

EL DERECHO REGULATIVO (*)

Por ANTONIO J. PORRAS NADALES

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO INTERVENCIONISTA EN EUROPA Y SU DIALÉCTICA DE FRONTERAS.—3. DESBORDAMIENTO DE FRONTERAS Y TIERRA DE NADIE.—4. EL DERECHO REGULATIVO. EL PROBLEMA DE SU UBICACIÓN.—5. LAS POSIBLES CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO REGULATIVO.

1. INTRODUCCIÓN

Bajo el concepto general de regulación o derecho regulativo se viene aludiendo habitualmente a un tipo de normativa vinculada a la ordenación del mercado y de su sistema de competencia, afectando generalmente a grandes sectores económicos cuyo desarrollo o presencia significativa en el mercado suele ser a veces relativamente reciente: ya sean —lo que sucede con frecuencia— sectores recientemente privatizados, o bien nuevos sectores emergentes de la economía, caracterizados por una espontánea desregulación de partida, como sucede en el ámbito de las telecomunicaciones o de las nuevas tecnologías (1). Se trataría, pues, de una esfera jurídica orientada predominantemente en un sentido de configuración activa de las condiciones generales del mercado; aunque en la práctica, debido a la propia evolución de los sectores «regulados», se suelen generar a veces

(*) El presente trabajo fue presentado como ponencia en el seminario «Retos del Derecho Constitucional en el siglo XXI», organizado por el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaén, y celebrado en la Universidad Internacional de Andalucía (Sede Antonio Machado, Baeza), en el mes de mayo de 2001.

(1) Cfr. MIGUEL ÁNGEL LASHERAS: *La regulación económica de los servicios públicos*, Ariel, Barcelona, 1999.

considerables solapamientos, tanto con la lógica de la estricta regulación de servicios, como con el más difuso fenómeno de la desregulación, o incluso también con la tendencia a la formación de procesos «autorregulativos» más o menos espontáneos.

Una segunda línea de progresión de este concepto se refiere más específicamente a la regulación de condiciones de producción de mercancías, productos o servicios, siguiendo una técnica de normación mediante estándares, especialmente intensa en el contexto del derecho europeo (2). Aunque también puede tratarse de un tipo de normativa que, en numerosas ocasiones, aparece relativamente alejada de cauces jurídico-formales y dotada de una fuerte proyección autorregulativa: así podría afirmarse desde esta perspectiva que la gran «revolución silenciosa» del universo jurídico contemporáneo sería la progresiva generalización de las normas ISO, o sistemas similares de homologación, a través de las cuales se produce la regularización y normalización de sistemas de producción de bienes y servicios, tanto en el sector privado como en el público. La creciente imbricación que, en este ámbito, generan algunos elementos de innovación sustantiva procedentes del derecho medioambiental, de los intereses de los consumidores y del propio concepto de seguridad u organización industrial, han venido a reforzar progresivamente la significación de este derecho regulativo, entendido como una instancia expansiva que, a partir de la configuración de los procesos técnicos de producción y de las características de los productos y servicios, ha pasado a regular ámbitos sectoriales completos.

Sólo más recientemente esta revolución silenciosa, que tiene otros numerosos campos de manifestación, ha comenzado a llamar la atención de la doctrina y más particularmente del derecho público: aunque hasta ahora, presentando un notable solapamiento con el debate ideológico en torno al fenómeno general del neoliberalismo, la globalización y el impulso hacia la desregulación de los mercados mundiales: entendido todo ello como expresión de la compleja fenomenología de la crisis del tradicional modelo centralizado del Estado social intervencionista.

Algunas de las manifestaciones recientes del proceso de transformación histórica del Estado social intervencionista han derivado, en efecto, hacia la configuración de instancias o agencias reguladoras independientes, cuyo desarrollo puede interpretarse como un evidente fenómeno de «desestataliza-

(2) Cfr. G. MAJONE, A. LA SPINA: «Lo Stato regolatore», *Rivista Italiana di Scienza dell'Amministrazione*, núm. 3, 1991. G. MAJONE: «The European Community between Social Policy and Social Regulation», *Journal of Common Market Studies*, vol. 31, 2, 1993. G. MAJONE: «La crescita dei poteri regolativi nella Comunità Europea», *Rivista Italiana di Scienza Politica*, núm. 3, 1995.

ción» del propio Estado (3). Sin embargo, frente a la consolidada trayectoria que presentan las instancias reguladoras en la tradición anglosajona, y especialmente norteamericana, en cambio, en algunos países de Europa continental parece que la inercia del Estado de partidos viene manteniendo una difícil coexistencia con las teóricas pretensiones «despolitizadoras» que implica la lógica de las agencias reguladoras independientes (4). De tal forma que el panorama final acaba suscitando, incluso a través de los medios de opinión pública, una oscura nube de sospechas, frustraciones y demandas en torno a algunas experiencias concretas de regulación y sus resultados, así como numerosas dudas sobre su grado real de eficacia: unas dudas que, inevitablemente, se proyectan sobre la esfera pública, afectando a la propia legitimación de las instituciones gubernamentales.

Parece, en resumen, que el fenómeno general de la regulación ha acabado por incluirse de una forma plena en la agenda de la realidad jurídico-política y de la propia opinión pública contemporánea, operando en la práctica con un amplio y difuso efecto transformador sobre las pautas habituales de la acción pública, o al menos, sobre la tradicional inercia expansiva del Estado intervencionista.

La coincidencia de este amplio y difuso avance del fenómeno de la regulación con otra serie de fenómenos transformadores emergentes o conexos, parece sugerir que nos enfrentamos a una nueva y original «oleada» histórica, cuyo encuadramiento inicial sólo podría enfocarse congruentemente desde una perspectiva metodológica que se sitúe en torno a las claves del llamado evolucionismo jurídico (5). Es decir, estaríamos ante la aparición de una nueva estrategia instrumental, bastante inexplorada por ahora, en los mecanismos de actuación propios del Estado de Derecho, dentro de un entorno de tipo postsocial o de carácter postintervencionista.

(3) ANTONIO J. PORRAS NADALES: *Introducción a una Teoría del Estado Postsocial*, PPU, Barcelona, 1988.

(4) KOLDO ECHEVARRÍA: «La gestión pública a través de agencias: experiencias europeas», en F. LONGO, M. ZAFRA (coord.): *Pensar lo público*, UIM-ESADE, Granada, 2000.

(5) Sobre el tema cfr. fundamentalmente la obra de GUNTHER TEUBNER, en particular a partir de su decisivo artículo: «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», *Law & Society Review*, núm. 17, 2, 1983, págs. 239-285. Posteriormente cfr. G. TEUBNER (ed.): *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter, Berlín, 1986, y *Juridification of Social Spheres*, Walter de Gruyter, Berlín, 1987. También N. LUHMANN: *Teoría Política en el Estado del Bienestar*, Alianza, Madrid, 1993. Una perspectiva general en A. PORRAS NADALES: «Derecho Constitucional y evolucionismo jurídico», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87, 1995. En cuanto a los precedentes norteamericanos cfr. fundamentalmente PH. NONET y PH. SELZNICK: *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper & Row (reed. 2001, New Brunswick, N.J. Transaction Pub.), Nueva York, 1978.

En este sentido, y desde una perspectiva histórica de mayor amplitud, cabría recordar que, desde la aparición de la noción de Estado social de Derecho, el propio estudio del Estado viene presentando una especie de «cara oculta», relativamente olvidada en la doctrina, que más allá del análisis del sistema institucional y de su marco programático-finalista, se situaría en torno a los instrumentos jurídicos a través de los cuales se opera en la práctica la presencia efectiva del Estado en la sociedad. O dicho en otras palabras, la preocupación por los fines propios del Estado social, no habría suscitado paralelamente una preocupación similar en la doctrina por el estudio de los medios o instrumentos necesarios para alcanzarlos: dando por supuesto que el marco jurídico-institucional formal preexistente bastaría por sí mismo para cumplir con esa compleja tarea.

