil parecía reinar de forma indiscutida. Cada día es más difícil conocer el Derecho vigente y el Derecho aplicable, lo que no deja de tener consecuencias para la seguridad jurídica. La «certeza de la ley» (40) debe buscarse por encima de ella: «La certezza di ieri era fondata su ciò che la norma diceva; la certezza di oggi su ciò che la norma ordinaria *non può* dire (per il controllo di legittimità costituzionale), o *deve* dire (in adempimento di obblighi, imposti dalle norme costituzionali agli organi legislativi)» (41). En este sentido, hay que señalar que la certeza del Derecho y la racionalidad y coherencia del sistema normativo sólo parecen posibles tras la formulación definitiva de la norma que se realiza por la jurisdicción constitucional. En los casos en los que ese control se puede dar solamente después de la entrada en vigor de la ley, las decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes tienen normalmente efectos *ex nunc*, incluso en la República Federal Alemana (42). Ocurre, sin embargo, que los Tribunales Constitucionales no siempre se limitan a una función meramente nomofiláctica en los fallos que declaran la inconstitucionalidad. Si en esos casos hay razones para considerar que la sentencia constitucional es fuente de Derecho, ya que el sistema normativo se modifica tras el fallo, con mayor fundamento puede entenderse que las sentencias del Tribunal Constitucional son fuente de Derecho cuando corresponden al tipo de las llamadas «sentencias interpretativas» (43),

(40) Véase F. LÓPEZ DE OÑATE: *La certezza del diritto*, Milán, Giuffrè, 1968, especialmente págs. 45-78.

(41) N. IRTI, *op. cit.*, págs. 95-97; la cita es de la pág. 97. Sobre este asunto, la Asociación Internacional de Derecho Constitucional organizó un coloquio en Varsovia bajo el título «El papel del Derecho constitucional en la prevención de la inflación normativa». Véase también C. DEBBASCH (coord.): *L'inflation législative et réglementaire en Europe*, París, C. N. R. S., 1986.

(42) Sobre el caso de la jurisprudencia constitucional alemana, véase R. BOCANEGRA SERRA: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, IEAL, 1982, págs. 240-248. Véase, en general, A. J. PORRAS NADALES: «El Derecho intervencionista del Estado», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 63, 1989, págs. 65-92 (pág. 81). La doctrina de la jurisprudencia constitucional española se expone con claridad en la STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11.

(43) Para no extenderme demasiado, sólo me refiero brevemente a las «sentencias interpretativas»; prefiero no detenerme en los problemas de las sentencias que formulan recomendaciones al legislador. No examino tampoco las llamadas «sentencias manipulativas», entendiendo por tales las que declaran la inconstitucionalidad de un precepto imponiendo condiciones de contenido concretas para admitir en el futuro la constitu-

como, por ejemplo, la STC 214/1989, de 21 de diciembre. En ellas, el fallo no se limita a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un precepto, sino que declara su constitucionalidad a condición de que se interprete en un determinado sentido o de que no se interprete de una determinada manera. Con estas premisas, parece claro que el Tribunal Constitucional actúa como órgano nomotético y que los fallos de esas sentencias son fuente de Derecho. Una fuente que, en este caso por lo menos, contribuye a aumentar la complejidad del sistema normativo y quizá a oscurecer la certeza del Derecho, aun siendo un mal menor respecto a la solución quirúrgica que comporta toda sentencia de inconstitucionalidad.

La función reguladora de los poderes públicos parece, pues, encontrarse en una crisis que cabría atribuir a la complejidad del sistema normativo. Se diría que el Estado contemporáneo se encuentra a veces paralizado por dos fuerzas contradictorias: por una parte, la de los límites impuestos por el sistema normativo que él mismo ha generado y que los poderes públicos deben respetar cuando desean hacer efectiva una decisión (44); por otra, la fuerza de las demandas que se presentan por quienes como electores podrán juzgar a los gobernantes tanto desde el punto de vista del respeto de las normas como de la eficacia. La legalidad, recordémoslo, es un componente indispensable del Estado de Derecho y los poderes públicos ejercen su autoridad dentro del respeto de las normas; la legalidad es, pues, un factor decisivo de la

