

EL PAPEL DE LA ESFERA PÚBLICA ANTE LA ECONOMÍA: NUEVAS REFLEXIONES ACERCA DEL DERECHO REGULATIVO¹

*The role of the public sphere in the economy: new reflections
on the regulatory law*

ANTONIO PORRAS NADALES

Universidad de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL MARCO DE PARTIDA: LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DEL ESTADO SOCIAL.—III. EL IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN Y LA CRISIS DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA.—IV. EL PROCESO EVOLUTIVO: 1. *Primera etapa: planificación y sector público económico.*—2. *Segunda etapa: participación social y políticas públicas.*—3. *Tercera etapa: desbordamiento de fronteras y gobernanza multinivel.*—V. LAS EXIGENCIAS DE UN DERECHO REGULATIVO: 1. *Los fundamentos.*—2. *La determinación de los fines entendidos como valores públicos.*—3. *Los problemas de estructura y organización de las instancias regulativas.*—4. *Los problemas de control.*—5. *Pautas de encuadramiento y evolución.*—VI. UN BALANCE REFLEXIVO (EN BÚSQUEDA DE LA TRANSPARENCIA).—VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El impacto de la crisis económica ha revitalizado el interés científico sobre el papel de derecho regulativo y la función desempeñada por las instancias reguladoras, generalmente agencias independientes. El presente artículo plantea una reflexión crítica sobre la operatividad del instrumental público en relación con la economía,

(1) Una primera versión de este trabajo se presentó en el Simposio Internacional «*Constitución, Estado de Derecho, Desarrollo*», organizado por el Instituto Peruano de Derecho Constitucional en Lima, 12-13 noviembre de 2013.

partiendo del originario modelo estatal de Constitución económica y siguiendo una pauta evolutiva centrada en el balance del derecho regulativo y sus perspectivas de futuro. Sostiene la hipótesis de que las perspectivas actuales de revisión del derecho regulativo deben conectarse con transformaciones paralelas en el diseño y funciones de las agencias regulativas.

Palabras clave: Constitución económica; derecho regulativo; Estado de bienestar; crisis económica; agencias; globalización.

ABSTRACT

The impact of the economic crisis has revived scientific interest in the role of regulatory law and the role played by regulators, generally independent agencies. This article offers a critical reflection on the operability of policy tools in relation to the economy, departing from the original State model of economic constitution and following an evolutionary pattern centered on the evaluation of regulatory law and its future prospects. It hypothesizes that the scenario of revision of the regulatory law must connect with parallel changes in the design and functions of regulatory agencies.

Key words: Economic constitution; regulatory law; welfare State; economic crisis; agencies; globalization.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de globalización parece haber desbordado desde hace tiempo los límites territoriales dentro de los cuales se había diseñado y proyectado originariamente el instrumental constitucional de los respectivos Estados en relación con la economía. Se trataba de todo un conjunto de mecanismos normativos que, a partir de mediados del siglo xx, venimos identificando bajo la denominación de *Constitución económica*, donde se configuraba un modelo de regulación de la economía cuyas coordenadas históricas se han desenvuelto en paralelo al propio desarrollo evolutivo del Estado social.

Frente a la hipótesis catastrofista inmediata que conduciría a la más absoluta nada, es decir, a la más completa desregulación de la actividad económica con el definitivo triunfo del mercado mundial, la lenta pero consistente aparición de unas instancias regulativas transnacionales parece ofrecer una primera tentativa de respuesta, susceptible de ser ubicada en torno a las coordenadas conceptuales del denominado *derecho regulativo*. Una categoría que, a pesar de su considerable desarrollo cuantitativo en las últimas décadas, parece aún escasamente delimitada en términos jurídicos (2); aunque su de-

(2) PORRAS NADALES, A. (2002).

sarrollo, además de su eje más general de proyección dual (es decir, operando o bien en el interior de los diversos estados o bien en la esfera globalizada internacional), presenta un tercer ítem de especial interés, y seguramente de mayor dimensión innovadora, en el ámbito del derecho europeo (3).

Desde una perspectiva general puede constatarse que la noción de derecho regulativo ha progresado con relativo éxito en diversos ámbitos materiales: sobre todo en el medioambiental, así como en esferas conexas con la protección de los consumidores, el control alimentario o sanitario (afectando en su caso tanto a ámbitos productivos como a su comercialización o etiquetaje), o incluso en la protección del expolio y comercio de bienes culturales; aunque hasta ahora parece estar demostrando su más rotundo fracaso en relación con el sector financiero de la economía, en especial tras el grave impacto de la crisis desatada a partir de 2008.

En cualquier caso, la propia noción de derecho regulativo supone la apertura de todo amplio abanico problemático que suscita numerosas incertidumbres e interrogantes a los que, hasta ahora, no parece que hayamos podido encontrar respuestas desde las inercias conceptuales y metodológicas propias de la tradición estatalista de la doctrina jurídica; al menos en la medida en que supone una sustancial modificación de los parámetros habituales a través de los cuales suele abordarse el estudio del tradicional sistema de fuentes del derecho, constituyendo una categoría relativamente ambigua o difusa caracterizada por su alto grado de transversalidad y a veces también por su notable nivel de informalidad (que se expresa quizás paradigmáticamente en la reiterada noción de *soft law*).

Aún más procelosa sería la reiterada confusión de planos que, a un nivel material, se produce a veces entre las nociones contradictorias de regulación o desregulación, con la aparición incluso de nociones tramposas como la de «regulación desreguladora»; cuando no con la dinámica de la autorregulación. Aunque se trata de una serie problemática que conviene retener, desde el convencimiento de que la idea de regulación se contraponen lógicamente a las nociones de desregulación y de autorregulación, por más que en el habitual discurso periodístico-económico se trate a veces de categorías reiteradamente confundidas.

En todo caso podemos aceptar que el progreso del derecho regulativo tiende a hacerse más consistente en la medida en que ha discurrido en paralelo a la aparición y progresiva consolidación de esferas institucionales relativamente autónomas (las llamadas *agencias regulativas*) (4) que operan

(3) MAJONE, G., LA SPINA, A. (1991); MAJONE, G. (1993); MAJONE, G. (1995); MAJONE, G. (1996); JORDANA, J., LEVI-FAUR, D. (eds.) (2004).

(4) Aunque la tipología de las denominaciones es muy variada y suele depender de las peculiaridades de cada país. Cfr. una panorámica histórica en E. VÍRGALA E. (2006). Sobre el

tanto al nivel estatal como en su proyección supranacional en torno a la denominada gobernanza multinivel. Lo que sin duda viene a complicar el marco institucional de referencia desde el cual se genera en la práctica tanto el diseño del derecho regulativo como sus mecanismos de aplicación y control, introduciendo elementos añadidos de dificultad para el análisis teórico, y seguramente también en el propio proceso histórico de evolución del mismo.

En el presente trabajo pretendemos deducir algunas coordenadas críticas de acercamiento a esta esfera regulativa, tomando como pauta de partida una secuencia evolutiva que progresaría desde la esfera estatal, en torno al modelo histórico de Estado social (donde se sitúa, con plena congruencia, la noción originaria de Constitución económica), hacia la esfera transnacional, donde se hace vigente la realidad de una economía globalizada altamente desregulada en la práctica.

II. EL MARCO DE PARTIDA: LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DEL ESTADO SOCIAL

Lo que de entrada puede resultar paradójico es que, a pesar de tratarse de una categoría que podemos considerar ya casi como «histórica» (en el sentido de alejada en el pasado), la propia noción de Constitución económica siga presentando perfiles polémicos donde se reflejan con frecuencia posiciones ideológicas enfrentadas. Y es que seguramente se trata de una categoría que, aunque claramente vinculada a la noción de Estado social, no se ha conseguido proyectar paralelamente en lo que respecta a su conexión con el concepto de Estado democrático y su exigencia inherente de pluralismo político. O dicho en otras palabras, que en principio la Constitución económica lo es, o lo debe ser, tanto bajo mayorías de derechas como de izquierdas(5). Lo contrario sería como pretender que, más allá de la Constitución económica (concepto que habría que considerar como implícitamente «de izquierdas»), existiría una realidad material extraconstitucional (el mercado: concepto pues predominantemente «de derechas») capaz de convertirse en categoría dominante más allá de la propia Constitución; lo que implicaría negar toda relevancia tanto a la fuerza normativa de la Constitución como a la noción constitucionalizada de economía social de mercado, probablemente una de las categorías más originales y brillantes del siglo XX.

tema SALVADOR, M. (2002); RALLO, A. (2002), VIRGALA, E. (2012), GERADIN, D., PETIT, N. (2004).

(5) Todavía desde el mismo plano ideológico viene insistiendo reiteradamente JOERGES, Ch. (2005).

Teniendo en cuenta estas inevitables precauciones, podemos recordar en todo caso que el concepto de Constitución económica, característico del constitucionalismo propio del Estado social, implicaba una dualidad de planos normativos encargados de establecer: (a) por una parte las *reglas de juego* generales para el desenvolvimiento de la actividad económica, entendida como una actividad libre; y, (b) por otra, una serie de *elementos instrumentales* puestos a disposición del Estado para incidir directamente sobre la esfera económica (6).

El carácter estrictamente institucional o declarativo del primer bloque normativo no excluía ciertamente la presencia de innovaciones históricas sustanciales, vinculadas a la noción de economía social de mercado característica del siglo xx: como por ejemplo, el reconocimiento de la función social de la propiedad. Pero se trataba en todo caso de una instancia relativamente «neutral» en términos jurídico-políticos, es decir, característica de la parte dogmática de las constituciones, donde en general se declaran las libertades propias del mundo occidental: libertad de empresa, propiedad privada y economía de mercado, entendidas como reglas de juego para el desenvolvimiento de la actividad económica.

En cambio, la dimensión instrumental del segundo bloque normativo, fuertemente condicionado por el principio de legalidad, ponía a disposición de las mayorías gobernantes unos medios de acción cuya operatividad dependería en la práctica de la incorporación de unos concretos horizontes programáticos (que siempre requerirán de un cierto grado de concreción por parte de la respectiva mayoría gobernante), con el objetivo de hacer efectiva su función de tipo finalista-instrumental. Es cierto que gran parte de esos horizontes finalistas quedaban ya fijados en las propias Constituciones, en una dimensión general o suprapolítica, mediante cláusulas que establecían algunos objetivos programáticos de carácter más o menos abstracto: como por ejemplo, el desarrollo económico o el pleno empleo, el reparto equitativo de la renta, la armonización de las diferencias territoriales, el respeto al medio ambiente, etc. Pero se supone que, dentro de ese amplio marco de horizontes finalistas, las mayorías gobernantes deberían establecer sus prioridades de agenda y sus objetivos estratégicos para cada legislatura. Deberá ser, en cualquier caso, el adecuado ensamblaje operativo entre ambos planos (es decir, el doble eje finalista-instrumental sobre el que incide la acción de gobierno) el que acabará otorgando su auténtica clave a la posición activa del Estado ante la esfera económica.