Aunque el fenómeno puede considerarse detectado inicialmente al nivel doctrinal por Forsthoff (6), el tensionamiento del Estado de Derecho a partir de las transformaciones que trajo consigo la nueva dinámica intervencionista del siglo xx resultó en realidad puesto dramáticamente de manifiesto, por primera vez en términos históricos, con el enfrentamiento entre el Tribunal Supremo americano y el *New Deal* del Presidente Roosevelt. Se trataba, en efecto, de la primera gran oleada transformadora en el sistema jurídico tradicional propio del Estado liberal de derecho, que traía como causa la aparición del nuevo fenómeno del intervencionismo público (7), y que venía a confirmar la constatación de que el aparente orden «natural» del sistema jurídico liberal no era en realidad una suerte de instancia suprahistórica, destinada a perpetuarse a sí misma por encima de la propia evolución y de las transformaciones en las esferas de la sociedad y del Estado, sino un modelo histórico concreto, sometido a las inexorables transformaciones de la propia realidad.

Desde esta perspectiva, cabría pues proponer que el tipo de instrumental jurídico a través del cual viene operando en la práctica el moderno Estado de Derecho a lo largo de sus diversas etapas, constituiría una auténtica pauta argumental especialmente decisiva para explicar la propia configuración efectiva del mismo: o sea, que las claves de evolución del sistema jurídico serían en realidad una de los argumentos fundamentales para comprender la evolución del propio Estado. Y en este sentido, podría plantearse la hipótesis de que algunos de los factores explicativos del desigual y a veces deficiente desarrollo del Estado social intervencionista, así como de su posterior crisis y evolución transformadora, puedan radicar más en concretas deficiencias de

(6) E. FORSTHOFF: *El Estado en la sociedad industrial*, Instituto Estudios Políticos, Madrid, 1975.

(7) THEODORE LOWI: *The End of Liberalism*, Norton, Nueva York, 1979.

instrumentación o de implementación de su propio sistema jurídico (8), que en un estricto déficit institucional o de programación política. Y en consecuencia, que la emergencia del fenómeno de la regulación (especialmente en su proyección a través del derecho europeo) estaría manifestando una nueva y original pauta de transformación del instrumental jurídico, dentro de un contexto intervencionista evolucionado; reflejando así un conjunto de nuevos criterios operativos o instrumentales de acción que deben exigir, para su adecuada y eficaz orquestación, un paralelo esfuerzo de adaptación o de transformación estratégica en las propias esferas político-institucionales.

De entrada, parece claro que la eclosión del fenómeno de la regulación, fundamentalmente desde su desarrollo en el entorno del derecho europeo, constituye un primer intento de dar respuesta a uno de los principales desafíos del orden político contemporáneo: el desbordamiento de las fronteras territoriales estatales y la adecuación progresiva al fenómeno de la globalización. Pero es evidente que, tras este sesgo de dimensión estrictamente espacial o territorial, se esconden igualmente numerosos argumentos de transformación material o sustantiva que, tanto en la esfera interna de los distintos Estados-miembros, como en la escala del nuevo «interés general» que se está definiendo en el espacio europeo, estarían operando en un claro sentido de innovación, afectando así a la posición y al papel de las esferas públicas ante el nuevo contexto histórico. Es decir, que no estaríamos ya ante un conjunto de mecanismos orientados a la mera regulación del mercado (común europeo), sino ante nuevas pautas históricas de configuración jurídica del orden social y en consecuencia del papel activo que las esferas públicas deben asumir ante el mismo. Lo que permitiría abrir en consecuencia un foco de atención en torno al nuevo tipo de filosofía estratégica que implica la emergencia de este fenómeno regulativo.

2. LA CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO INTERVENCIONISTA EN EUROPA Y SU DIALÉCTICA DE FRONTERAS

Ahora bien, si el conflicto del Tribunal Supremo americano con el presidente Roosevelt vino a marcar con claridad una solución de continuidad, a modo de fractura histórica, en la evolución del sistema jurídico norteamericano, en cambio, la proyección del mismo fenómeno en el viejo continente parece discurrir —al menos durante el decisivo período de entreguerras— en

(8) Es la tesis que, desde perspectivas parecidas a la que aquí desarrollamos, presentó en 1986 HELMUT WILLKE en su «Three Types of Legal Structure: the Conditional, the Purposive and the Relational Program», en G. TEUBNER (ed.): *Dilemmas of Law in the Welfare State*, cit.

términos bien diferentes: más acuciados por los procesos de conflictividad e inestabilidad política, y sin una proyección transformadora paralela e inmediata sobre el sistema jurídico (9). Cabría sugerir incluso que, antes al contrario, para la proyección formalista del positivismo jurídico europeo, la propia estabilidad del sistema jurídico se configuraba como un auténtico instrumento de choque o de equilibrio, encargado de defender al sistema frente al grave impacto de inestabilidad que venía experimentando la realidad política de los Estados europeos, amenazados al mismo tiempo por el doble enemigo exterior del fascismo y del comunismo. Es decir, estaríamos ante una expresión de la poderosa lógica de la «racionalidad legal-burocrática» de tipo weberiano, entendida como un instrumento de aseguramiento del sistema ante las amenazas políticas «externas»: frente a la inestabilidad de la política, la racionalidad intrínseca y estable del sistema jurídico-burocrático.

Estas circunstancias son las que explican probablemente la tardía y lenta recepción que ha tenido en Europa la noción del derecho intervencionista a partir de finales de los años sesenta (10), así como su reiterada ubicación en una suerte de segundo plano desde el punto de vista conceptual o doctrinal, frente a la prioridad del enfoque institucional y su preocupación formalista por el estudio del sistema de fuentes. Ese retraso histórico es el que seguramente justifica que, desde una perspectiva doctrinal, nuestra percepción del derecho intervencionista entendido como el tipo de instrumental jurídico propio del Estado de Bienestar keynesiano, no se haya perfilado con suficiente claridad hasta prácticamente el momento en que comenzaba a sobrevenir la larga crisis transformadora del propio Estado de Bienestar (11). Aunque es posible que este retraso se explique también, parcialmente, por el relativo enmascaramiento que la afrancesada tradición del derecho administrativo ha venido imponiendo sobre las instancias jurídicas sublegales del derecho público europeo.

(9) En todo caso, tal conflictividad se proyectaría más bien en torno a la configuración de los mecanismos de delegación normativa hacia el ejecutivo, con la aparición de la figura de los Decretos-leyes o la legislación delegada: es decir, con una proyección fundamentalmente institucional. Cfr. CONSTANTINO MORTATI: *Lezioni sulle forme di governo*. Cedam, Padua, 1973.

(10) Resulta paradójico, en efecto, que la noción de «ley intervencionista» (*massnahmegesetze, leggi-provvedimento*) no entre en escena, en la doctrina europea, hasta bien avanzada la década de los sesenta, e incluso que desde entonces reciba un tratamiento más bien secundario o marginal, a modo de fenómeno «perverso», que en cierta medida altera las grandes bases de estabilidad y autoracionalidad de los ordenamientos jurídicos estatales. Sobre el tema cfr. C. MORTATI: *Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milán, 1968.

(11) ANTONIO J. PORRAS NADALES: «El Derecho intervencionista del Estado», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 63, 1989. XAVIER ARBÓS: «La crisis de la regulación estatal», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991.