cionalidad de la normativa que se adopte (por ejemplo, la controvertida STC 53/1985, de 11 de abril, en su FJ 12); podría argumentarse que, aun sin añadir nada nuevo al sistema normativo, sí lo modifican, en la medida en que excluyen de sus elementos, en el caso del control *a posteriori*, y desde luego condicionan su desarrollo futuro. Véase F. RUBIO LLORENTE: «La jurisdicción constitucional como fuente de creación de Derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 1988, págs. 9-51 (especialmente págs. 30-36). En general, sobre la tipología de las sentencias de las que trato, G. ZAGREBELSKY: *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1988 (segunda edición), págs. 292-320; es interesante compararla con la que propuso en la primera edición (1977) de igual título, ciudad y editorial, págs. 150-165.

(44) J. SUBIRATS: *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*, Madrid, INAP, 1989, pág. 26, afirma que «la 'jungla normativa' permite todo tipo de adecuación 'al caso' de la normativa, aplicando la más conveniente, ignorando la que no interesa o supliendo una determinada laguna por una interpretación *ad hoc*». Esa imagen podría matizarse teniendo en cuenta los controles de constitucionalidad y legalidad, que deben asegurar la coherencia vertical de la jerarquía del orden normativo ideal. En todo caso, también podría decirse que si la jungla normativa permite que los administradores hagan cualquier cosa, porque siempre encuentran una norma que los ampara, también permite a la jurisdicción anular cualquier decisión, pues sería siempre posible encontrar una norma infringida. Véase M. CROZIER y E. FRIEDBERG: *L'acteur et le système*, París, Seuil, 1977, págs. 88-90.

legitimidad del poder. Pero también es posible determinar la legitimidad en relación con la eficacia de la acción de los poderes públicos (45), y desde el momento en que esa acción se desarrolla a través de normas parece necesario preocuparse por la relación entre las normas y la incidencia social de las decisiones que a través de ellas se manifiestan.

c) *Eficacia de la regulación estatal*

Al plantear la cuestión de la eficacia de las normas no es posible evitar la mención de un problema crucial en la ciencia del Derecho (46), y es precisamente el considerar o no interesante para los juristas lo que ocurre con las leyes que redactan, comentan y aplican. Se trata de la decisión de considerar o no como parte del objeto del conocimiento de los profesionales del Derecho algo de lo que ocurre fuera del universo normativo que centra sus preocupaciones. Yo creo que esa opción no debe descartarse por principio: una convención tan respetable como la que se desprende de la clasificación de la Unesco sitúa al Derecho entre las ciencias sociales, y hace quince años la propia Unesco propició la publicación de un informe en el que se incluían entre las teorías del Derecho algunas cuyo objeto era más amplio que el estricto sistema normativo (47). Quizá haya buenas razones para considerar el estudio de la eficacia social de las normas como una tarea parajurídica o

(45) Sobre el binomio legitimidad/eficacia, véase S. M. LIPSET: *Political Man*, Nueva York, Doubleday & Co., 1960, págs. 77-83, y más recientemente, SALVADOR GINER y XAVIER ARBÓS: *La governabilitat i l'esdevenidor de les societats modernes*, Barcelona, Ed. 62, 1990, págs. 21-41. Los políticos conocen el problema; véase, por ejemplo, cómo M. ROCARD presentaba la «performance» y la «legitimité» como los dos imperativos de la acción política en su libro *Le coeur à l'ouvrage*, París, Odile Jacob, 1987, pág. 151. Entre nosotros, JORDI PUJOL incitaba a los nuevos miembros del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña a combinar «patriotismo» y «eficacia» (*La Vanguardia* de 8 de julio de 1988, pág. 17).