(6) MORISI, M. (1981): Una visión similar desde perspectiva más actualizada en ALBERTÍ, E. (2004).

Desde el punto de vista operativo, de lo que se trataba en este ámbito era de definir con precisión en el seno de la propia Constitución las posibilidades «máximas» de intervención pública, estableciendo sus correspondientes condiciones y requisitos; pero siempre dando por supuesto que el grado de intervención real del Estado en la economía vendría determinado en la práctica por el respectivo proyecto político de la mayoría gobernante. En consecuencia, por debajo de esas posibilidades máximas, la actividad económica podría desenvolverse de forma diversa según su mayor o menor remisión al mercado (siendo el propio mercado una categoría incluida en la propia Constitución).

Esta doble coordenada (regulativa por un lado; finalista/instrumental u operativa por otro) de la Constitución económica constituía al final un modelo histórico congruente y sistemático que se ha venido aplicando normalizadamente en su correspondiente ámbito estatal; y cabe afirmar que, mejor o peor, ha desplegado históricamente su potencial con relativo éxito durante el periodo de apogeo del Estado social intervencionista, es decir, a partir de mediados del siglo xx. Sería en cierta medida una nueva concreción de la conocida dualidad del *law as a medium* frente al *law as institution* a que se ha referido el propio Habermas (7).

Se entiende que, a partir de este doble marco regulativo e instrumental, el Estado ha puesto en marcha históricamente una serie de tareas en relación con la economía: las más básicas, orientadas a dirigir o complementar el mercado mediante políticas fiscales o monetarias; y las más avanzadas o intervencionistas, implicando tareas de sustitución del mercado mediante la creación de un sector público económico o de empresas públicas. Dentro de la concepción general del Estado social del siglo xx (claramente deudora de toda una filosofía keynesiana que estaba en su base) se suponía que una adecuada gestión de la economía (o, en su caso, una buena coyuntura económica) permitía derivar vía fiscal los recursos financieros necesarios para atender al conjunto de políticas sociales o de bienestar que, en general, han sufrido un proceso expansivo en torno a la noción de *welfare state* a lo largo del siglo, en paralelo a la progresiva constitucionalización de los derechos sociales. En consecuencia la «teoría» de la Constitución económica, inspirada en última instancia en premisas filosóficas de tipo keynesiano, se configuraba como un soporte necesario para la propia teoría del Estado social o *welfare state*.

Cuando ya en pleno siglo xxi tratamos de valorar la operatividad de este amplio marco de acción, una vez transcurrido un ciclo histórico suficiente, cabría plantear como mínimo dos perspectivas de abordamiento: (a) por una parte se trataría de analizar el grado de aprendizaje suscitado a partir de la aplicación de este instrumental jurídico e intervencionista, que ha discurrido

(7) HABERMAS, J. (1986).

en paralelo a la propia historia del Estado social; (b) por otra, habría que atender a la tarea de detectar la aparición de fenómenos históricos nuevos, externos o sobrevenidos, que no estaban presentes en el diseño originario del sistema.

Sin embargo, a la hora de valorar la vigencia de este modelo a partir de su larga trayectoria histórica, debería apuntarse con carácter previo una primera constatación. Y es que, por más que —siguiendo la propia filosofía keynesiana— el instrumental de recursos de acción económica en manos de la esfera pública se haya pensado originariamente como un entramado de carácter preventivo frente a las crisis económicas, la propia historia viene demostrando que las crisis se siguen desencadenando inexorablemente a lo largo del tiempo, con manifestaciones nuevas, diversas e imprevistas. Siempre cabría pensar que, en teoría, de no haber existido este instrumental constitucional para un control de la economía, la fenomenología de tales crisis hubiera sido acaso más grave e intensa. Aunque probablemente esta sencilla constatación histórica nos lleve al final a una visión acaso más realista y congruente: la de que todo ordenamiento constitucional constituye en principio y por definición un marco normativo pensado para condiciones de *normalidad*, tanto en términos sociales como económicos (8). Pero cuando las variables de equilibrio general de la economía se alteran gravemente (con sus inevitables consecuencias sociales), la capacidad de respuesta de las instituciones públicas parece decaer de forma paralela: los recursos cognitivos para diagnosticar la realidad, los instrumentos de respuesta ante la misma y las capacidades operativas de las esferas gubernamentales ante coyunturas de crisis, resultan en la práctica considerablemente reducidos e insuficientes, como nos viene demostrando la realidad histórica desde hace décadas. Y de este modo la función estatal de tutela de la seguridad estratégica del sistema socioeconómico, tal como en su momento fuera sugerida por Offe (9), presenta a la postre considerables déficits y carencias, sin que pueda afirmarse hasta ahora la existencia de una auténtica «Constitución económica de la crisis» (10) capaz de desplegar mecanismos de respuesta inmediata y operativa. Sin duda, uno más de los hermosos sueños del constitucionalismo que se nos ha caído por los suelos.

(8) O en su caso también, condiciones de normalidad política. Sobre el debate histórico en Europa GÓMEZ ORFANEL, G. (1986); en el contexto latinoamericano AGUILAR RIVERO, J. (2000).

(9) OFFE, C. (1984), OFFE, C. (1988).

(10) Por más que recientemente se estén ensayando en la Unión Europea algunas iniciativas en este sentido a partir de la *European Systemic Risk Board* (Reglamento UE 1092/2010). Desde una perspectiva distinta, centrada en el estudio del caso británico, cfr. BLACK, J. (2010).

III. EL IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN Y LA CRISIS DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Afirmar que este modelo general de Constitución económica, nacida con el constitucionalismo del siglo XX, ha estallado por los aires a principios del siglo XXI, seguramente sería una afirmación que, aunque de tonos apocalípticos, acaso no deje de ser correcta en el fondo; pero quizás convendría tratar de ponderarla con algún detenimiento. En todo caso, podemos comenzar recordando simplídicamente los argumentos tópicos que se vienen manejando al respecto durante los últimos tiempos: la crisis del modelo económico propio del periodo de apogeo del Estado social se habría desencadenado en primer lugar debido a un desajuste de escala territorial, desde el momento en que la generalización de los procesos de globalización económica ha acabado por desbordar las fronteras estatales, haciendo inútil el instrumental público diseñado en las respectivas constituciones.

El fenómeno de la globalización se viene interpretando habitualmente como una pérdida de capacidad estatal en sus funciones regulativas o intervencionistas (y en consecuencia, en sus posibilidades de control de la economía), implicando toda una serie de aspectos problemáticos que acaban afectando no sólo al ámbito económico sino a su correlato más inmediato, el Estado social. Sea cual sea el diagnóstico sobre sus causas o factores explicativos, el dato constatado es que los circuitos de la economía globalizada se escapan del control del Estado, contando con la presencia de ámbitos de opacidad o redes de paraísos fiscales que permiten eludir los instrumentos públicos estatales.

Este fenómeno va acompañado de una paralela focalización en el plano ideológico: se trataría de la emergencia del neoliberalismo, con una presencia relevante en determinadas instituciones internacionales, lo que determina unas pautas de abordamiento de la realidad económica que son extrañas a la filosofía keynesiana, desde la cual se inspiró en general el diseño constitucional originario del Estado social y su Constitución económica (11).

El resultado sería pues en todo caso un emergente fenómeno de precariedad estatal, que se refleja como mínimo en dos ámbitos de evidente relevancia constitucional: (a) la existencia de marcos internacionales de apertura comercial y de capitales que, operando conforme a una pura lógica de mercado, condicionan inexorablemente las políticas internas de los estados afectando a sus potenciales de inversión y, por lo tanto, de desarrollo econó-

(11) Por más que en el discurso europeo y desde una perspectiva «germanocéntrica» se insista más bien en la trascendencia del «ordo-liberalismo» alemán como argumento conductor del proceso. Cfr. JOERGES, Ch. (2005). En el mismo sentido MAESTRO, G. (2002).

mico; y (b) la presencia de mercados financieros que operan sobre la deuda de los países, valorando su «solvencia» según las medidas de política interna adoptadas en cada caso (12).

Sin embargo esta precariedad estatal no ha sido acompañada de una paralela asunción de funciones regulativas adecuadas por parte de las instancias internacionales, teóricamente responsables del control de la economía globalizada; sin que hasta ahora podamos hacer tampoco una valoración satisfactoria de la experiencia europea. Como ha recordado Paramio «frente a la conciencia creciente sobre la fragilidad y los riesgos de mala calidad institucional de los sistemas financieros locales, no se ha desarrollado un consenso sobre la actuación a nivel internacional frente a las turbulencias financieras y sus efectos en las economías nacionales en desarrollo» (13)

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

Pero para abordar desde una perspectiva jurídica suficiente esta nueva fenomenología, convendría que, además constatar las transformaciones operadas en el entorno supraestatal alrededor del fenómeno de la globalización, prestáramos atención también a la otra cara del problema: a lo que ha sido el proceso de aprendizaje acerca del uso del instrumental jurídico con el que ha contado la esfera pública a partir del diseño originario de la Constitución económica. Es decir, al modo como el balance de éxitos o fracasos se ha repercutido a lo largo del tiempo sobre el conocimiento jurídico, así como al grado de innovación o de adecuación a nuevos contextos que han experimentado nuestros bagajes legales o nuestra capacidad de diseño regulativo; y por supuesto, al nivel de eficacia que al cabo del tiempo han acabado adquiriendo estos instrumentos regulativos o intervencionistas.

Proponemos, en definitiva, la conveniencia de una adecuada reflexión jurídica sobre un ámbito tradicionalmente monopolizado por el discurso economicista o, cuanto más, por el periodismo económico. Y en tal reflexión es evidente que el discurso constitucionalista siempre tendrá algunos elementos sustanciales que aportar, aunque al final tengan que orientarse hacia un ám-

(12) ARTHURS, H. W. (2003).