En todo caso, hoy estamos seguramente en mejores condiciones de entender que la noción de derecho intervencionista fue sin duda un instrumento esencial en la propia configuración finalista-instrumental del Estado de Bienestar keynesiano; pero también podemos detectar mejor cuáles hayan podido ser sus principales insuficiencias en términos históricos. En este sentido, partiremos de la hipótesis de que el derecho público intervencionista que se desarrolla en el marco del Estado social europeo desde la segunda mitad del siglo xx, adolecía de una grave insuficiencia que, aunque sugerida sutilmente al nivel teórico, fue en realidad olvidada con su desarrollo práctico: a saber, el hecho de que operaba desde una especie de espejismo o de ficción histórica originaria, que se situaría en torno a una determinada concepción del sector público al que se atribuye una capacidad de configuración global del conjunto del sistema. Se proyectaba aquí el reflejo de una filosofía deudora tanto de los esquemas keynesianos como, acaso menos perceptiblemente, del propio modelo de la planificación soviética, que alcanza su apogeo en los años sesenta. Desde esta especie ficción, que se concreta en una suerte de «apoteosis creativa» del propio sector público, cabría afirmar que la noción de derecho intervencionista respondería a la presunción implícita de un Estado capaz de «crear» la propia realidad social, a partir de un conjunto de decisiones políticas y de instrumentos jurídicos a los que se reconoce globalmente una potencialidad transformadora del orden social en su conjunto.

Es posible que sea precisamente este espejismo, la hipostatización de lo público entendido como un auténtico universo mágico de carácter absoluto y sin fronteras, donde se suponía que iba a realizarse el proyecto programático-finalista del Estado de bienestar, el que ha resultado ser el principal «talón de Aquiles» del derecho intervencionista, y en consecuencia del propio modelo de Estado social intervencionista. O al menos, el argumento que explica la reiterada percepción deficiente de las fronteras que separan la esfera de la acción pública de la esfera autónoma de la sociedad y del universo privado; unas fronteras que, al final, iban a contribuir inevitablemente a socavar algunas de las claves de su eficacia a largo plazo (12).

Y es que la configuración del derecho intervencionista del Estado como un derecho «autónomo» (13), de dimensión predominantemente orgáni-

(12) Cfr. una perspectiva de balance crítico sobre las limitaciones reales de la «capacidad de dirección política» (*Steuerungsfähigkeit*), en RENATE MAYNTZ: «La teoría de la governance: sfide e prospettive», *Rivista Italiana di Scienza Politica*, núm. 1, 1999.

(13) El «*autonomous law*» es considerado desde el enfoque del evolucionismo jurídico como el segundo gran estrato evolutivo del derecho occidental, que se correspondería en Europa con la gran corriente doctrinal formalizadora que conduce al positivismo jurídico, entre finales del siglo xix y primeras décadas del xx: es decir, de la *Escuela Alemana del Derecho Público*, a la obra de Kelsen. Se trata de una concepción que cree ver en la autoracionalidad

ca (14), capaz de explicar desde una lógica piramidal y mecanicista el proceso global de la acción pública, entendida como un eje de impacto generalizado desde el Estado sobre el conjunto de la realidad social, ha generado probablemente una percepción defectuosa de los elementos de tensión subyacentes: aquellos que habitualmente se expresan en la dualidad entre lo público y lo privado, o más bien en la compleja dialéctica de interacción entre sociedad y Estado.

En su proyección instrumental más simplificada, esa dialéctica de fronteras se sitúa normalizadamente en torno a un doble circuito jurídico: por una parte la legislación sobre expropiación, entendida como el elemento terminal de la acción del Estado sobre la esfera privada; y por otra la legislación sobre contratación pública, entendida como el instrumento ordinario de conexión de la administración con su entorno exterior. Sin embargo, más allá de esta proyección hacia fuera, sería fundamentalmente la tradicional dimensión «autorregulativa», o de naturaleza materialmente reglamentaria, el núcleo argumental desde el cual se expresa la lógica de la racionalidad finalista-instrumental propia del Estado intervencionista. O sea, la presunción de que, mediante la regulación de los propios instrumentos de acción del Estado, «debe» darse por supuesto que éste alcanzará, en algún momento, los fines propios del horizonte programático del bienestar social definidos normativamente. Estaríamos así ante un derecho instrumental predominantemente deslegalizado, que opera desde el eje de autoracionalidad que impone el propio sector público, pero relativamente ajeno tanto a las claves que determinan el grado de eficiencia gestora de las propias organizaciones públicas como, sobre todo, al tipo de impacto final que su actuación provoca sobre la propia sociedad civil, es decir, en el nivel de los resultados de la acción pública sobre el tejido social; unas dimensiones que en principio resultaban ser absolutamente ajenas a las claves de autoracionalidad sustantiva y autónoma de la originaria perspectiva weberiana. Y en consecuencia, sería la mera lógica del derecho «autónomo», es decir, la propia autorracionalidad de los

autónoma y separada del ordenamiento jurídico la auténtica clave de su maduración en términos históricos: la esfera jurídica debe pues tratar de eludir el riesgo de «contaminarse» de la compleja realidad social o política, para operar desde una óptica de autoracionalidad, perfectamente «ciega» en cuanto a sus consecuencias. El mundo del derecho entendido como un gran sistema ordenado, a modo de automatismo «precibernético», cuya autonomía y separación del entorno debe convertirlo en la auténtica clave de estabilidad y racionalidad de las sociedades desarrolladas. Cfr. GUNTHER TEUBNER, *op. cit.*. NONET-SELZNICK, *op. cit.*

(14) Es decir, orientado a la configuración de esferas institucionales que asumen el cumplimiento de los objetivos programáticos propios del *welfare state*. conforme a la tendencia del *institutional design* detectada por PH. NONET y PH. SELZNICK, en su *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, cit.

instrumentos jurídicos y de la propia dogmática jurídica (15), el único horizonte de referencia en orden a asegurar las claves del «éxito» de este derecho instrumental.

Esta secuencia argumental implicaba adicionalmente un soporte metodológico reduccionista de carácter bipolar, donde el eje política-derecho se entendía como un auténtico *deus ex machina* capaz de explicar tanto la actuación intervencionista y prestadora de las esferas públicas como el impacto final sobre la esfera de la sociedad civil. Pero en cualquier caso, ninguna de estas dos esferas (la de la gestión pública, o la propia sociedad organizada) adquirirían ningún tipo de autonomía activa en cuanto instrumentos motores, o, al menos, en cuanto ámbitos problemáticos conexos con la propia lógica del intervencionismo. En otras palabras, la lógica instrumental del derecho intervencionista, proyectada desde el espejismo de un sector público dotado de capacidad para configurar el conjunto del sistema, adolecería de un carácter romo, o escasamente incisivo, sobre unas áreas que, en la práctica, resultaban esenciales para asegurar su éxito. Y la propia inercia formalista del derecho autónomo, que se proyecta en Europa a lo largo del tiempo siguiendo la larga estela del positivismo, contribuye a eludir estos aspectos problemáticos considerados «ajenos» a la autoreferencialidad del ordenamiento. De este modo, carente de mecanismos de engarce tanto con la arena de la gestión pública como con las esferas autónomas del tejido social organizado, la propia instrumentalidad del derecho intervencionista acababa embarrancando en su propia y defectuosa percepción del universo de lo público, entendido como una especie de esfera mágica capaz de llevar a cabo, desde la lógica vertical de la autoorganización del Estado, los horizontes finalistas propios del Estado de Bienestar.

Por eso, para Gunther Teubner, la principal innovación que trae consigo la superación de esta etapa histórica, será la aparición de ese nuevo «trilema», donde política y derecho deben ahora complementar su posición en el sistema a partir del papel activo que debe asumir la propia sociedad, entendida como el tercer y esencial elemento de la nueva realidad sociojurídica.

3. DESBORDAMIENTO DE FRONTERAS Y TIERRA DE NADIE

La evolución a lo largo del tiempo de este inicial modelo refleja sin embargo una tendencia de autotrecimiento que conduce hacia un desequilibrio

(15) Pues se trata de un conjunto de instrumentos que vienen determinados en la práctica, a la hora de enfrentarse a la realidad, a través de una dogmática perfectamente autorreferencial, según recuerda N. LUHMANN, en su *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, CEC, Madrid, 1983.

o desbordamiento de las fronteras, que se situaría en torno a dos polos de tensión. Por una parte la tendencia (llamémosle endógena) hacia el autocrucimiento del propio derecho público intervencionista, vinculada tanto a la continuidad de las exigencias de asistencia y bienestar social como, sobre todo, al renovado discurso en torno a la esfera de la gestión pública y el llamado enfoque de políticas públicas (*policy analysis*), desde el cual se canalizan las pautas del nuevo intervencionismo. Ambas esferas (asistencia y bienestar social, y gestión de políticas públicas) podrían ser consideradas como circuitos de proyección creciente desde la esfera de lo público hacia el conjunto de la sociedad, reflejando así la sorda y reiterada dimensión expansiva del *welfare state* a lo largo del tiempo y de la historia.