(46) Empleo la expresión «ciencia del Derecho» con todas las reservas que se imponen al aludir a la cientificidad del saber jurídico. Una crítica muy fundada a la pretensión de rango científico para el saber de los juristas la ofrece R. HERNÁNDEZ MARÍN: *Teoría general del Derecho y de la Ciencia Jurídica*, Barcelona, PPU, 1989, páginas 455-473; en la pág. 468 las críticas apuntan más directamente a posturas muy respetadas entre los que enseñamos Derecho constitucional. En cuanto al problema general, puede verse también V. VILA: *Teorie della scienza giuridica e teoria delle scienze naturali*, Milán, Giuffrè, 1984.

(47) Por citar una visión muy conocida, K. LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, pág. 183 (traducción de la cuarta y definitiva edición alemana, de 1980). El informe de la Unesco fue redactado por V. KNAPP: *La scienza del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1978, especialmente págs. 49-72; el prefacio de M. S. GIANNINI es muy interesante, sobre todo las págs. XXXI-XLVII.

algo ajeno y complementario; a mí me parece que esas actitudes dificultan el conocimiento del Derecho, de su dimensión social y de su función. Rudolf von Ihering decía que el Derecho «representa la forma de la garantía de las condiciones de vida de la sociedad, asegurada por el poder coactivo del Estado» (48).

La historia contemporánea ha dado argumentos a los escépticos acerca de la capacidad del Derecho para condicionar las conductas de determinados actores sociales. Por un lado, la función limitadora y garantista del Derecho resistió mal los embates del despiadado totalitarismo nazi (49). Por otro, y muy particularmente en el Estado social, se supone que el Derecho es un instrumento capaz de introducir algún cambio en la sociedad (50). Asistiendo a la evolución de la democracia en la Europa del Este, parece que se aceptan las virtudes del Estado de Derecho a la hora de limitar al poder político; cualesquiera que sean sus debilidades, su falta es demasiado dura de soportar. En cambio, siguen planeando muchas dudas acerca de la efectividad del Derecho como instrumento capaz de incidir eficazmente en la vida social. La acción del poder político se desarrolla *sub specie iuris*, sin que la eficacia técnica de las normas pueda presentarse como el primer valor. Desde el punto de vista jurídico, lo que se tiene en cuenta de una decisión es su validez y la regularidad jurídica de su puesta en práctica. Pero la racionalidad jurídica no se corresponde con la racionalidad técnica. Si acudimos a los conocidos modelos weberianos, podríamos afirmar que el Derecho actúa de acuerdo con criterios de racionalidad, mientras que la eficacia social se pondera desde el punto de vista de la racionalidad material (51). El sistema normativo está

(48) Sé que con eso toco muy superficialmente posiciones que merecen mayor atención, como las que centran el debate acerca de la autonomía del Derecho. Pueden compararse N. LUHMANN: «Law as a Social System», en *Northwestern University Law Review*, núms. 1-2, 1988-89, págs. 136-151, y J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de Derecho administrativo*, Madrid, Centro de Estudios «Ramón Areces», 1988, pág. 298. La cita es de R. VON IHERING, *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1978, pág. 213 (la primera edición alemana es de 1886).

(49) Y eso llevó a hablar de la «muralla mágica» a O. KIRCHHEIMER: «The 'Rechtsstaat' as a Magic Wall», en K. H. WOLFF y B. MOORE, Jr. (dirs. de ed.): *The Critical Spirit. Essays in Honor of Herbert Marcuse*, Boston, Beacon Press, 1967, págs. 287-312.

(50) Sobre el Derecho como instrumento de ingeniería social, véanse E. ZULUETA PUCEIRO: «La función del Derecho en el Estado social», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 6, 1983, págs. 555-568 (pág. 567), y C. OFFE: «Reflections on the welfare state and the future of socialism» (entrevista con D. Held y J. Keane en 1982), en su obra *Contradictions on the welfare state*, Londres, Hutchinson, 1984, págs. 252-299 (págs. 280-281).