(13) PARAMIO, L. (2002).

bito de dimensión supraestatal o transnacional. Este complejo análisis orientado hacia un balance histórico de experiencias debe focalizarse, como ya hemos señalado, alrededor una categoría más o menos generalizada aunque, al mismo tiempo, algo difusa: el concepto de *derecho regulativo*. Una instancia jurídica emergente que se ha proyectado de forma consistente desde la escala estatal hacia la esfera internacional, aunque sin aportar hasta ahora un balance de resultados que podamos considerar como satisfactorio.

Se trata ciertamente de una noción problemática desde el punto de vista de su naturaleza jurídica: se supone que en principio sería un derecho público, o de naturaleza pública, aunque su ámbito de proyección afecte normalmente al ámbito de las empresas privadas. Se supone en segundo lugar que pretende una «regulación» de ciertos sectores, y no una autorregulación de los mismos (aunque la autorregulación pueda suponer en todo caso un avance frente a la absoluta desregulación). Se supone que debe progresar en la escala supraestatal para atender a las exigencias propias de la economía globalizada; aunque en la medida en que desborda las fronteras estatales, las posibilidades de usar instrumentos coercitivos decaen considerablemente y resulta imposible situarlo de forma definida en torno a un teórico «sistema de fuentes» entendido en su forma convencional.

En general y desde una perspectiva teórica, la noción de *regulación* suele interpretarse, siguiendo las categorizaciones de Lowi, como un tipo de acción que afecta a actores que pretenden ganar eficiencia, o bien evitar fricciones entre sistemas mediante el uso la cooperación; afecta en consecuencia generalmente a fallos de mercado o a grandes cuestiones de acción colectiva, proponiendo la búsqueda de soluciones para problemas comunes que no pueden resolverse unilateralmente (14). Teóricamente se supone que puede operar tanto en clave de estricta regulación normativa (*rules*) como en base a estándares (como las famosas normas ISO), o bien incluso mediante principios; aunque con una especial preocupación operativa sobre los resultados (*outcomes*). Pero su aplicación implica en última instancia una pluralidad de circuitos de control, que suele comprometer tanto a las propias instancias regulativas como a los tribunales de justicia, o incluso a los ombudsmen (cada uno operando desde diferentes perspectivas).

Por supuesto, habitualmente se entiende que el primer inconveniente de un derecho regulativo capaz de proyectarse más allá de las fronteras estatales

(14) Pero se supone que la noción de regulación también implica la exigencia de una dimensión finalista o «purposive» en las esferas institucionales, aunque a veces haya dificultades para identificar cuáles son en concreto tales «regulatory goals». Como también puede haber dificultades tanto para asegurar su adaptación a las diferencias culturales entre países así como igualmente, a veces, para aceptar su dimensión normativa general. Cfr. al respecto Lowi, Th. (1979); WILSON, J. Q. (1980); REICH, S. (2000).

reside en su problema de escala, al progresar en el ámbito supraestatal. Pero nuestra hipótesis consiste en cuestionar si se trata solamente de un problema de escala, o si existen adicionalmente otros problemas referidos a aspectos de diseño y de control, a los que a veces no se les ha prestado la adecuada atención. Estas son algunas de las hipótesis e interrogantes que tratamos de discutir.

IV. EL PROCESO EVOLUTIVO

La afirmación de que el uso del instrumental jurídico en manos del Estado en relación con la economía debe valorarse a partir del balance de la experiencia —es decir, a partir del proceso de aprendizaje generado desde la aparición del intervencionismo público en el campo económico—, supone en cierta manera tratar de encarar una especie «historia» del Estado social. Una aproximación que en principio debería abordarse desde la perspectiva optimista de que todo el proceso de aceleración y de profundas transformaciones históricas que éste trae consigo ha sido presidido o inspirado por una perspectiva crítico-reflexiva, según la cual los gobiernos y las instituciones «aprenden» de su propio balance de experiencias, corrigen sus errores, y valoran críticamente el grado de eficacia de los resultados conseguidos. Lo cual resulta ser, como decimos, una perspectiva optimista, ya que el concepto habermasiano de *institutional learning process* sigue constituyendo con frecuencia un referente idealista, no siempre suficientemente confirmado por la realidad de los hechos. En particular cuando esa realidad se sitúa en el plano de la arena política, donde la lógica del pluralismo y la alternancia se suele interpretar en clave puramente ideológico-competitiva y no como el resultado de un ejercicio reflexivo o deliberativo, orientado hacia un proceso colectivo —más o menos ideal— de aprendizaje institucional (15).

Un segundo núcleo problemático, a veces poco evidente, es el que se refiere a la propia noción de intervencionismo. Y es que con frecuencia damos por supuesto que la emergencia del Estado intervencionista no implicaba en rigor una focalización específica sobre este elemental problema, de naturaleza puramente instrumental: el de qué es el intervencionismo, o cuáles son los instrumentos adecuados para llevarlo a cabo. La inercia de las concepciones institucionalistas u organicistas dominantes en la época, así como la propia visión mecanicista del Estado de Derecho, permitían desproblematizar esta cuestión entendiendo que, en cualquier caso, la lógica político-burocrática

(15) Para un mayor desarrollo de los argumentos que siguen, cfr. PORRAS NADALES, A. (2014).

estatal se adaptaría de forma automática a cualquier requerimiento histórico, incluida la nueva tarea del «intervencionismo».

La propia concepción finalista que preside las etapas iniciales de evolución del Estado social se supone que respondía en principio a esta presunción: en la medida en que la esfera pública fuera capaz de concretizar sus horizontes programáticos (tarea que normalmente asume el gobierno apoyado en una mayoría) en forma de fines u objetivos, el «aparato» del Estado se encargaría por sí mismo de llevarlos a cabo de un modo más o menos automático. Una presunción que pronto iba a demostrarse bastante errónea, como se percibe por ejemplo en el difícil y tortuoso proceso de emergencia de las denominadas «leyes-medida» o en las dificultades para diseñar parámetros de control o instrumentos evaluativos adecuados acerca del logro de tales objetivos (16).

En todo caso, podríamos proponer una secuencia o esquema evolutivo para abordar el desarrollo del intervencionismo público, que discurriría al menos a través de tres etapas.

1. *Primera etapa: planificación y sector público económico*

La primera fase lógico-histórica por la que discurre el intervencionismo público sería la de la apropiación por parte del Estado de sectores concretos de la economía, dando lugar a la aparición de un sector público económico que se dirige centralizadamente desde una perspectiva tecnocrático-planificadora.

En Europa esta fase tuvo plena congruencia histórica al coincidir inicialmente con el momento de reconstrucción de la segunda posguerra mundial, implicando una apropiación de sectores enteros de la economía en ámbitos como la energía, materias primas, banca, comunicaciones, etc., hasta llegar a su apogeo sobre la década de los sesenta, cuando el ideal de la planificación alcanza su mayor prestigio, especialmente en Francia. Se trataba adicionalmente del periodo de máximo desarrollo de la desaparecida Unión Soviética, cuyas estrategias planificadoras parecían estar dando en aquel momento buenos resultados: lo que va a suscitar un claro componente ideológico destinado a mantenerse inercialmente a lo largo del tiempo.

Sin embargo, en una perspectiva valorativa, cabría afirmar que, desde un punto de vista conceptual, se trataba de un tipo de intervencionismo algo primario y elemental ya que parte de una constatación negativa: puesto que la esfera pública parece incapaz en principio de incidir sobre la esfera privada del

(16) Una reflexión problemática sobre el tema en PORRAS NADALES, A. (2007).

mercado, sólo cabe la apropiación o nacionalización de ciertos sectores económicos privados para ser dirigidos desde el Estado. De lo que se trataría pues, es de que el Estado administre «su» propio sector público: lo que en principio puede suponerse como una vía relativamente fácil, en la medida en que no va a implicar interferencias directas sobre o desde la esfera del mercado privado.

Lógicamente la vigencia de este ideal planificador coincide en general con un fenómeno de centralización de las instituciones políticas, dando lugar a un primer modelo de Estado social que se caracterizaba por una impronta fuertemente unitaria y verticalizada: donde se supone en principio que el fenómeno de la centralidad gubernamental, la función de impulso político o de programación, así como el crecimiento general de los aparatos burocráticos y del gasto público, acabarán aportando una capacidad suficiente de respuesta por parte del Estado social a las necesidades y requerimientos del sistema: el llamado a partir de Rose «*big government*» (17).

Por lo que respecta a la esfera jurídica, cabría afirmar que esta fase no supone en rigor la aparición de grandes innovaciones, al menos en la medida en que tiende a reproducirse una trinchera más o menos tradicional que separa los ámbitos del derecho público y del derecho privado entendidos como esferas separadas, a modo de líneas paralelas que no se encuentran hasta el infinito. Como máximo, cabría sugerir que el legislador propio de la primera etapa evolutiva del Estado social tiene un punto de duda o de suspicacia acerca del logro final de sus objetivos intervencionistas, lo que se va a traducir en una intensificación de sus contenidos finalistas o programáticos, que deben tratar de explicitarse (con frecuencia en los propios preámbulos de las leyes); aunque dando por supuesto que, una vez formalizados, tales objetivos programáticos se alcanzarán satisfactoriamente por sí mismos, contando con el automatismo instrumental del sistema burocrático.

En consecuencia el grueso del derecho intervencionista sería en rigor un derecho público infralegal o puramente administrativo (donde el Estado administra su propio sector público) y, en todo caso, la potencial fricción entre normas legislativas y ejecutivas se solventaría con el recurso generalizado a la figura del decreto-ley. En cuanto a los ciudadanos, más allá de su condición de electores, carecerían de toda relevancia al quedar incluidos finalmente dentro de la categoría de meros «administrados».

2. *Segunda etapa: participación social y políticas públicas*

Desde una perspectiva evolutiva general podría sugerirse que la segunda fase lógica por la que discurre la estrategia de acción de la esfera pública en

(17) ROSE, R (1984).

el Estado social se situaría, a partir de las décadas finales de siglo, en torno a los enfoques de las políticas públicas y la gobernanza, implicando una presencia directa de la ciudadanía (es decir, de la sociedad, mediante redes sociales participativas) en el diseño estratégico de la acción, así como una modificación flexible de los instrumentos burocráticos en torno a categorías como la nueva gestión pública (o *new public management*). Se trata pues de la noción de «administración adecuada a consensos» que sustituiría al ideal de la administración finalista, o finalista-instrumental, propia de la anterior etapa. Una dinámica que deriva hacia un proceso de horizontalización o descentralización del Estado, exigiendo la puesta en marcha de mecanismos de coordinación o cooperación que teóricamente vienen a sustituir al modelo centralizado propio del primer Estado social.