Pero por otra parte, aparecería la tendencia que podemos calificar como exógena, tradicionalmente vinculada al tópico discurso neoliberal, aunque también a la aparición de nuevas esferas sociojurídicas donde opera la lógica de la desregulación y/o la autorregulación, entendidas como paradigmas de la ancestral dinámica del autoajuste espontáneo, propia del mercado y de la sociedad civil; es decir, una arena donde se produce una proyección horizontal e interactiva entre esferas de intereses diferenciados, aunque condenados a coexistir (o a competir) en el mismo ámbito sociojurídico.

En principio y en teoría parecería perfectamente lógico, y sin duda muy legítimo, tratar de perseguir el hallazgo de una especie de perspectiva teórica de síntesis, donde ambas corrientes consiguieran encontrarse: en cierta medida, la noción teórica del llamado «derecho reflexivo» de Teubner sería un primer tipo de respuesta en este sentido. Pero la formulación de un concepto de nuevo derecho de dimensión social o socioinstitucional (y en su caso de proyección regulativa) dotado de una teórica racionalidad horizontal o reflexiva, entendido a modo de paradigma de síntesis, debería en primer lugar bajar de horizontes teórico-especulativos para enfrentarse a las complejidades de la nueva realidad.

Y es que, frente a la legítima perspectiva de una «síntesis» salvadora, subyace por ahora la más prosaica realidad de una inercial dialéctica de fronteras: es decir, las fronteras entre lo público y lo privado (o entre derecho público y derecho privado) entendidas como trincheras destinadas a encarar una suerte de enfrentamiento inexorable y sin final. En su proyección más nuclear, tal dialéctica se expresaría en una dualidad de posiciones, que se concretan en la lógica de la autonomía de la voluntad frente a la lógica de la sujeción al imperio de la ley, entendida ahora como mandato político de la mayoría: universos en apariencia enfrentados o disociados; o, como máximo, líneas paralelas que no se encuentran hasta el infinito. Una dialéctica de fronteras tras la que se escondería la auténtica clave del reiterado fracaso del derecho constitucional en una de sus principales zonas fronterizas: la que se

refiere a la eficacia horizontal o frente a terceros de los derechos fundamentales.

Tradicionalmente esta dualidad suele ser más perceptible en su proyección en torno a las funciones de control del sistema: frente al hipercontrol de la esfera pública, la reiterada apoteosis de la autonomía de la voluntad en la esfera privada; frente a la apuesta por la transparencia del ordenamiento y de los aparatos públicos, la reiterada opacidad de la esfera tuteladora de los intereses privados; y frente a la restrictiva comprensión del universo público desde la arcana perspectiva de su condición potencial de «enemigo» de la libertad, la alternativa de una reiterada y benéfica comprensión del egoísmo privado como principal cauce de canalización de un orden social «natural» y espontáneo, nacido de la libertad del propio sujeto. Resultaría cuanto menos pintoresco que las exigencias de adecuación del orden jurídico a una realidad social sometida a profundos procesos de cambio en los albores del siglo XXI, se sigan reenfocando desde semejantes parámetros, más propios de un contexto decimonónico o, cuanto más, de principios del siglo XX.

Bien es cierto que la experiencia finisecular, conectada con la gran oleada de corrupción que han experimentado las democracias occidentales, parece haber aportado argumentos a favor de un mantenimiento de las más rígidas y tradicionales pautas de control, predominantemente de tipo jurisdiccional, sobre la esfera pública. Aunque también parece igualmente cierto que el efecto indirecto de tales mecanismos ha acabado generando consecuencias perversas, seguramente no previstas, sobre la dinámica del Estado intervencionista: como mínimo, el efecto de inducción sobre los aparatos públicos hacia una indolente dinámica de no-acción, con sus lógicas tensiones sobre la esfera del intervencionismo público. Y por supuesto, dejando fuera del foco de atención la otra cara de la moneda: el circuito de la propia corrupción privada.

Se trata, pues, de una compleja problemática, que explica en parte las dificultades históricas para avanzar en grandes programas de reforma por parte del sector público (16); o la forma lenta y parsimoniosa como se vienen introduciendo instrumentos de control de eficiencia en la gestión, o de eficacia en los resultados de la acción pública, bloqueando así en la práctica la posibilidad de un autodesarrollo consistente y renovado del intervencionismo público. Todo lo cual justificaría esa reiterada pretensión de la esfera pública

(16) La pauta, en efecto, es más bien la de los *next steps*, o pequeños pasitos, en la tarea de reconversión y modernización de las administraciones públicas hacia el nuevo contexto del intervencionismo avanzado y la denominada nueva gestión pública. Cfr. L. METCALFE, S. RICHARDS: *Improving Public Management*, Sage, Londres, 1987. F. LONGO, M. ZAFRA (coords.), *op. cit.*

de optar por vías de «salida»; es decir, por cruzar el rubicón de las fronteras propias del derecho público, para sumergirse en las plácidas aguas del derecho privado: la administración bajando a la arena del mercado.

Sin embargo, por más que este fenómeno se venga considerando implícitamente como una especie de «perversión» jurídica, que vendría a hacer saltar por los aires las venerables fronteras que separan al derecho público del derecho privado, en realidad la auténtica perversión parece ser más bien, hasta ahora, la que se viene produciendo cotidianamente en la «tierra de nadie», es decir en las áreas fronterizas de interacción difusa entre la esfera pública y la arena social: y sobre todo en el sector de las subvenciones o ayudas públicas.

Aunque las garantías que se vienen aplicando tradicionalmente en esta «tierra de nadie» tienen una proyección fundamentalmente subjetiva e individualista (mediante el diseño de todo un conjunto de limitaciones o de incompatibilidades referidas al personal público, en su proyección activa como sujeto teóricamente «libre» para operar en el mercado), sería sin embargo su dimensión material u objetiva, afectando a los circuitos de canalización directa del dinero público hacia la sociedad, la que constituye el auténtico núcleo problemático. La confusamente llamada «función de fomento» desde la que se proyectan los principales paquetes de subvenciones públicas hacia la arena social, constituye sin duda desde el punto de vista jurídico el más espectacular «agujero negro» del derecho intervencionista contemporáneo. Un reino donde impera la mera normación ad hoc, o a veces la más absoluta ausencia de regulación, dando lugar a la creciente y peligrosa deriva del Estado social intervencionista hacia una progresiva lógica clientelista. Porque la instrumentalización de esta función asignativa de recursos estaría desviando en la práctica la noble dimensión finalista del Estado social hacia la más prosaica lógica del intercambio (de apoyos, de lealtades, o de votos), transformando así la brillante proyección programática del Estado intervencionista en una oscura dinámica de clientelismo: la otra y oculta cara del Estado de bienestar contemporáneo. Un fenómeno que no sería ajeno, por cierto, a la misma lógica de evolución histórica que sigue el Estado intervencionista y a las interferencias indirectas de la esfera del mercado, en la medida en que se reflejaría aquí la transformación de los llamados derechos de prestación de bienes o servicios (que deben ser implementados directamente por el Estado), hacia derechos de prestación económica (permitiendo al ciudadano satisfacer su derecho a la educación, a la salud, a la pensión, etc., en la flexible oferta del mercado privado). Incluso cabría sugerir que, en sus implicaciones sobre la dinámica política, esta transformación se ajusta a la más brillante pauta interpretativa de los comportamientos electorales desarrollada por la ciencia política contemporánea, el llamado *rational choice* o

«elección racional». Pues en la medida en que este enfoque interpreta los comportamientos del votante desde una rigurosa perspectiva de «rentabilidad» individual (el votante considerado como *homo oeconomicus*), estaría en última instancia explicando la propia racionalidad democrática desde la arcana perspectiva del intercambio, del *do ut des*: es decir, que cada elector deberá apoyar con su voto a aquel programa o a aquel partido del que espera, en última instancia, conseguir mayores beneficios. Y es que la consolidación del Estado de Bienestar en el mundo contemporáneo, la visión de la realidad pública desde la perspectiva de las prestaciones sociales o de las políticas intervencionistas o redistributivas que se van a desarrollar, convierte efectivamente a la lógica clientelista en un fenómeno universal y difuso. La «tierra de nadie», esa arena fronteriza entre las esferas de lo público y lo privado, sería por lo tanto uno de los principales focos de corrupción del sistema.