(51) Véanse, en general, M. GARCÍA PELAYO: *Burocracia y tecnocracia*, Madrid, Alianza Editorial, 1982 (la primera edición es de 1974), y G. BERTI: *Diritto e Stato*.

ordenado jerárquicamente de forma bastante rígida, mientras que las regulaciones técnicas se articulan según los problemas que deben resolver, sin criterios externos de jerarquía que las determinen. La utilidad prevalece sobre otros criterios.

No hay que sorprenderse, pues, de que el legislador delegue la concreción de sus mandatos a los expertos de la Administración que se supone que son capaces de formular la regla más adecuada para la obtención de un resultado práctico, y que conocen los objetivos a los que conviene apuntar a corto plazo para conseguir un resultado en el futuro. La circular es un instrumento que se utiliza con frecuencia, aunque en principio sus efectos deban limitarse a la Administración (52). Sin embargo, parece claro que no dejan de tener efectos externos, y no pequeños, si sus destinatarios son los bancos privados o la Bolsa, y, por otro lado, la infracción de las mismas puede acarrear sanciones (53). La regulación que resulta de esos textos no se inserta fácilmente en la jerarquía normativa según la visión más habitual, si se sigue sosteniendo que carecen de efectos externos. Ello resulta aún más complicado cuando son el resultado de una habilitación normativa concedida a autoridades que gozan de una gran independencia, como el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En esos casos, y posiblemente en otros, los autores

Riflessioni sur cambiamento, Padua, CEDAM, 1986, pág. 90. Sobre los modelos weberianos, P. S. COHEN: «Rational conduct and the social sciences», en S. I. BENN y G. W. MORTIMORE (dirs. de ed.): *Rationality and the social sciences*, Londres, Henley y Bostón, Routledge and Kegan Paul, 1976, págs. 132-154 (págs. 133-135). No hay que olvidar que en un Estado de Derecho el principio de legalidad obliga a razonamientos fundados en normas, y en este sentido se trata de razonamientos «cerrados», según L. W. FRIEDMAN: *Law and Society. An Introduction*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1977, págs. 80-83.

(52) Para un planteamiento general de ese problema, puede ser útil M. BAENA DEL ALCÁZAR: «Instrucciones y circulares como fuente del Derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 48, 1965, págs. 105-126. Véase también J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, págs. 727-732. La jurisprudencia constitucional afirma que, «aunque se trata de algo elemental y de pacífica aceptación, es conveniente referir aquí que las denominadas instrucciones (al igual que las circulares) no alcanzan propiamente el carácter de fuente del Derecho, sino tan sólo el de directivas de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados» (STC 26/1986, de 19 de febrero, FJ 1).

(53) Véanse la Ley 24/1988, de 28 de julio (Aranzadi 1644), sobre la regulación del mercado de valores, art. 15, y la Ley 26/1988, de 29 de julio (Aranzadi 1656), sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, art. 1.5. Sobre los problemas suscitados en esas leyes, siguen siendo útiles los trabajos de J. R. PARADA VÁZQUEZ: «Valor jurídico de la circular», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 2, 1981, páginas 311-320, y de T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Los poderes normativos del Banco de España», en *Ibid.*, núm. 13, 1984, págs. 7-32.

de la regulación no están sometidos a la autoridad política, que, a su vez, podría ser considerada en última instancia responsable frente a los legisladores elegidos. A eso podría responderse que, si bien escapan a la jerarquía política, las normas que generan permanecen en el marco de la jerarquía normativa; al fin y al cabo, gozan de una habilitación que las mantiene dentro del sistema. Pero en cualquier caso, la jerarquía se queda en el plano de la teoría en toda relación en la que dos sujetos diferentes deben ocuparse respectivamente de la decisión y de la ejecución. Como muestra Blankenburg (54), formular una decisión requiere anticipar los problemas de su ejecución para fijar directivas claras, y los encargados de la ejecución con los mejor situados para elegir los problemas que desean que se tengan en cuenta en la decisión «superior».