Aunque el grado de éxito y de generalización de este modelo ofrezca en la práctica resultados muy desiguales (debido a la intensa dinámica inercial del anterior modelo)(18), se trata en cualquier caso de un proceso de aproximación o de permeabilidad entre las tradicionales fronteras enfrentadas del derecho público y el derecho privado, que trataría de progresar ahora en torno a un nuevo tipo de derecho intervencionista gestado mediante amplios consensos con el tejido social, perdiendo así su impronta jerárquico-verticalista y centralizadora originaria, aunque generando al mismo tiempo una mayor complejidad resultante (o entropía) del sistema(19); lo que se va a repercutir a veces en términos de pura gobernabilidad(20), o de respuestas cada día más complejas y difíciles de la esfera pública ante la sobrecarga de demandas del sistema(21).

Sería al mismo tiempo una fase coincidente con el apogeo de tendencias descentralizadoras, basadas en el postulado de la aproximación entre las esferas públicas y el tejido social afectado, que acaban modificando el diseño general del Estado social propio de la anterior etapa, dando entrada al principio de subsidiariedad en la esfera pública y al desarrollo de procesos de descentralización o *devolution* que tratan de proyectar el intervencionismo público sobre las esferas locales o regionales. Una evolución donde, en principio, la lógica del «*big government*» (es decir, la filosofía que entiende que todo era cuestión de un crecimiento de los aparatos y del gasto público), parece comenzar a ser cuestionada: al menos en la medida en que el mero crecimiento burocrático no siempre asegura el cumplimiento más eficiente de los objetivos programáticos que se establezcan, suscitando a veces desvia-

(18) POLLIT, Chr., BOUCKAERT, G. (2000).

(19) PORRAS NADALES (2002).

(20) Al menos según la opinión de CROZIER, M., HUNTINGTON, S., WATANUKI, J. (1975).

(21) LUHMANN, N (1993).

ciones y bloqueos en la propia acción intervencionista. Frente al tradicional apoyo en los aparatos burocráticos, los gobiernos intervencionistas deben pues tratar de reorientar su mirada hacia la búsqueda de consensos con el tejido social afectado. Y esa misma lógica consensual tenderá a debilitar la posición directiva o programática de las esferas gubernamentales centrales, que deberán pasar ahora a desempeñar funciones de mera orientación o de orquestación de las distintas políticas (22).

Debería destacarse que, desde la perspectiva general del evolucionismo jurídico (23), esta segunda fase del Estado social intervencionista ha traído consigo algunos hallazgos sustantivos: la nueva lógica de las leyes-medida o de las normas sectoriales intervencionistas (nacidas a menudo de un auténtico «*policy process*» inspirado en consensos con el tejido social) suele estar unida a la exigencia paralela de instrumentos evaluativos de las respectivas políticas públicas (y por lo tanto, de los soportes normativos que las regulan). Es decir, implica, desde una perspectiva jurídica, aceptar que la mera promulgación de una norma no supone de forma automática su inmediato cumplimiento, sino la apertura de una fase problemática de implementación cuyos resultados deben ser analizados, evaluados y en su caso corregidos; lo que supone ciertamente la presencia emergente de unas pautas de aprendizaje socioinstitucional en torno a la eficacia del derecho intervencionista, susceptibles de articularse a lo largo del tiempo.

Ahora bien, si esta nueva fase histórica donde la acción de gobierno parece orientarse en clave de gobernanza resulta fácilmente diagnosticable desde una perspectiva general o en relación con la acción intervencionista estatal en su conjunto (aunque salvando naturalmente las diferencias en la secuencia histórica que cada país en concreto puede describir), el problema consiste en que, cuando nos situamos en el estricto plano de la economía, se aparecen algunos obstáculos, en el sentido de que el mercado privado no puede ser entendido como algo idéntico a una «red social» de usuarios de una determinada política pública (por más que, naturalmente, los usuarios o consumidores constituyan la última esfera de referencia del mercado). Si desde la perspectiva general del intervencionismo cabría proponer una cierta concreción en los términos desde los que idealmente puede o debe diseñarse una determinada política pública, en cambio, al situarnos ante la esfera de la economía de mercado, parecería como si la mano del Estado tratara de aprehender una sustancia líquida (por utilizar la gráfica expresión de Baumann) (24) que, como el agua, acaba fluyendo entre los dedos.

(22) PORRAS NADALES (2014).

(23) PORRAS NADALES, A. (1995).

(24) BAUMANN, Z. (2003).

Si nos atenemos a la secuencia histórica de los hechos, sucede que esta segunda fase coincide precisamente con procesos de privatización de sectores que anteriormente se habían incorporado al sector público (un fenómeno que se desencadena en particular a partir de las crisis petrolíferas de los años setenta). Como en algunos de esos casos se trataba de ámbitos configurados ya como auténticos «servicios públicos» (pensemos en sectores como la energía o las comunicaciones), todo proceso de privatización deberá implicar, en teoría, que el Estado deberá encargarse ahora de establecer un marco regulativo dentro del cual deberá operar en adelante el sector privado. En cierto modo estaríamos aquí en los auténticos albores del derecho regulativo contemporáneo (25), al menos en el contexto europeo.

Este fenómeno marcaría teóricamente el momento decisivo en que el derecho público debe pues «privatizarse», al mismo tiempo que el derecho privado se «publica»: es decir, que este emergente derecho regulativo se estaría ubicando ahora en una nueva frontera del intervencionismo público, a caballo entre el derecho público y el privado, dotada —en principio y en teoría— de un mayor potencial de incidencia sobre el ámbito del mercado; es decir, una frontera donde los valores públicos tendrían efectiva capacidad para insembrar y permear a las esferas jurídicas privadas. Aunque todo ello a costa de debilitar en parte sus viejas pretensiones intervencionistas directas, en un sentido de mera planificación pública (o de puro derecho público). Se trata por otra parte de una evolución que coincide con pautas transformadoras que se manifiestan en la propia realidad: empresas privadas que cuentan con aportación de capital público, o empresas públicas que cuentan con aportación privada; esferas institucionales que pueden operar en clave pública o privada; entidades privadas que gestionan servicios públicos, etc.

Sin embargo, frente a la pretensión teórica de que esta fase evolutiva pudiera representar un cierto punto de encuentro entre derecho público y derecho privado, la propia experiencia parece venir demostrando que los procesos de privatización o reprivatización se han abordado a menudo de forma precipitada y algo descontrolada por parte de las instancias gubernamentales afectadas, con resultados problemáticos, insuficientes o dudosos. Y en consecuencia, la emergencia de este nuevo derecho regulativo no habría contado con elementos suficientes de reflexión en términos científico-académicos, ni acaso ha sido hasta ahora adecuadamente valorado o analizado al nivel doctrinal, al menos desde una perspectiva propia del derecho público. Tengamos en cuenta que la propia noción de derecho regulativo apenas ha recibido

(25) LASHERAS, M. A. (1999). Aunque desde esta perspectiva debe subrayarse el riesgo reduccionista de esta visión, en el sentido de entender que derecho regulativo sería «sólo» aquel que se encarga de regular servicios públicos privatizados; lo que excluiría otros muchos ámbitos de desarrollo de esta instancia jurídica evolutiva. Cfr. PORRAS NADALES (2002).

una atención suficiente desde el lado académico, o particularmente de los iuspublicistas. De tal forma que, al final, los procesos de privatización se han acabado convirtiendo con frecuencia en auténticas y puras desregulaciones, reflejando en términos relativos una cierta prevalencia de los intereses privados sobre la esfera pública (26). Y todo ello contando lógicamente con el beneplácito de los sectores vinculados al propio mercado, aunque también con una cierta complacencia de sectores vinculados al propio Estado, que veían así «descargar» al sector público de un exceso intolerable de presión o de sobrecarga.

Se trata de un fenómeno que ha operado de forma difusa tanto en la escala estatal como en la esfera local, o en su caso regional, en torno a multitud de servicios públicos que en la práctica son gestionados y prestados desde empresas privadas. Aunque conviene recordar al mismo tiempo que éste es precisamente el ámbito donde se viene desarrollando habitualmente todo el oscuro sistema de contactos e interacciones que suelen estar en la base del recurrente fenómeno de la corrupción.

En resumen, en primera instancia parecería como si la segunda fase evolutiva del intervencionismo público, que podemos identificar con el momento de emergencia de la gobernanza, acaba desplegando mejor o peor sus consecuencias en el estricto ámbito propio del *welfare state*, es decir, en relación con las políticas públicas de dimensión social o de bienestar. Pero en cambio, cuando se trata de su proyección en el originario ámbito de la Constitución económica, comienzan a detectarse numerosas quiebras en la medida en que el Estado pierde «su» sector económico; y, especialmente, desde el momento en que toda regulación comienza a percibirse como un obstáculo a la competitividad general de las empresas privadas en el sistema de mercado. Lo que implica pues una tendencia inexorable por parte del sector privado a hacer derivar las tensiones regulativas hacia procesos finales de desregulación.

El teórico impacto final de mayor competitividad que tal fenómeno comporta acabaría proyectado sobre la escala transnacional, generando así el perverso fenómeno que se detecta en las estrategias gubernamentales para atraer inversiones extranjeras (por ejemplo, para explotar recursos nacionales propios) sobre la base de disminuir las exigencias regulativas o los requisitos de las concesiones, operando así efectos difusos de *dumping* social que se proyectan inevitablemente sobre la escala transnacional. El emergente escenario, en definitiva, de la globalización económica y sus consecuencias.

(26) En una perspectiva crítica cfr. al respecto ÁLVAREZ CONDE, E. (2013).

3. Tercera etapa: desbordamiento de fronteras y gobernanza multinivel

El tercer momento evolutivo de esta compleja secuencia sería el que comienza a progresar más allá de las tradicionales fronteras territoriales del Estado, tanto en términos de «gobernanza multinivel» como de regulación transnacional de ciertos sectores.

Recordemos en todo caso que el fenómeno de la globalización no afecta solamente al ámbito de la regulación internacional de la economía: pues el derecho regulativo ha venido progresando igualmente en otros ámbitos novedosos, también conectados con el sector privado. El mejor ejemplo lo encontramos en un sector estratégico tan trascendental como el medio ambiente, que es deudor igualmente de un decisivo ámbito de proyección internacional, del cual proceden sus principales aportaciones en la práctica. Por no hablar de otros procesos globalizadores referidos a la tutela de derechos fundamentales, de bienes culturales, o de los derechos de los consumidores.