Cabe proponer en consecuencia, haciendo un balance, que las pautas de evolución histórica del tradicional derecho intervencionista y su falta de proyección constructiva ante unas difusas fronteras donde primaría la lógica opaca del interés privado, vienen generando en la práctica evidentes procesos de perturbación y disfuncionalidad del instrumental jurídico del Estado: ni la huida del derecho público hacia el derecho privado, ni la hiperrigidez de las tradicionales esferas administrativas y sus circuitos de control jurisdiccional, ni las difusas y perversas fenomenologías que operan en la «tierra de nadie», constituyen por ahora respuestas suficientes a esta compleja problemática.

4. EL DERECHO REGULATIVO. EL PROBLEMA DE SU UBICACIÓN

Ante este complejo proceso transformador, la hipótesis que cabría plantear es la de si, en una suerte de nueva visión propia de la dialéctica hegeliana, la emergente oleada del derecho regulativo podría aparecerse efectivamente como una primera concreción de ese teórico modelo de síntesis, capaz de superar los límites de los paradigmas históricos anteriores, que se entenderían a modo de tesis (el derecho intervencionista, como tradicional derecho público autónomo) y de antítesis (la desregulación, entendida como apoteosis globalizada de lo privado).

Ahora bien, un planteamiento adecuado de esta hipótesis exige un esfuerzo previo de clarificación sobre algunas posibles falsas vías, o acaso caminos paralelos, tan abundantes en este campo: desde la más habitual, consistente en confundir pura y simplemente las nociones de regulación (de sectores privatizados) con la desregulación (en el sentido de pérdida de los perfiles «fuertes», propios del anterior derecho público intervencionista); hasta el sucedáneo de

un nuevo derecho corporativo (de corte más o menos neoinstitucional) regulador de organizaciones cuasipúblicas o cuasiprivadas (es decir, el modelo de los llamados QUANGOS); pasando también por los diversos y variados fenómenos de autorregulación sectorial que, al cabo del tiempo, acaban adquiriendo una considerable consistencia y proyección social.

En un rápido recorrido por estas «falsas vías» del derecho regulativo, podría proponerse, en primer lugar, que probablemente el mayor espejismo en torno al cual viene hasta ahora concretándose el concepto emergente del derecho regulativo sería el de su identificación con la noción de regulación de servicios públicos. Es cierto que se trata de una conexión instrumental de evidente operatividad estratégica cuando se trata de regular servicios públicos que han sido privatizados, donde naturalmente deben mantenerse todo un conjunto de pautas de prestación, garantías de los usuarios y condiciones generales de la actividad. Sin embargo, el siguiente paso argumental de este planteamiento, que conduciría a una noción teórico-conceptual de la regulación entendida de forma genérica y global como estricta regulación de servicios públicos, operaría en la práctica un efecto restrictivo o de continuidad en la proyección de aquella primitiva dimensión «autoreglativa» propia del sector público de mediados del siglo xx.

El problema tiene un particular interés en España por afectar a un caso de especial importancia: la legislación sobre televisión, calificada como «servicio público» en vía legislativa, conforme a un criterio que, según el Tribunal Constitucional, responde a la propia libertad de configuración del legislador; aunque no necesariamente a criterios sustantivos, de carácter técnico o científico, inherentes a la propia actividad (17). ¿Es la televisión un servicio público por razones sustantivas, más allá de la pura definición legal? La pregunta suscita evidentemente una notable perplejidad porque, teóricamente, también podría serlo cualquier otra actividad comunicativa, desde las grandes redes informáticas hasta la prensa escrita, por ejemplo. En realidad, la difusa aceptación de esta noción definitoria responde en el ordenamiento español a otras claves políticas mucho más prosaicas: se trata simplemente de un mecanismo instrumental para asegurar la libertad de creación de condiciones de concesión de licencias de televisión por parte del Gobierno central; o en otras palabras, sería un puro instrumento de centralización política de sus circuitos de control, tanto frente al tejido empresarial privado como, especialmente, frente a las Comunidades Autónomas.

Esta dimensión expansiva del concepto de servicio público entendido como soporte del derecho regulativo, tendría sin embargo una cara oculta, de

(17) Cfr. entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 127/94, 278/93, 31/94, 88/95.

consecuencias seguramente no tan positivas, cuando se trata de proyectarlo al otro lado de las «fronteras», en la medida en que podría suponer una nueva autoubicación reductiva de la noción de «regulación» en la tradicional trinchera del derecho público. Nótese el efecto perverso que se generaría indirectamente sobre el otro sector del universo jurídico: porque, en tal caso, cabría deducir que aquello que en rigor no fuese servicio público, no necesitaría ser «regulado». Es decir, reducir el fenómeno regulativo estrictamente a la esfera de los servicios públicos sería una llamada indirecta a la absoluta desregulación en los restantes sectores.

En cambio, cabría detectar una segunda línea de proyección del derecho regulativo, sólo relativamente conectada con la anterior, donde se reflejaría probablemente una pauta más consistente: se trata de la legislación básica o de la normativa básica que, en el marco del sistema español de distribución territorial de competencias, emana el Estado central, permitiendo procesos adicionales de desarrollo por parte de las propias Comunidades Autónomas. Aunque tradicionalmente en la doctrina española el foco de atención científica se ha situado en torno al propio conflicto territorial subyacente y a sus mecanismos de resolución (18), parece que, al margen posibles disfuncionalidades o patologías, la normativa básica podría o debería operar en el marco de una típica filosofía regulativa, en el sentido de macrorregulación de pautas comunes en ámbitos materiales sectoriales, relativamente al margen de cuáles sean los procesos posteriores de implementación o desarrollo normativo, que se remiten a las propias Comunidades Autónomas. Sin embargo, este tipo de orientación estratégica de naturaleza regulativa coexiste con el enfoque (acaso predominante) de tipo «principalista», en torno al cual parece que se determina por ahora, acaso con mayor claridad, el dilema de «qué es lo básico».

Debe tenerse en cuenta además que, desde finales de siglo, gran parte de tal normativa básica constituye a su vez una transposición de normativa europea, por lo que, en consecuencia, la dinámica del conflicto centro/periferia (predominante durante la década de los ochenta), tiende ahora a atenuarse o a desplazarse ante el predominio la lógica de regulación de grandes sectores materiales en la esfera europea. La orientación regulativa podría pues ser, probablemente, una línea consistente de desarrollo en este ámbito (19), per-

(18) Cfr. ALBERTO PÉREZ CALVO (ed.): *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, INAP, 1990; JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989.

(19) Sobre el tema desde una perspectiva general cfr. P. CARROZA: «Central Law and Peripheral Law», en A. PIZZORUSSO (ed.): *Law in the Making. A comparative Survey*, Springer, Berlín, 1988.

mitiendo una superación del entorno de fuerte conflictividad territorial que ha venido caracterizando al proceso autonómico en España (especialmente durante el período álgido de traspaso de competencias en los años ochenta), y ofreciendo al mismo tiempo nuevas pautas de desarrollo a la propia innovación jurídica siguiendo la estela del derecho europeo.