La clave sería entonces el control, e inmediatamente uno piensa en los jueces: ellos son quienes aseguran el respeto a las normas. Ocurre que suelen partir de la presunción de que el acto normativo que se somete a su consideración respeta el principio de legalidad, y existe el riesgo de que los jueces lleven esa presunción hasta el punto de ceder sus funciones de interpretación y aplicación de las leyes en favor de las normas inferiores e, indirectamente, de las autoridades que las producen (55). Parece, pues, que la definición de la ley por el legislador y su aplicación por los jueces no son capaces de asegurar la eficacia de las normas en el proceso de su ejecución. La supremacía del legislador democrático respecto a la Administración tiene grandes debilidades, y no se aperciben otras instancias de control cuya eficacia ofrezca más garantías que la supremacía del legislador o las facultades del juez.

G. E. Frug (56) escribió un extenso artículo acerca de las posibilidades

(54) E. BLANKENBURG: «The Waning of Legality in the Concept of Policy Implementation», en *Law & Policy*, núm. 4, 1984, págs. 481-491 (especialmente pág. 490). Véanse también J. SUBIRATS: «El papel de la burocracia en el proceso de determinación e implementación de las políticas públicas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 25, 1989, págs. 67-76. Una visión menos pesimista, I. MARINO: «Aspetti giuridici della programmazione: programmazione e mete sociali», en *Diritto e Società*, núm. 1, 1990, págs. 21-53 (págs. 28-31).

(55) Véase J. PRIEUR: «Jurisprudence et séparation des pouvoirs», en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. XXX, 1985, págs. 117-130, que aborda el problema de las circulares en la pág. 121. También, S. MUÑOZ MACHADO: *La reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley, 1989, págs. 109-111. Sobre el carácter *iuris tantum* de la presunción de legalidad de los actos administrativos y el principio *favor acti* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, véase J. A. SANTAMARÍA PASTOR y L. PAREJO ALFONSO (coords.): *Derecho administrativo. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Centro de Estudios «Ramón Areces», 1989, págs. 269-299.

(56) G. E. FRUG: «The Ideology of Bureaucracy in American Law», en *Harvard Law Review*, núm. 6, 1984, págs. 1276-1388.

de controlar las burocracias, y creo que es útil recordar alguno de sus aspectos. Aunque se centre en los Estados Unidos, sus afirmaciones pueden proyectarse a nuestro ámbito, y las referencias genéricas a las burocracias pueden cubrir también la actividad normativa de las mismas. Este autor presenta dos modelos de control junto al modelo formal de control de los legisladores sobre los administradores y al modelo jurisdiccional. El modelo basado en la pericia técnica funciona internamente, basado en el orgullo profesional y corporativo de los administradores. Estos se controlarían entre sí para velar por la calidad y el prestigio de la profesión, que se basa en la eficacia. La viabilidad de ese control sería facilitada por la predisposición psicológica de quienes ponen su sentido de la responsabilidad profesional por encima de cualquier otro vínculo (57). Sin embargo, ese control interno que actúa gracias al sentido del deber de los profesionales parte de una premisa: sólo es posible tomando como referencia la eficacia material según los criterios propios del saber de la profesión (58), y esos parámetros tienen una validez científica discutible tanto en la ciencia de la administración como en las ciencias sociales en general. Frug cita a Alasdair Macintyre, quien considera el concepto de eficacia generencial una ficción moral, que se mantiene gracias a las capacidades histriónicas de los burócratas (59). El otro modelo presentado por Frug es el modelo «pluralista» (60): los administradores están sometidos al legislador, pero deben admitir igualmente la participación de los interesados en los procesos de toma de decisiones. Las dificultades de ese modelo son muy serias: hay que determinar la condición de interesado, decidir quién representa a cada grupo de interés y bajo qué criterios, y establecer las normas

(57) Podría evocarse aquí el llamado «efecto Becket» por B. FRANÇOIS: «Le juge, le droit et la politique», en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 1, 1990, páginas 49-69 (pág. 54), para explicar la preeminencia de la función institucional. B. François recuerda el caso de Thomas Becket, quien prefirió servir los intereses de la Iglesia antes que a su antiguo protector.