Es cierto en todo caso que, al progresar en la escala supraestatal, los instrumentos de regulación y de acción pública pierden parcialmente su «nomos» democrático, su sustento constitucional, para entrar en claves de coordinación o cooperación (a veces en marcos regionales mejor articulados, como la Unión Europea). Formalmente cabría pues afirmar que a partir de esta fase no nos situamos ya en el marco de la estricta Constitución económica, sino más bien en una suerte de «post-Constitución» económica. Aunque, en todo caso, la hipótesis de partida consistiría en aceptar que los mecanismos de cooperación o de proyección internacional que se ponen en marcha, operan siempre sobre la base de los respectivos sustentos democráticos de las unidades que los soportan; es decir, que no se han convertido en una «traición democrática» sino en una emergente proyección a escala multinivel que tiene en cuenta los soportes institucionales respectivos (partiendo desde la esfera local hasta las esferas supranacionales), en unos complejos sistemas de red que ahora van adquiriendo capacidad para operar en la escala mundial.

Ciertamente este nuevo contexto genera numerosos ámbitos difusos y no deja de presentar emergentes aspectos problemáticos: a la lentitud del proceso de generación de consensos en la escala supraestatal se une la heterogeneidad de las realidades económicas (y culturales) de cada estado o región, así como la reiterada existencia de circuitos de «salida» para un capitalismo globalizado que encuentra su refugio en seudoestados opacos o paraísos fiscales. La propia lentitud de los procesos de integración regional (como sucede también en el caso de Europa) se convierte a menudo en un obstáculo cuando se requieren actuaciones anticrisis que exigen intervenciones de urgencia ante los evidentes riesgos de quiebra de ciertos estados, como ha sucedido en Europa durante los últimos años. La dimensión supraestatal

señala también la emergencia de lo que se ha dado en denominar como un «constitucionalismo ejecutivo» en la medida en que son los ejecutivos de los Estados los encargados de asumir directamente este tipo de funciones.

La lenta emergencia de un nuevo tipo de derecho regulativo en la escala de la economía internacional se convierte así en un proceso tan complejo y dilatado en el tiempo que permite incluso la aparición de reacciones en clave nacionalista o estatal, lo que dificulta adicionalmente el desarrollo de redes transnacionales capaces de operar desde pautas de gobernanza multinivel.

Y por supuesto, estas dificultades permiten que el diseño del derecho regulativo se concentre aún más en manos de «expertos», que inevitablemente tienden a aplicar sus propios parámetros ideológicos y su impronta tecnocrática, sin apenas contar hasta ahora con réplicas o reacciones suficientes desde el medio científico académico y por supuesto, mucho menos desde el ámbito ciudadano que apenas puede alcanzar a manifestar actitudes difusas de protesta. El debilitamiento progresivo de la instancia reguladora permite así la emergencia pura y simple del mercado y sus fútiles pretensiones autorreguladoras: de este modo, imperceptiblemente, la brillante y potencial noción originaria de derecho regulativo tiende a diluirse hasta convertirse en una instancia de pura desregulación, subordinada al final a la lógica del mercado.

V. LAS EXIGENCIAS DE UN DERECHO REGULATIVO

Dando en cualquier caso por aceptado que la instancia reguladora constituye hasta ahora el instrumento de referencia para la intervención pública en el contexto globalizado contemporáneo, procede seguramente entrar a un análisis específico, antes de pregonar lisa y llanamente su precipitado fracaso. O en todo caso, conviene tratar de localizar sus aspectos problemáticos, incorporando nuevas perspectivas jurídicas o en su caso criterios propios del enfoque iuspublicista o constitucionalista, en un contexto de reflexión doctrinal de carácter crítico.

Naturalmente cuando el derecho regulativo se compara con el antiguo o tradicional derecho intervencionista (propio de las primeras etapas del Estado social intervencionista), destaca inicialmente su relativa «debilidad» en términos operativos e instrumentales, en la medida en que: (a) por una parte parece renunciar, aunque sea parcialmente, a esa pretensión transformadora directa e inmediata de la realidad, que inspiraría las primeras etapas de apogeo del Estado social; y (b) por otra, carecería de instrumentos operativos o coercitivos inmediatos para asegurar su puesta en práctica. Es decir, se trata de un derecho que nace de soportes consensuales y de compromisos compartidos, con lo que ello supone de relativa debilidad, frente a la hipótesis

tradicional de un derecho nacido del poder soberano estatal. Se supone que, a cambio de este inconveniente, el derecho regulativo constituye un avance desde una perspectiva evolutiva frente al antiguo o tradicional derecho público, en el sentido de que no renuncia a operar más allá del propio sector público, tratando de encontrar claves de ordenación jurídica aplicables a las esferas de la sociedad y del mercado (y no ya sólo a la propia esfera estatal). Tendrá por lo tanto una mayor proyección en un sentido sociolegal (27), o hacia el ámbito propio de la sociedad civil, y en consecuencia una mejor capacidad adaptativa para operar en la escala transnacional.

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

La aparición de las agencias reguladoras o autoridades independientes supone ciertamente una sustancial perturbación en el tradicional organigrama estatal (28): entre otras cosas porque se trata de instancias encargadas no sólo de emanar un derecho orientado a regular un determinado sector económico, sino también dispuestas a aplicar y controlar la aplicación del mismo. Lo que implica normalmente tareas de gestión, e incluso funciones cuasi-jurisdiccionales cuando se trata en su caso de aplicar sanciones: algo que constituye una evidente contradicción o disfuncionalidad desde el punto de vista estrictamente institucional o sistemático. Pues ya el mismo Montesquieu tenía bien claro que la esfera regulativa y la esfera de control deben ser instancias orgánicamente separadas.

Sin embargo, alternativamente, las llamadas agencias reguladoras parecen constituir esferas de conocimiento dotadas de una percepción de la acción (y de la propia realidad) que iría más allá del limitado «cortoplacismo» más o menos coyuntural o electoralista sobre el que operan generalmente las mayorías políticas gobernantes en la escala estatal, permitiendo una mejor comprensión de marco de interacción compleja en que opera la economía globalizada.

(27) TEUBNER, G. (ed.) (1986) (1987).

(28) SALVADOR, M. (2002). «El debate sobre su constitucionalidad, referido fundamentalmente a la posición constitucional del gobierno», en RALLO, A. (2002). Igualmente VÍRGALA, E. (2006).

1. *Los fundamentos*

Si el derecho regulativo pretende operar en el entorno del universo globalizado contemporáneo, debe aceptarse que en principio se encuadraría en el marco general de una visión cosmopolita y abierta de la realidad, inspirada en un tipo de valores que serían inherentes al conjunto de la humanidad civilizada.

Puede que sea aquí donde se concretan algunos de los principales aspectos problemáticos o desafíos nucleares del derecho regulativo de la economía: los que se plantean no ya en términos de dificultad o de debilidad en cuanto a sus procesos de diseño o de aplicación, sino en términos puramente sustantivos, referidos a su propia filosofía inspiradora. Se trataría de las cuestiones más primarias y elementales referidas al por qué o al para qué del derecho regulativo, o incluso a la concreción del tipo de valores que se supone tratan de formalizarse (29). Una tarea problemática que sin embargo no se manifiesta del mismo modo en otras esferas regulativas de naturaleza transnacional relativamente ajenas al universo económico, como el derecho medioambiental, la defensa de los derechos fundamentales u otros ámbitos. Por expresarlo de forma simplificada, se trataría de responder a la elemental pregunta de cuál es en última instancia el objetivo del derecho regulativo económico: ¿asegurar un funcionamiento eficiente del mercado? ¿O asegurar al mismo tiempo la vigencia de un sistema de valores propio de la civilización contemporánea?

Tras esta visión abstracta es posible que se esconda una proyección problemática de esa perversa dualidad entre regulación y desregulación, que parece incidir con especial gravedad en el campo de la economía. Pensemos que hay sectores de la doctrina (generalmente económica) que a la pregunta de cuál es la tarea primordial del Estado suele responder afirmando que se trata de asegurar un buen funcionamiento del mercado: es sobre todo una obviedad desde una perspectiva norteamericana, pues paradójicamente en Europa durante largo tiempo no hemos alcanzado a entender que una de las misiones del Estado debería ser asegurar la libre competencia (mediante una regulación antimonopolio, tan tradicional en el contexto norteamericano). Naturalmente un buen funcionamiento del mercado se supone que, entre otras cosas, asegura la generación de recursos financieros suficientes para el mantenimiento del Estado y de sus tareas y responsabilidades sociales (es decir, del Estado de bienestar) siempre y cuando opere en el interior de las tradicionales fronteras nacionales. Asimismo se supone que el derecho regulativo debe surgir en un marco de respeto general de los derechos humanos.

(29) Cfr. una reflexión sobre el tema en AWREY, D. BLAIR, W. KERSHAW (2012).

Pero cuando se trata de operar en el mercado económico mundial, se genera automáticamente la perversa dinámica de que el grado de competitividad exterior de una determinada economía nacional es inversamente proporcional a la presión regulativa y fiscal soportada por las respectivas empresas que compiten en el mismo. Una presión que las grandes corporaciones empresariales consiguen eludir con facilidad debido a la existencia de paraísos fiscales hacia los que se canaliza el flujo de beneficios obtenido. De este modo se acaba reforzando una interconexión negativa entre estado y mercado incluso en términos de tamaño: o sea, del anterior paradigma del *big government* estaríamos pasando al ideal del *Estado mínimo*, cuya única misión debería ser asegurar la competitividad en el mercado global, aunque sea a costa de disminuir las responsabilidades sociales del propio Estado.

Ahora bien, cuando esta dinámica desreguladora acaba desencadenando consecuencias negativas de forma generalizada, arrasando con los beneficios históricos alcanzados con el Estado de bienestar, la propia reacción de la opinión pública obliga a una cierta revisión crítica. Y en esa perspectiva se replantea la cuestión de cuál es o cuál debería ser el auténtico sentido de una instancia jurídica escasamente formalizada como el derecho regulativo; y particularmente de determinar las fronteras que lo separan de la autorregulación o la desregulación. En efecto, ¿se trata lisa y llanamente de regular el mercado (o el comportamiento de las empresas que operan en el mercado), subordinando los criterios regulativos a la propia lógica de la competencia, es decir, siguiendo una tendencia de autoregulación del propio mercado? ¿De privatizar el derecho público, aunque se trate de un derecho supraestatal? ¿O de lo que se trata más bien, alternativamente, sería de intentar regular el mercado como un elemento del sistema social, defendiendo así la vigencia de los valores propios de la civilización humana en el siglo XXI?