Una tercera línea de proyección de la dinámica regulativa parece situarse en torno al denominado «institutional design», entendido, fundamentalmente desde la tradición jurídica norteamericana, como una de las vías de desarrollo del derecho público intervencionista concebido en cuanto *responsive law* (20). Sin embargo, se trata en este caso de una proyección jurídica de dimensión fundamentalmente orgánica (o si acaso, «neoinstitucional»), orientada hacia el diseño de instituciones autónomas o semiautónomas que operan como esferas de gestión y/o de microrregulación en sus respectivas áreas o sectores. Es decir, desde nuestra línea argumental, no se trataría ahora de un tipo de macroderecho de dimensión horizontal, con pautas de regulación de conductas potencialmente universalizables, sino de un microderecho de proyección vertical y autónoma, dentro de ámbitos o sectores más o menos compartimentalizados.

Por supuesto, este nuevo derecho de tipo «semicorporativo» contiene sin duda numerosos argumentos explicativos de la realidad, inevitablemente «refeudalizada», del universo sociojurídico contemporáneo: explicaría con claridad, por ejemplo, la consistente deriva histórica hacia lo micronormativo; permitiendo al mismo tiempo, mediante el diseño de mecanismos participativos de la respectiva red social afectada, el mantenimiento de pautas democráticas sustanciales, donde se refleja sin duda una presencia activa de la sociedad sobre la esfera pública (21). E incluso podría asegurar, mediante su efecto sistemático de desagregación a escala, una mejor canalización de las claves procesuales de consenso social necesarias para el propio diseño normativo; aun cuando éste acabaría adquiriendo en todo caso unos perfiles más o menos «compartimentalizados». En definitiva, se trata de una pauta de evolución que se ajusta brillantemente al postulado del *small is beautiful* característico del universo contemporáneo. El cuanto al coste resultante de creciente entropía o complejidad añadida del ordenamiento, debería aceptarse como una inevitable servidumbre de la posmodernidad (22).

(20) PH. NONET, PH. SELZNICK: *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, cit.

(21) Reflejando ese fenómeno de «socialización del derecho», a que se refieren NONET y SELZNICK, *op. cit.* Cfr. también sobre el tema: Lord Nedderborn of Charlton, S. CIARRA: «Collective Bargaining as Agreement and as Law. Neo-contractualist and Neo-corporative Tendencies of our Age», en A. PIZZORUSSO (ed.), *Law in the Making. A comparative Survey*, cit.

(22) Algunas cifras reales nos pueden ayudar a comprender mejor el fenómeno y sus tendencias de evolución a medio plazo: en una clasificación sistemática de las 3.330 leyes

Aunque suele ser en este ámbito material donde más frecuentemente se utiliza el concepto de «regulación» (desde nuestra perspectiva, en forma seguramente algo precipitada), debemos insistir en que se trata en rigor de una vía de carácter neoinstitucional (o incluso «neocorporativa»), que conduce normalmente hacia una realidad jurídica fragmentaria y compartimentalizada: lo que deberíamos probablemente interpretar como otra de las posibles falsas vías, o caminos paralelos, de desarrollo del derecho regulativo. Naturalmente debe tenerse presente la existencia de otra dimensión funcional y distinta, consistente en el desarrollo de funciones regulativas, o de control en el cumplimiento del derecho regulativo, por parte de estas esferas institucionales, eventualmente autónomas semiautónomas, que se orientan generalmente hacia la propia red social de actores o de usuarios de su respectivo «entorno institucional» (23).

Por más que elaboraciones teórico-conceptuales tan sofisticadas como la noción de «autopoiesis» o autorreferencialidad (que explicaría la relativa autonomía de las distintas esferas institucionales, contando al mismo tiempo con cauces de apertura hacia el entorno exterior) (24), puedan abundar en las virtudes de este modelo de complejidad horizontal, propio del universo jurídico contemporáneo, parece evidente sin embargo que, en el plano macroju-

emanadas de los diecisiete parlamentos autonómicos españoles durante el período 1980-2000 (datos del Proyecto *CICYT SEC98/0512*) resulta un claro predominio de las leyes *singulares* que ascienden a 1.283, frente a 1.061 leyes de dimensión *sectorial* y 1.031 de carácter *general*. Sin embargo, las pautas de evolución a lo largo del tiempo nos demuestran que las leyes generales tienen una tendencia descendente a partir de máximos alcanzados a mediados de los ochenta, y su cifras acaban estabilizándose en torno a una producción media de cincuenta leyes al año durante los años noventa. En cambio, las leyes de dimensión sectorial o singular siguen experimentando una secuencia expansiva en términos absolutos hasta alcanzar, en el caso de las singulares, una media anual de ochenta leyes al año en la recta final de siglo. En una tabla donde se reflejan los datos porcentuales, ordenados en trienios, comprobamos la oscilación entre el predominio de las leyes de dimensión general en la primera década, hasta el apogeo de las leyes singulares en la fase final, mientras que las leyes sectoriales presentan una secuencia relativa de mayor estabilidad:

% Leyes/Trienios	80-82	83-85	86-88	89-91	92-94	95-97	98-00	Total
Generales	29	36	38	33	29	28	25	31
Sectoriales	31	26	29	29	32	32	34	31
Singulares	39	38	34	38	38	40	42	39

Fuente: Elaboración Propia (Equipo ERA).

(23) Cfr. W. RICHARD SCOTT: *Institutions and Organizations*, Sage, Londres, 1995. WALTER W. POWELL, PAUL J. DIMAGGIO (eds.): *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, Univ. of Chicago Press, Chicago, 1991. W. RICHARD SCOTT, JOHN W. MEYER (eds.): *Organizational Environments: Ritual and Rationality*, Sage, Beverly Hills, 1983.

(24) Cfr. G. TEUBNER, *op. cit.* N. LUHMANN, *op. cit.*

ridico, tanto la teoría del derecho regulativo entendido en cuanto estricto regulador de servicios públicos, como su concepción en cuanto derecho regulador de las esferas neoinstitucionales en las que se articula la compleja realidad del moderno sector público, presentan razonables insuficiencias. Subyace en estos planteamientos un claro déficit de racionalidad horizontal o reflexiva: algo que se detecta reiteradamente tanto en los llamamientos del Tribunal Constitucional a la coordinación y a la cooperación entre las distintas escalas institucionales que configuran el moderno «gobierno multinivel», como en las propias invocaciones de la doctrina hacia el reforzamiento de una función legislativa de dimensión generalista (25). Un fenómeno que explica alternativamente por qué las vías de desarrollo más efectivas de las tendencias regulativas se concreten sobre todo, por ahora, en sectores generadores de beneficios difusos (26), como el del medio ambiente.

Siguiendo con nuestra línea argumental, se trataría pues de indagar la hipótesis de si, más allá de la entropía creciente que afecta a los ordenamientos estatales, la existencia de un plano efectivo de globalización jurídica, superador de las fronteras territoriales preexistentes (en nuestro caso, en el contexto de la Unión Europea) no estaría operando finalmente en un sentido de aparición de una especie de nuevo contexto «fundacional», en torno al cual tienen que reformularse algunos de los problemas nucleares de la actividad normativa; y particularmente su posición como un instrumento al servicio de la tarea general del *social problem solving*. Porque no se trata ya de la estricta tarea de configuración jurídica de una nueva realidad supraestatal emergente, permitiendo la creación de nuevos ámbitos macrojurídicos dotados de un nivel de generalidad suficiente para enfrentar problemas globales; sino, al mismo tiempo, de la capacidad para generar una nueva «oleada» de instrumentos jurídicos originales y diferenciados, entendidos como el fruto de un proceso colectivo de aprendizaje histórico, con posibilidades para enfrentar y superar con éxito algunas de las insuficiencias históricas de las anteriores etapas.