(58) M. WEBER, *op. cit.*, págs. 179-180, donde se refiere a la racionalidad material. La definición y aplicación del Derecho contemporáneo integra a menudo valores y objetivos sociales, lo que constituye una de sus características, según L. D. ERIKSSON: «Conflicting Tendencies in Modern Law», en *Rechtstheorie*, núm. 2, 1989, págs. 153-162 (pág. 154).

(59) A. MACINTYRE: *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 1987, págs. 138, 139 y todo el capítulo octavo (la primera edición en inglés es de 1984). No comparto la radicalidad de la crítica de Macintyre, pero me parece digna de atención.

(60) De hecho, Frug presenta en el mismo plano el modelo «de mercado» en relación con el control sobre los gerentes de empresa, y el modelo «pluralista» (art. cit., págs. 1355-1377), y no considera que sean modelos de control efectivo. Véase, a este respecto, L. COHEN-TANUGI: *Le Droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique*, París, P. U. F., 1987, págs. 116-121.

del proceso de toma de decisiones. Además, a los eventuales interesados no siempre les alcanza la información, especialmente cuando se trata de grupos marginales. Así, resulta dudosa la operatividad de un procedimiento de control mediante la participación, si éste depende de la difusión de la información y de la disponibilidad para la participación o la movilización de los interesados. Unos interesados a los que, por otra parte, no siempre resulta fácil caracterizar en cuanto tales y cuyos representantes no suelen ser elegidos por procedimientos transparentes.

4. CONCLUSION

Se atribuye a Ronald Reagan una frase que podría ser la conclusión sintética del liberalismo más radical: «El gobierno no es la solución; es el problema.» Dicho con otras palabras: la intervención pública es ineficaz cuando no es perversa. En las páginas precedentes he tratado de describir la crisis de la regulación estatal; una crisis anunciada a principios de siglo por Durkheim y Santi Romano y a la que el desarrollo normativo del Estado asistencial pareció contradecir. Hoy, la regulación estatal es vista con sospecha: parece excesiva o superflua, y se buscan fórmulas de regulación distinta: «L'État, les groupes, les associations et les organisations bureaucratiques chercheraient de plus en plus à atteindre leurs objectifs de coordination et de contrôle par des modes de régulation plus 'neutres' (la technique...) et/ou plus axiologiques (la morale...) que les modes de régulation juridique» (61). Estas líneas expresan el deseo de aligerar a la sociedad del peso de la regulación estatal, aunque no aclaran si la regulación no estatal dejará de ser jurídica y si será forzosamente más liviana. En todo caso, la autorregulación ha entrado a formar parte de una cierta utopía social volviendo a dar actualidad a la idea de «Derecho social» de Georges Gurvitch (62). Sin embargo, el propio Gurvitch dice que «la validité du droit social ne s'étend pas plus loin que les limites du groupe qu'il intègre» (63), lo que por sí solo no despeja las

(61) J. G. BELLEY: «L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique», en *Sociologie et Sociétés*, núm. 1, 1986, págs. 11-32 (págs. 30-31).

(62) Véase P. ROSANVALLON: *La crise de l'État-providence*, París, Seuil, 1981, pág. 116.

(63) Esa frase se encuentra en la misma obra a la que hace referencia P. Rosanvallon, G. GURVITCH: *L'idées du droit social*, París, Sirey, 1932 (he empleado la reproducción publicada en Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1972), en la que la noción de Derecho social se encuentra en las págs. 15-35 y la cita en la pág. 21. Sobre este punto

dudas sobre el Derecho estatal como posible Derecho común. Un modelo «desregulador» extremo puede llevar a pensar en una especie de federación de grupos sociales autorregulados, y eso daría la imagen jurídica de la fragmentación corporativista de la sociedad. Una imagen que, desde mi punto de vista, mantiene vacíos inaceptables en la medida en que problemas como los de la protección del medio ambiente y la defensa del consumidor no podrían encontrar una solución efectiva de acuerdo con criterios de mercado (64).