Naturalmente cuando se habla de valores propios de la civilización hay que dar por supuesto que, en este contexto globalizado, nos enfrentamos a una relativa carencia de marcos institucionales de concreción o de determinación de tales valores, al menos cuando se trata de referirlos al funcionamiento de la economía. Aunque no cabe afirmar alternativamente que exista en rigor una carencia de tales valores en términos generales, si recordamos que desde la esfera del derecho internacional se ha conseguido consolidar a lo largo del siglo XX todo un estrato declarativo de derechos y valores de proyección universal, alcanzando una creciente posición de prevalencia sobre las respectivas constituciones. Ahora bien, la existencia, incluso tendencial, de una suerte de consenso universal sobre el sistema de valores propio de la humanidad civilizada no significa que existan paralelamente elementos de consenso o entramados argumentativos suficientes y compartidos, capaces de convertirse en soportes racionales para el desarrollo de unas tareas regula-

tivas en ámbitos tan problemáticos como el económico, que son deudores de una inexorable impronta competitiva (30).

Lo que suscita la existencia de un ámbito crítico específico que no se reduce ya a aspectos especulativos o meramente teóricos: la autorregulación del mercado implicaría que los sujetos que en última instancia protagonizan activamente el proceso serían de forma exclusiva las empresas afectadas; en cambio la regulación implicaría que, junto a las empresas, los intereses generales de consumidores y usuarios así como las diversas esferas institucionales afectadas deberían incorporarse en el proceso (31). Y su traducción en términos institucionales sería inmediata: unas esferas regulativas concentradas sectorialmente resultan ser fácilmente capturadas por los intereses privados dominantes de las empresas afectadas; pero instancias regulativas de mayor amplitud o transversalidad tendrían más facilidad para adecuarse a los intereses difusos o generales. Y la emergente tendencia hacia la configuración de agencias regulativas de carácter más amplio o más transversal, incrementando progresivamente su ámbito de generalidad, puede estar señalando una pauta de evolución constructiva en este sentido (32).

2. *La determinación de los fines entendidos como valores públicos*

En cualquier caso, el paso de un plano puramente filosófico centrado en la determinación de valores colectivos, hacia su positivación en soportes normativos exige una tarea de concreción de fines u objetivos que se sitúan ya en ámbitos sectoriales o específicos. Estamos pues ante un problema de determinación de fines u objetivos similar (aunque a otra escala) a la que se producía en el marco de la propia Constitución económica del Estado social. Donde, adicionalmente, tal concreción de fines y objetivos debe traducirse al mismo tiempo en la presencia de parámetros de control suficientes.

En este ámbito se supone que la regulación del mercado constituye en primera instancia el marco de referencia sobre el que operan las empresas privadas con el objetivo de obtener beneficios: aunque ciertamente toda economía privada se acaba proyectando necesariamente sobre el ámbito de los consumidores o usuarios. Sin embargo, parece que dentro del sector finan-

(30) Desde una perspectiva distinta, proponiendo un cambio de la visión económica neoclásica de los mercados hacia una concepción social, cfr. BLACK, J. (2013).

(31) En palabras de Julia Black se trataría de la cuestión «...whether the market is a differentiated sphere of social action, with its own logic of rationality, or whether it is simply another facet of social life», en BLACK, J. (2013).

(32) Una constatación que refleja parcialmente el propio VÍRGALA, E. (2006). En una perspectiva similar sobre base territorial europea, GERADIN, D., PETIT, N. (2004).

ciero se ha ido generando una deriva relativamente autónoma, donde la dinámica de la competencia opera relativamente al margen de la sociedad (es decir, de los consumidores) (33).

Si la regulación del mercado puede constituir por sí misma, desde un punto de vista estrictamente jurídico-privado, una tarea suficientemente justificable (en el sentido de eliminar perturbaciones, desajustes, abusos de poder, etc., asegurando la libre competencia, con un contenido similar a la pura autoregulación), en cambio, desde una perspectiva jurídico-pública, toda regulación debería contener un determinado sentido finalista o programático que se proyecta en un plano de mayor generalidad. Es decir, una orientación ajustada a ciertos objetivos globales o colectivos, en términos de concreción del sistema de valores de la comunidad, expresados en su caso en el correspondiente marco constitucional o internacional; o alternativamente, un sentido operativo de *problem-solving* al servicio general de la ciudadanía, implicando así una potencialidad que iría más allá de los sujetos directa e inmediatamente afectados, es decir, de las empresas privadas (34). Y tales concreciones de tipo finalista deben al mismo tiempo ser capaces de operar como parámetros de control para la aplicación del propio derecho regulativo.

Es algo que sucede por otra parte en un ámbito tan globalizado como el derecho medioambiental, donde la existencia de valores generales —al servicio incluso de las generaciones futuras— constituye un elemento estratégico trascendental, capaz de orientar la actuación de los instrumentos jurídicos y burocráticos correspondientes (aunque éstos operen en la escala multinivel). En cambio, en el ámbito de la economía el único «valor» original que cabría constatar en principio, más allá de la pura regulación del papel de las empresas en el mercado, sería la garantía de ciertos estándares relativos a los derechos de los consumidores o usuarios (que constituyen al final el punto de llegada de toda actividad empresarial). Afirmar que el desarrollo colectivo de una conciencia medioambiental al nivel planetario (a modo de pacto fundacional entre el ser humano y la naturaleza) ha progresado de forma más intensa y sustancial que el desarrollo de otros valores igualmente fun-

(33) Y es que la determinación de la red social que debe estar en la base de esta tarea, resulta ser una cuestión decisiva. Como señala Julia Black «substantive PBR (Principles Based Regulation) are characterized by a dense network of “regulatory conversations”: repeated and reasoned interchanges, conversations, between regulator, regulatee, and others as to the purpose and application of the principle. Others can play a key role in these conversations in practice, in particular consultants and advisors (but rarely consumers)», en BLACK, J. (2010), pág. 6.

(34) Una reflexión sobre el tema en CHRISTENSEN, J. G. (2011), en D. Levi-Faur (ed.), *Handbook on the politics of regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, Capítulo 7. Aunque igualmente hay autores que tratan de abordar el proceso desde la perspectiva del incremento plural de instancias de regulación, cfr. SMITH, D. K. (2004).

damentales inherentes a la propia dignidad del ser humano (por ejemplo, en el ámbito socioeconómico), sería seguramente un planteamiento discutible. Acaso la diferencia estribe más bien en que, en el ámbito medioambiental, la demanda social ha conseguido concretizarse y articularse desde hace décadas en torno a un poderoso movimiento ecologista, suscitando un fenómeno de movilización y activismo social que, por ahora, no parece existir paralelamente en el ámbito propio de la regulación económica, por más que la condición de todo ser humano como «consumidor» constituya igualmente un plano de referencia de dimensión global.

El problema se podría plantear entonces no ya en torno a la pura tarea intelectual de concreción de ciertos valores capaces de ser normativizados en forma de fines u objetivos, sino más bien sobre la presencia concreta de una determinada *demand social* que requiere respuestas desde la esfera pública; una demanda que en todo caso sería capaz de movilizarse y de expresarse a través de los medios de comunicación, progresivamente expandidos por el impacto de las nuevas tecnologías. Parece un fenómeno perfectamente constatado que el éxito mundial alcanzado por el derecho ambiental en las últimas décadas ha tenido una de sus claves fundamentales de apoyo en el hecho de que el desarrollo de la conciencia medioambiental ha sido en la práctica impulsada por todo un conjunto de movimientos de tipo ecologista, con una considerable capacidad de organización y dinamismo en la escala multinivel. De donde se deduce la cuestión de si ha surgido (o estaría empezando a surgir) una conciencia paralela proyectada en el ámbito de la economía, que no se limite a centrarse en meras actitudes inmediatas de protesta social sino que sea susceptible de adquirir capacidad para traducir y concretizar sistemas de valores colectivos en forma de propuestas normativas concretas.

Sin embargo, cuando encaramos las tareas específicas encaminadas a la determinación de un sentido finalista-programático en el derecho regulativo económico, descubrimos que este ámbito adolece a un nivel operativo de ciertos factores de riesgo: por una parte las agencias reguladoras independientes no se consideran autorizadas para establecer orientaciones que vayan más allá del mero control de coyuntura del propio mercado. Por otra, se trata normalmente de una instancia donde opera el fenómeno de lo que L. Tribe denominó hace tiempo como «*the sounds of congressional silence*» (35); es decir, donde las esferas políticas (estatales o supraestatales) no son capaz de establecer en su caso determinaciones finalistas que permitan concretar una estrategia específica, debiendo ser entonces la propia esfera reguladora la encargada en su caso de determinar de forma implícita tales funciones. A lo que se une, lógicamente, el hecho de que, al proyectarse en una escala

(35) TRIBE, L. (1985).

internacional, la homogenización de fines o de objetivos programáticos resulta especialmente compleja. Por lo tanto, en ausencia de una clara determinación finalista, los instrumentos regulativos corren el riesgo de perder su orientación transformadora (vale decir, en cierto modo «intervencionista») para convertirse en instancias conservadoras que, al final, acabarán inspirándose más bien en un sentido de pura autorregulación del mercado.

No obstante, convendría marcar algunas diferencias, porque en los ámbitos concretos de la economía productiva o del comercio internacional la acción regulativa sí contiene algunos elementos finalistas o valorativos que a menudo pasan desapercibidos: desde exigencias de seguridad ambiental en los procesos productivos hasta requerimientos de tipo sanitario o de tutela de los derechos de los consumidores. En cambio, parece que en el ámbito de las finanzas internacionales se ha experimentado un inexorable proceso de liberalización (aunque con un foco protagonista activo concentrado en el eje *Wall Street-City* londinense) hasta el punto de que ni siquiera la tipificación de productos financieros «tóxicos» o de conductas especulativas de corto plazo ha permitido en la práctica el desarrollo de actuaciones suficientes de control. A lo que se une la existencia de agencias privadas de calificación de la solvencia de los Estados cuyos criterios y estrategias no siempre están suficientemente revisados en clave científica, pero a las que se atribuye a veces una importancia excesiva a pesar de sus reiteradas y constatadas equivocaciones, sobre todo en términos de previsión de las crisis.