Cabe sugerir que, en realidad, esa trascendental tarea histórica se habría iniciado hace ya algún tiempo; e incluso que a estas alturas sus primeras eta-

(25) Ciertamente al nivel doctrinal se confunden frecuentemente las habituales críticas a la complejidad creciente de los ordenamientos contemporáneos a partir de una pura recuperación melancólica del viejo paradigma de la *ley material*, con los diagnósticos más específicos y actualizados en torno a la realidad del Estado social contemporáneo. En este último sentido cfr. JOSÉ ASENSI: «El futuro de las funciones parlamentarias», en *El Parlamento del siglo XXI (VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos)*, Cortes Valencianas, Valencia, septiembre 2001.

(26) En el sentido de J. Q. WILSON: *The Politics of Regulation*, Basic Books, Nueva York, 1980, siguiendo en general las pautas argumentales de Theodore Lowi.

pas se han consolidado suficientemente en torno a las numerosas instancias declarativas de derechos, de proyección más o menos universal. Lo que constituiría en rigor la primera y fundamental oleada de un fenómeno de «globalización jurídica», que viene afectando no sólo a la esfera nuclear de los derechos humanos, sino también al marco global de intercambio de mercancías, servicios y/o personas (GATT, Schengen), e incluso al orden general que debe presidir las relaciones del ser humano con la naturaleza (como los grandes convenios medioambientales de Washington, Berna, Ramsar o Río de Janeiro).

La cuestión sería entonces si, más allá de estas instancias declarativas, que constituirían la primera fase o etapa lógica en todo nuevo proceso de desarrollo jurídico coherente, es posible comenzar a identificar ya una nueva dinámica jurídica de dimensión regulativa, dotada de un razonable grado de consistencia, y entendida como una nueva «oleada» histórica en el proceso de renovación secular del instrumental jurídico a disposición de las esferas públicas.

5. LAS POSIBLES CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO REGULATIVO

Desde esta perspectiva resultaría pues plenamente justificada al nivel científico una labor de detección sistemática de las principales innovaciones o tendencias originales que se aparecen en los numerosos procesos regulativos que, de forma plural y dispersa, se desarrollan en el mundo occidental; para intentar deducir a partir de ahí qué tipo de elementos de innovación se estarían generando, tanto en términos de relación o de interacción global entre las esferas afectadas, como en términos de orientación de las esferas públicas al servicio de un original modelo de diseño normativo que respondería, acaso, a una nueva filosofía estratégica de acción pública. Naturalmente, la diversidad y heterogeneidad de fenómenos regulativos que se reflejan en la compleja realidad del universo jurídico contemporáneo, nos obligaría a formular por ahora algunos postulados propositivos de carácter mínimo y provisional; debiendo entenderse que, como siempre, la realidad es inevitablemente más compleja que la teoría.

A partir de este enfoque, habría que comenzar constatando en primer lugar que el derecho regulativo parece constituir un tipo de derecho «dúctil» (27), claramente superador de las tradicionales fronteras entre lo público y lo privado, configurando un tipo de estrategia jurídica donde, a cambio de renunciar a una fuerte dimensión transformadora inmediata de la realidad, se

(27) En el sugerente sentido de GUSTAVO ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995.

pretende adquirir alternativamente una mayor proyección sociolegal. Es decir, se trataría de una arena donde tiende a producirse un considerable incremento del ámbito sionormativo, permitiendo así «desbordar» algunas de las fronteras limitativas del anterior derecho público intervencionista: en particular, mediante la posibilidad de incidir activamente sobre las esferas, tradicionalmente opacas, del ámbito de lo privado. Teniendo en cuenta al mismo tiempo, que los propios circuitos privados acabarían adquiriendo ahora una mayor proyección de apertura y transparencia, al ser impregnados de «valores» públicos y de procedimientos inevitablemente «abiertos» a un entorno social inspirado en la lógica interactiva del ejercicio de derechos reconocidos en vía legal o constitucional. Estaríamos por lo tanto ante una auténtica «ruptura» de las tradicionales fronteras históricas del universo jurídico, desde un sentido nuevo y original que no puede ni debe interpretarse en absoluto como una «victoria» del derecho público sobre el derecho privado, ni tampoco a la inversa; sino más bien como una reordenación de los espacios sociales de referencia, en torno a los cuales se decide la propia lógica de la acción colectiva. Pues la dinámica regulativa no implica solamente la existencia de normas de conducta que afectan por igual a los espacios y/o a los sujetos privados y públicos, sino que debe suponer al mismo tiempo una reordenación general de las pautas que rigen la acción colectiva y sus esferas sociojurídicas de referencia.

En lo que respecta a la proyección del derecho regulativo en un sentido «condicional», usando frecuentemente la técnica de la normación mediante estándares, le inclinaría a operar desde la lógica dicotómica de la inclusión/exclusión, facilitando por un lado su adecuación a la dinámica concurrencial del mercado, pero permitiendo al mismo tiempo un tipo de diseño procesual adecuado para servir de marco al libre ejercicio de derechos. Lo que equivale pues a afirmar que no sería tanto un derecho regulador de servicios públicos o de esferas institucionales autónomas, cuanto —al mismo tiempo— un original «concretizador», sobre pautas condicionales, de derechos reconocidos legal o constitucionalmente. Unos derechos que ahora requerirán, sin embargo, algún tipo de proyección activa para su ejercicio efectivo: lo que explicaría el considerable éxito que adquieren algunas claves de mecanismos (a veces de dimensión más o menos autorregulativa) de homologación de pautas mediante terceros, en la medida en que determinan en la práctica claves de «inclusión» dentro del orden social regulado, que deben ser activadas por los propios interesados. El establecimiento de condiciones regulativas como circuitos de inclusión operaría pues en la práctica como un mecanismo selectivo de interconexión entre las trincheras, tradicionalmente enfrentadas, de lo público y lo privado, permitiendo así el uso indirecto de orientaciones estratégicas desde el propio sector público.

De este modo, la aparente debilidad del derecho regulativo (debilidad relativa, o vista desde la perspectiva del tradicional derecho público intervencionista) vendría sin embargo compensada por el considerable efecto difuso que generan en este campo los procesos de *autorregulación*. Especialmente mediante las técnicas de certificación por parte de terceros, donde se viene produciendo una espectacular generalización de los sistemas de homologación de calidad (el *European Management and Auditing System*, y las normas de certificación ISO), tanto en el sector público como en el privado. Es decir, que en paralelo a la progresiva disolución de fronteras entre lo público y lo privado se estaría produciendo una integración entre los fenómenos de regulación y de autoregulación (28), asegurando así una integración más operativa entre ámbitos que, tradicionalmente, se situaban como ejes dicotómicos o enfrentados.

En la medida en que el derecho regulativo suele operar a partir de unos estándares entendidos como pautas sociojurídicas, más o menos preexistentes o preestablecidas, parece que tendría una mayor dificultad para concretar de forma autónoma y creativa «nuevos» fines u objetivos programáticos, entendidos como valores sustantivos originales o diferenciados, acentuando alternativamente su dimensión procesual: es decir, la de servir como marco dentro del cual pueden, en su caso, generarse nuevos valores (29). Igualmente, este carácter tendencialmente «conservacionista» le haría prescindir de aquella potencialidad transformadora inmediata que se generaba desde la esfera pública, propia del anterior derecho intervencionista, implicando a cambio un mayor respeto a las pautas de vida socialmente establecidas, y en consecuencia una orientación hacia claves de innovación de dimensión «sociojurídica», más que estrictamente «jurídico-política» (30).

En cuanto a su proyección predominantemente horizontal le alejaría de los riesgos limitativos que implica, por un lado, su identificación exclusiva con la regulación de esferas institucionales (más o menos autónomas), como, por otro, de las restricciones de una estricta «territorialidad» en cuanto elemento delimitador de su ámbito normativo: es decir, sería un derecho orientado a operar más sobre una lógica de red, que sobre espacios sociojurídicos separados o compartimentalizados.

(28) Desde una perspectiva ambiental cfr. RICHARD N. L. ANDREWS: «Regulation and Self-Regulation of Bussiness», en Segunda Conferencia: *The Ecological State: Towards a New Generation of Environmental Policies and Institutions*, Sevilla, noviembre 1996, hemos manejado la versión *mimeo*.