El Derecho de los Estados que se empiezan a llamar «post-sociales» (65) es objeto de un importante debate. El Derecho estatal ya no es útil como instrumento de transformación profunda de la sociedad. Si no se acepta que la regulación social sea el resultado de la evolución espontánea, y se considera imposible la planificación, la vía intermedia puede estar representada por quienes piensan que el Derecho puede ser un instrumento para pilotar la evolución de la sociedad sin aspirar a determinarla (66). Como alternativa a la regulación sustantiva, la regulación estatal debería limitarse a ofrecer normas de procedimiento, dejando a los individuos y a los grupos la determinación de los contenidos (67). Las perspectivas de la regulación estatal son suficientemente preocupantes, y toda búsqueda de reforma o alternativa merece seguirse con atención. Las dificultades, con todo, creo que siguen siendo casi las mismas. Por una parte, las normas de procedimiento pueden hacer avanzar la regulación estatal en ámbitos de los que estaba ausente (68), sin que se evite la regulación jurisprudencial. Por otro lado, se intuyen fácilmente campos en los que esa normativa centrada en el procedimiento y rebajada de regulaciones

de las reflexiones de Gurvitch, véase E. FERNÁNDEZ: «Derecho social, democracia y pluralismo en G. Gurvitch», en *Sociología y psicología jurídicas*, 1987, págs. 5-17.

(64) R. MARTÍN MATEO: *Liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración*, Madrid, Trivium, 1988, págs. 86-97.

(65) A. J. PORRAS NADALES: *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, Barcelona, PPU, 1988. Una perspectiva general en G. TEUBNER (dir. de ed.), *op. cit.*

(66) H. WILKE: «Diriger la société par le droit?», en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. XXI, 1986, págs. 189-214. Wilke excluye la posibilidad de controlar directamente los subsistemas de las sociedades complejas mediante políticas administrativas o jurídicas (pág. 205), y puede entenderse que entre esos subsistemas se encuentran la Economía y el Derecho (pág. 191). No parece, pues, que quepa albergar muchas esperanzas en cuanto a las capacidades del Derecho.

(67) U. K. PREUSS: «La crisis del mercado de trabajo y las consecuencias para el Estado social», en J. CORCUERA ATIENZA y M. A. GARCÍA HERRERA (coords.): *Derecho y Economía en el Estado social*, Madrid, Tecnos, 1988, págs. 71-94 (pág. 91). Véase también G. TEUBNER: «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», en *Law and Society Review*, núm. 2, 1983, págs. 239-285.

(68) E. BLANKENBURG: «The Poverty of Evolutionism: A Critique of Teubner's Case for 'Reflexive Law'», en *Law and Society Review*, núm. 2, 1984, págs. 273-289 (pág. 285).

sustantivas no sería capaz de evitar consecuencias socialmente indeseables. Ya he mencionado la protección del medio ambiente y del consumidor; me cuesta imaginar que la fijación de mínimos de calidad o de contaminación pueda hacerse efectiva a partir de normas de procedimiento. Y en cuanto al Derecho del trabajo, creo que Romagnoli tiene razón cuando dice que «la déréglementation dans ses différentes acceptations, implique moins en fait une diminution du nombre des règles existants qu'une modification des rapports existant entre leur sources» (69).

Menos regulación estatal no significa necesariamente menos regulación sustantiva. Me temo que las posturas extremas pueden llevar a fórmulas de regulación más injustas y peligrosas para el bienestar social. Las críticas a la inflación normativa y a sus consecuencias han apuntado no sólo al número, sino también al origen estatal de las normas. En este caso, no creo que el mal deba atacarse por la raíz. La raíz, el Estado, es la única plataforma que se mantiene apta para definir el interés común, y que sigue disponiendo del instrumental jurídico para concretar y satisfacer de acuerdo con criterios democráticos los intereses comunes y los intereses de la mayoría. Renunciar a la regulación estatal, sin tratar de curar sus males, me parece un peligro mayor que la persistencia de la crisis.

(69) U. ROMAGNOLI: «La déréglementation et les sources du droit du travail», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 1, 1990, págs. 9-25 (pág. 18).