3. *Los problemas de estructura y organización de las instancias regulativas*

La emergencia y desarrollo del derecho regulativo se ha producido en paralelo a la consolidación de nuevas esferas institucionales que, en forma de agencias regulativas o autoridades independientes (de dimensión estatal o supraestatal), han conformado el núcleo estructural encargado en teoría de la elaboración y aplicación del nuevo derecho regulativo (36). Seguramente estaría fuera de lugar plantear ahora la ubicación de estas esferas en el esquema clásico de división de poderes de Montesquieu, aunque en cualquier caso subyace en todas ellas un riesgo organizativo elemental: que la esfera encargada de diseñar la regulación suele ser la misma que asume las funciones de aplicación y control.

Pero junto a este riesgo funcional aparece igualmente el estrictamente organizativo. Se supone que la composición de las agencias regulativas debe

(36) Se trata de un aspecto suficientemente tratado por nuestra doctrina, a la que nos remitimos (Salvador, Vírgala, Rallo).

estar presidida por la preeminencia de la *expertise*, es decir, del conocimiento experto e independiente: pero las claves de selección y nombramiento de sus miembros se enfrentan siempre a un doble riesgo de captura. Ya sea por un fenómeno de politización o dependencia partidista, o bien por un fenómeno alternativo de captura privada o corporativa, al tratarse de un personal que suele mantener vínculos efectivos con sectores económicos privados bien organizados (37). Alcanzar la cuadratura del círculo exige de procesos selectivos sofisticados, dotados de un alto grado de publicidad y transparencia: baste recordar las interminables volutas informativas y reflexivas que rodean, por ejemplo, el nombramiento de la máxima autoridad de la Reserva Federal norteamericana.

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

Todo ello se traduce en una amplia y compleja problemática que afecta a los mecanismos de control sobre las propias agencias regulativas, que naturalmente tendrán que proyectar sus elementos de responsabilidad o de «*accountability*» sobre otras instancias ajenas. En este caso aparecen lógicamente las estructuras estatales y sus mecanismos tradicionales de control, donde en general se suele progresar hacia instrumentos más o menos estándar de control parlamentario, aunque contando con el protagonismo de los ejecutivos en sus competencias de nombramiento (38). En definitiva, como ha señalado Julia Black, con frecuencia la tensión entre independencia, control político y rendición/control, crea una ambigüedad entre el ejecutivo y la dirección de las agencias que puede ser explotada por ambas partes (39).

Sin embargo las dudas o ambigüedades que suscita la posición independiente de las agencias reguladoras desde la perspectiva general de la teoría del estado, asume una perspectiva diferente cuando se las visualiza en clave de gobernanza: como han sugerido Cohen y Thatcher (40) las agencias se situarían en una posición de intermediarios entre las esferas gubernamentales y los sectores privados o sociales (es decir, tanto proveedores-empresas como usuarios-ciudadanos); o sea, en un lugar estratégico dentro del «trilema» política-derecho-sociedad a que se ha referido Teubner. Aunque al final el desempeño de sus funciones en clave de gobernanza dependerá, lógica-

(37) Una panorámica crítica de los aspectos problemáticos en el caso español en RALLO, A (2011); también VÍRGALA, E. (2006).

(38) Como argumenta VÍRGALA, *art. cit.*

(39) BLACK, J. (2012).

(40) COHEN, D. THATCHER, M. (2005).

mente, de su capacidad estratégica para hacerse presentes dentro del sistema de red, operando en su caso a escala multinivel.

4. *Los problemas de control*

Obviamente, como en toda instancia jurídica, la clave de bóveda sobre la que se proyecta finalmente el problema de la eficacia del derecho regulativo reside en su circuito de control, o de control-sanción (41). Aunque debe darse por supuesta la existencia de circuitos jurisdiccionales o de arbitraje (tanto en la escala estatal como internacional), en realidad el verdadero núcleo problemático se sitúa más bien en el puro control de aplicación, es decir, el encargado de asegurar en última instancia la eficacia del propio derecho regulativo. Y es que, por más que desde la teoría nos empeñemos en descubrir nuevas categorías evanescentes (derecho dúctil, derecho blando, etc.), lo que no cabe duda es que un derecho carente de mecanismos adecuados de autoaplicación se enfrenta inexorablemente al riesgo de su propio fracaso. Y en la medida en que los circuitos de la economía globalizada cuentan con mecanismos de «salida», tal perspectiva se convierte en una amenaza inmediata para todo intento regulativo con pretensiones de vigencia efectiva. Porque ahora ya no será posible contar, como es lógico, con el tradicional instrumental coactivo estatal, sino en todo caso con una cierta capacidad «autoritativa» de dimensión burocrático-administrativa, capaz de proyectarse a través de las redes de gobernanza multinivel en la escala transnacional, aunque con posibilidades coercitivas siempre limitadas. Sólo desde espacios territorialmente ampliados como la Unión Europea o los Estados Unidos parece posible por ahora atender mínimamente a estas exigencias, al menos siempre que el proceso efectivo de europeización consiga desprenderse de sus reiterados resabios estatistas.

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

(41) Es evidente que no nos estamos refiriendo aquí al control *sobre* las agencias reguladoras o autoridades independientes, sino más bien al control de la aplicación del propio derecho regulativo que emana de tales agencias reguladoras.

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

La posterior ley *Dodd-Frank* de 2010 trataba de encarar de forma directa algunos aspectos centrales referidos a la estabilidad financiera y la protección de los consumidores, en cierta manera orientados a controlar nada menos que a *Wall Street*. La citada norma introducía una intensa modificación del sistema organizativo, incluyendo un mayor control sobre las agencias de *rating* así como toda una batería de propuestas relacionadas con la transparencia y la prevención de los riesgos sistémicos (42). Aunque naturalmente el proceso de aplicación de esta ley parece enormemente complejo y dilatado en el tiempo.

Eduardo Vírjala ha defendido entre nosotros las innovaciones de la *Ley de economía sostenible 2/2011* (que sigue en parte la estela de las anteriormente citadas, así como de la Directiva europea 2009/72) en relación con los organismos reguladores: una ley de amplia proyección que contiene un extenso cuadro de reformas, aunque su proyección efectiva en el tiempo ha sido bastante precaria. Pese a abordar con cierta coherencia los aspectos de organización y funcionamiento de los organismos reguladores, apenas presta atención sin embargo a los aspectos referidos más específicamente al control-sanción del derecho regulativo: el artículo 10.2 de la citada ley atribuye a los organismos reguladores funciones de supervisión, otorgamiento, revisión y revocación de los títulos correspondientes, inspección, sanción, resolución de conflictos entre operadores, arbitraje en el sector y otras; mientras que el Título IV, dedicado a los instrumentos para la aplicación y evaluación de la ley, se limita a la previsión del Fondo de Economía Sostenible, la coordinación administrativa y el informe al gobierno. En todo caso, el texto mantiene

(42) Entre otras reformas, la citada ley crea la «Office of Credit Ratings» con capacidad para multar a las agencias de *rating* (las «Nationally Recognized Statistical Ratings Organizations», NRSRO) a partir de informes anuales sobre las mismas. Igualmente se elimina el postulado de «too-big-to-fail» (demasiado grande para caer) de tal modo que si una institución financiera de gran tamaño incumple sus obligaciones, los reguladores ordenarán su cierre y liquidación en forma segura y ordenada sin que se produzcan rescates a costa de los impuestos y sin generar riesgos sobre el resto del sistema financiero.

con algunas modificaciones el cuadro sancionatorio de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores así como de la Ley 35/2003 de instituciones de inversión colectiva.

Naturalmente las agencias regulativas suelen disponer siempre de un instrumento de control decisivo: el otorgamiento o denegación de licencia para operar en el correspondiente sector; pero se trata como es lógico de una instancia reglada. En todo caso, al final, los procedimientos sancionatorios suelen operar siempre en el marco garantista de la legislación general sobre el tema, suscitando a veces algunas insuficiencias. Acaso la tendencia hacia la monitorización de los procedimientos de inspección-sanción constituya una vía de mayor consistencia de cara al futuro, en el sentido de generar mayor automatismo y celeridad en la actuación controladora y sancionadora.

5. Pautas de encuadramiento y evolución

Aunque la secuencia histórica que puede manejarse para el análisis del derecho regulativo sea por ahora algo reducida en el tiempo, en todo caso las respuestas a la más reciente crisis sugieren la aparición de ciertas tendencias de innovación donde pueden detectarse algunos parámetros de interés.

Parece como si el punto de partida de la dinámica regulativa surgiera inicialmente de una visión relativamente «micro», donde los intereses afectados por la acción de las agencias reguladoras serían exclusivamente los del concreto sector del «mercado», en su visión más simple y elemental, es decir, localizándose siempre dentro de ámbitos sectoriales específicos. Se trataría entonces de los intereses de las empresas privadas que operan en cada sector concreto (con el ánimo, lógicamente, de obtener beneficios), lo que suele dar lugar en la práctica a un resultado que se aproxima más a la desregulación o a la propia autorregulación. En este contexto, las agencias presentarían una estructura de carácter más sectorial o fragmentario, lo que parece augurar mejores posibilidades de captura por parte de los intereses concentrados afectados.

Sólo en un segundo momento parecen percibirse tenues tendencias que se orientarían hacia una incorporación de fines, valores o intereses más difusos: un escenario donde, junto a las empresas privadas, aparecen lógicamente los usuarios y consumidores, así como otro tipo de organizaciones o actores no-gubernamentales (43), al mismo tiempo que la estructura de las agencias tiende a hacerse más horizontal o transversal. La referida ley Dodd-Frank, por ejemplo, al crear la *Consumer Financial Protection Agency*, venía a sus-

(43) HUTTER, B. M. (2006).

tituir a las siete agencias federales existentes anteriormente con responsabilidades parciales en este campo. El ensanchamiento de la estructura de las agencias permite así expandir el tipo de intereses que deben hacerse presentes en su ámbito de acción; lo que obligará a que la tarea de definición de fines u objetivos se proyecte en un ámbito de mayor amplitud, alejándose así de la dinámica puramente autorreguladora para entrar en claves de auténtica regulación. Es decir, sectores de intereses concentrados en agencias sectoriales darían lugar a una dinámica de autorregulación; mientras que sectores o intereses más generales o difusos articulados sobre agencias de una dimensión más transversal, darían lugar a una dinámica de auténtica regulación.