(29) En el sentido pues de J. H. ELY: *Democracy and Distrust*, Harvard UP.

(30) Cfr. en este sentido, J. HABERMAS: «Law as Medium and Law as Institution», en G. TEUBNER (ed.): *Dilemmas of Law in the Welfare State*, cit.

En resumen, estaríamos ante un tipo de derecho de carácter horizontal, condicional, dúctil, de dimensión predominantemente procesual o generador de marcos para el ejercicio de derechos, y claramente superador de la dicotomía entre derecho público y derecho privado.

Seguramente no se ha destacado suficientemente la considerable proyección que este fenómeno regulativo comporta sobre el debate ideológico contemporáneo, donde se sigue reiterando un enfrentamiento relativamente desfasado entre claves intervencionistas más o menos tradicionales, frente al ya algo manido discurso «neoliberal» de la desregulación; entendidos ambos como expresiones operativas de las distintas alternativas estratégicas que deben configurar la acción desde las perspectivas tópicas de la izquierda o la derecha. Pues frente a estas visiones reduccionistas, parece claro que ni estado ni mercado serían ya por sí mismos conceptos de referencia con capacidad para proyectarse como elementos de racionalización del conjunto del sistema.

Sería sin embargo en el campo de sus relaciones, tanto con la esfera de la sociedad como con la órbita de la gestión pública, donde aparecerían las principales novedades desde una perspectiva instrumental o estratégica. Pese a tratarse probablemente de un desarrollo adicional del denominado «enfoque sociolegal», no cabría hablar aquí más que muy indirectamente de mecanismos espontáneos de creación en base a la lógica de la «autorregulación»; aunque es evidente que la progresiva inclusión de la noción de regulación en la agenda política parece reforzar la presencia de una «demanda social» como instrumento motor. En cualquier caso no hay duda de que parece tratarse, alternativamente, de un derecho menos «politizado» que el de etapas anteriores. Por eso, puede sugerirse que las pautas que deben orientar su proceso de creación dependerán en gran medida de claves conectadas con la lógica del *policy process*; es decir, que se trataría de actuar en el diseño legislativo siguiendo un esquema procesual de carácter triangular, donde el soporte del conocimiento técnico-científico así como los factores de participación sectorial de interesados, deben equilibrarse con el protagonismo de la propia esfera pública, encargada de definir o concretizar en su caso los nuevos valores públicos y de tutelar los intereses difusos.

En cuanto a las claves que deben asegurar su aplicación y vigencia efectiva, debe destacarse que estaríamos ahora ante un tipo de derecho cuyas pretensiones aplicativas no dependerán ya, de forma exclusiva e inmediata, de la propia autoinstrumentación pública (proyectada en una tradicional dimensión monopólica y excluyente), sino también del grado de inclusión activa de la red socioinstitucional afectada: incluyendo pues a «otras» administraciones (eventualmente autónomas), redes de actores y/o usuarios, organizaciones de carácter cuasi no gubernamental; y por supuesto a los propios

circuitos de una gestión pública relativamente autónoma, que ahora no estarían ciertamente en condiciones de asegurar una absoluta homogeneidad de resultados. En otras palabras, su gran proyección sociolegal amplificaría considerablemente el campo de circuitos implicados en su proceso de implementación y aplicación efectiva. Finalmente parece que el proceso de implementación del derecho regulativo no suele implicar de forma necesaria e inmediata una repercusión directa sobre el gasto público, al generar normalmente fenómenos de externalidad o de desplazamiento hacia afuera del coste adaptativo (31).

Si algunos de los anteriores caracteres descriptivos permiten identificar con cierta claridad algunos perfiles emergentes de esta nueva oleada de evolución jurídica, su principal núcleo problemático se situaría finalmente en torno a la cuestión del control efectivo de su aplicación: porque aparece aquí el riesgo evidente de que estemos descubriendo una instancia jurídica de carácter *light*, cuyo éxito final dependa finalmente de circuitos autoaplicativos de carácter social y difuso, y en consecuencia relativamente alejados del propio eje de control directo por parte de las esferas públicas: al menos en la medida en que la filosofía general del control-aplicación de esta instancia jurídica no podría ajustarse ya a las claves verticales o mecanicistas, propias de las viejas tradiciones del derecho público, ni a sus habituales circuitos (predominantemente jurisdiccionales) de control.

Por una parte, parece evidente que, en cuanto se trata de un derecho que establece circuitos condicionales de inclusión (en algunos casos definibles en cuanto «derechos», entendidos como pretensiones sociales activas dotadas de un reconocimiento jurídico suficiente), sería pues el propio nivel de disponibilidad, en cuanto ejercicio efectivo de tales instrumentos, el que determinará en la práctica las claves de su eficacia en términos de aplicación: es decir, que acabaría siendo en última instancia su grado de éxito social, en el sentido de aceptación de las reglas de juego para efectivamente jugar, el principal factor que determinará indirectamente su fuerza aplicativa o su eficacia en última instancia. Pensemos, por ejemplo, en el modo como numerosos programas europeos vienen transformando, a partir del diseño regulativo de marcos condicionales de inclusión, la lógica tradicionalmente subvencionadora de numerosas políticas de dimensión asistencial: mediante un diseño que, para permitir su puesta en práctica, exige normalmente una aceptación de condiciones y de compromisos activos por parte de organismos públicos y/o de colectivos interesados, a la hora de acceder a los correspondientes fondos.

(31) En relación con este fenómeno en el contexto de la Unión Europea, cfr. G. MAJONE: «La crescita dei poteri regolativi nella Comunità Europea», *Rivista Italiana di Scienza Politica*, núm. 3, cit., 1995.

Pero en segundo lugar, parece que junto a la órbita de la sociedad y de sus intereses organizados, deberá ser la propia esfera pública (o semipública en su caso) la que tenga que asumir en última instancia un protagonismo activo tanto en lo que se refiere a la orientación de las instancias regulativas hacia objetivos finalistas inmediatos, como a la puesta en marcha de los correspondientes circuitos autorizativos selectivos, que podrán llegar a determinar, en caso negativo, la eventual exclusión. Por utilizar la terminología de Helmut Willke (32), se trataría del uso de los (tradicionales) instrumentos jurídicos condicionales y finalistas, al servicio del nuevo marco «relacional» en el que operaría el derecho regulativo.

Por lo tanto, cabría concluir que las instancias encargadas del diseño regulativo probablemente no deberían ser las mismas que se encarguen de su proceso efectivo de aplicación y control, a diferencia de lo que sucedía en la instancia instrumental del derecho público intervencionista. O sea, que el derecho regulativo requeriría la presencia de otras esferas socioinstitucionales activas y relativamente autónomas de implementación y control; lo que viene a significar una renuncia a las pretensiones autoaplicativas propias del derecho intervencionista clásico, para entrar ahora en claves de adecuación a través de la lógica compleja del gobierno «multinivel» y de la propia gestión pública estratégica. Más allá de este plano horizontal subsistiría, naturalmente, la vía sancionatoria desde esferas externas, sean o no estrictamente judiciales, como última y residual instancia del derecho.

En conclusión, cabría pues sugerir que las experiencias regulativas, consideradas desde una perspectiva global de innovación jurídica, constituyen todavía y por ahora un proceso emergente, acaso no suficientemente percibido y entendido desde la perspectiva del legislador. De tal modo que las críticas que con frecuencia se proyectan contra la esfera regulativa, en realidad parece que vienen a incidir más bien en las transitorias insuficiencias de la misma: el proceso de aprendizaje institucional que debe conducir a un uso adecuado, con todas sus potencialidades implícitas, de estos instrumentos regulativos, parece presentar todavía numerosos déficits, especialmente en las instancias subeuropeas, configurándose así como un auténtico desafío que debe marcar alguna de las claves de la eficacia del derecho en el siglo XXI.

(32) «Three Types of Legal Structure», en G. TEUBNER (ed.): *Dilemmas of Law...*, cit.