Naturalmente la percepción congruente de esta pauta evolutiva exigiría establecer una secuencia donde procesos de dimensión estatal y supraestatal tuvieran un cierto grado de coincidencia, expresando la existencia de mecanismos de aprendizaje institucional compartidos. Algo que por ahora sólo parece percibirse de forma limitada. Las dificultades experimentadas en la UE para articular instrumentos de respuesta a la crisis capaces de superar el marco estatal de referencia (44) constituyen una muestra del grado de complejidad que implica esta tarea, en especial teniendo en cuenta el riesgo inmediato de desencadenamiento de reacciones «estatalistas» (en el caso europeo, con el propio Tribunal Federal alemán a la cabeza) que vienen a frenar aún más el proceso.

VI. UN BALANCE REFLEXIVO (EN BÚSQUEDA DE LA TRANSPARENCIA)

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

Sin embargo seguramente sería conveniente un esfuerzo de superación de visiones simplistas o a veces excesivamente ideologizadas, para tratar de progresar en una perspectiva científico-jurídica suficiente. Aunque el aparente fracaso del derecho regulativo cuente ya con argumentos de respuesta bien conocidos (el desbordamiento de las fronteras estatales; el «enemigo» neoliberal), seguramente merece la pena indagar en nuevas hipótesis complementarias. Es cierto que el desbordamiento de fronteras territoriales ha limitado

(44) Cfr. al respecto TUORI, K. (2013).

la capacidad de acción de los estados, y que la lógica puramente mercantil que preside el funcionamiento de la esfera económica tiende a socavar las pretensiones de vigencia efectiva de todo intento regulador procedente de las instancias públicas. Pero debemos entender al mismo tiempo que la fuerza ordenadora del derecho constituye igualmente un plano de referencia dotado de un potencial legitimador de validez general, asentado en su caso en una demanda social consistente (aunque hasta ahora tal demanda sea más o menos difusa o desarticulada). Ciertamente el éxito de esta pretensión dependerá al final de la propia validez de ese derecho, es decir, de su capacidad para lograr una ordenación efectiva de la realidad económica globalizada. Se trata de una tensión que se hace particularmente dramática cuando comprobamos las devastadoras consecuencias sociales de la crisis desencadenada a partir del año 2008.

Hemos sugerido que, desde una perspectiva evolutiva, la consideración del derecho regulativo como una instancia jurídica capaz de progresar a través de las tradicionales trincheras enfrentadas del derecho público y el derecho privado, constituye una evidente posibilidad de avance, en términos históricos o en claves de proceso colectivo de aprendizaje. Por supuesto, no es una hipótesis compartida desde ciertos ámbitos científicos, sobre todo del campo de la economía, donde se piensa que la única función estatal en este sector sería la de asegurar un buen funcionamiento del mercado; e incluso desde otros ámbitos doctrinales, donde se siguen percibiendo las trincheras enfrentadas de lo público y lo privado como categorías establecidas de una vez para siempre, destinadas en consecuencia a permanecer como esferas separadas hasta el final de los tiempos.

Desde una visión posibilista del derecho regulativo, se trataría pues no sólo de «inspirar» mediante valores colectivos o fines públicos determinadas instancias jurídicas que deben regular la esfera económica, sino de asegurar al mismo tiempo su adecuada aplicación mediante mecanismos operativos de control-sanción. Todo ello bajo la tutela de agencias o autoridades auténticamente independientes. Por otra parte, debe recordarse una vez más que existen ya otras instancias jurídicas suficientemente globalizadas, donde estas coordinadas de avance presentan resultados constatables, como la esfera medioambiental. Por no hablar de otras instancias regulativas de éxito, como los mecanismos de homologación de calidad o los controles de tipo sanitario sobre el comercio internacional.

Por supuesto, una primera y humilde dosis de autocrítica, en una línea de análisis que pretende focalizarse sobre el ámbito específico del derecho, seguramente no sería inconveniente. Considerando la responsabilidad colectiva, más o menos difusa, de los juristas, acaso convendría comenzar reconociendo que nuestra capacidad de innovación jurídica, nuestra capacidad

para diseñar instrumentos innovadores, o para renovar y actualizar categorías doctrinales establecidas, seguramente no han sido suficientes hasta ahora cuando se trata de hacer frente al nuevo gran Leviatán de la globalización económica.

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

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

Una primera hipótesis problemática que podríamos sugerir es si en la gestación y aplicación del derecho regulativo económico ha habido un cierto fallo en el andamiaje instrumental que le debe servir de soporte: o sea, en las redes sociales e institucionales que conformarían el modelo de la llamada «gobernanza multinivel», cuyo funcionamiento adecuado requiere de ciertas dosis de lealtad institucional y de capacidad de cooperación constructiva. Si en el propio ámbito de lo público comprobamos con cierta frecuencia, tanto en la escala regional como en la interestatal, que tal lealtad suele brillar por su ausencia, es lógico pensar que la esfera privada tendrá un comportamiento mucho más huidizo y elusivo.

Sin embargo, del mismo modo que las redes públicas vienen avanzando en la homogeneización y perfeccionamiento de sus circuitos de control (45) igualmente el ámbito empresarial privado parece comenzar a progresar no solamente a partir de los códigos internos de conducta sino, sobre todo, siguiendo la estela de la imparable oleada de publicidad que permiten las nuevas redes de información mundial.

(45) Como sucede por ejemplo en el ámbito del control de las cuentas públicas, con la red INTOSAI (*International Organisation of Supreme Audit Institutions*) a partir de su famosa Declaración de Lima de 1977. Cfr. sobre el tema PORRAS GÓMEZ, A. M. (2014).

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

Sin embargo parece claro que, si queremos atribuir al concepto de transparencia un valor que vaya más allá de su mera presencia difusa o de su dimensión vagamente utópica, será necesario tratar de avanzar en su incorporación operativa como una categoría jurídica susceptible de aplicarse en la práctica de la compleja realidad contemporánea (46). Una aplicación que cuenta, como es lógico, con un soporte tecnológico suficientemente acreditado a estas alturas, a través de los circuitos comunicativos de proyección mundial.

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

A) Por un lado estaría el creciente impacto que la pura noción de *publicidad* de actuaciones por parte de los agentes activos en la esfera de la economía globalizada. Se trata de una dimensión que estaría implícita en la originaria noción de «democracia avanzada» que acepta, desde la segunda mitad del siglo xx la presencia activa de los circuitos audiovisuales como un elemento general de la dinámica del sistema. Sin embargo será sobre todo a partir de la emergencia de las grandes redes mundiales desde finales del siglo xx cuando se va a producir en este ámbito una progresión geométrica de los canales de publicidad e información, entendidos como soportes instrumentales de la transparencia. Desde esta perspectiva parece claro que toda agencia reguladora, o toda autoridad competente en el ámbito de la regulación económica debería aplicarse con rigor a la tarea de publicitar sus actuaciones, sus resultados y su propia gestión, haciéndolas plenamente accesibles. Algo que en parte ya se viene introduciendo en los correspondientes soportes legales: así la citada ley Dodd-Frank no solamente incorpora una original figura del *ombudsman* del cliente, encargado de recibir reclamacio-

(46) Una tarea que en parte ya se viene abordando, cfr. BLASCO, A. (2012). GUICHOT, E. (2012).

nes, sino también la previsión de una línea gratuita y un sitio web para reclamaciones de los consumidores sobre productos y servicios financieros.

B) En segundo lugar, empujada por el fenómeno de la explosión mundial de las comunicaciones, la transparencia genera un doble fenómeno de *instantaneidad* tanto en la generación de información y conocimiento como en la proyección global o mundial de la propia información. Algo que tiene como consecuencia la intensificación de las demandas paralelas de control o de respuesta, exigiendo una creciente instantaneidad en las actuaciones públicas de control (actuaciones que, no estando monitorizadas, deben llevarse a cabo hasta ahora siguiendo la lenta cadencia de las habituales pautas cuasi-jurisdiccionales). Por supuesto, se trata de tensiones que a veces afectan negativamente a los procesos deliberativos (a menudo inexorablemente lentos) que deben estar en la base de tales decisiones, reforzando en la práctica la posición de los ejecutivos (se supone que los responsables últimos de la capacidad decisional de los estados) (47). Baste recordar la forma precaria, precipitada y a veces errónea como, desde la esfera de la Unión Europea, se ha respondido en los últimos años a la más reciente crisis financiera.

C) Pero si la mera dimensión de visualización o publicidad, o de instantaneidad, pueden dar una proyección multiplicada al impacto de la transparencia por su incidencia social difusa, la otra cara se situaría en torno a la noción instrumental de la «*accountability*» entendida rigurosamente como rendición de cuentas: en términos pues de auténtico control-sanción. Por más que se trate de una noción amplia y relativamente difusa, no cabe duda de que se sitúa en el mismo núcleo de las exigencias originarias propias de todo Estado de Derecho, conectando así los requerimientos propios de un control contable con los del circuito estrictamente jurisdiccional, al modo como opera normalmente el control de legalidad (48). Naturalmente la instrumentación de la transparencia como circuito operativo al servicio de una efectiva función de control de la actividad económica depende de un adecuado ensamblaje previo del conjunto de exigencias de racionalidad propias de toda ordenación de un determinado sector social; unas exigencias de racionalidad que deberán concretizarse en torno a determinados soportes o principios (o fines o valores) dotados de una cierta dimensión normativa, y por lo tanto susceptibles así de convertirse finalmente en auténticos *parámetros de control*.

Se trata ciertamente de un proceso complejo que al final dependerá evidentemente del grado de desarrollo efectivo de las redes de gobernanza mul-

(47) Como ha señalado Julia Black (2010) «in the UK executive decision-making most often took the form of “decide now, act immediately, explain quickly, and validate later”».

(48) Sobre el tema PORRAS GÓMEZ, A. M. (2014).

tinivel y del nivel de lealtad y de consenso que las distintas esferas institucionales afectadas desarrollen en torno a las mismas; así como de la propia capacidad creativa de las instancias jurídicas comprometidas. Algo que a veces suele estar conectado ciertamente con la operatividad de los instrumentos informales del llamado *soft law* (acuerdos, intercambios de información y de experiencias, redes de contactos, etc.), pero también con la existencia de un cierto discurso doctrinal o, al menos, de puntos o elementos científicos de enfoque de la realidad suficientemente compartidos en el medio académico.

Las posibilidades de que el derecho regulativo consiga progresar eficazmente en el proceloso mundo de la economía globalizada contemporánea se enfrentan ciertamente a una multitud de interrogantes. Pero antes de tirar la toalla o de buscar enemigos imaginarios en molinos de viento, convendría que la propia doctrina jurídica se planteara una adecuada reflexión capaz de aportarnos no solamente un balance crítico-reflexivo de lo realizado hasta ahora, sino también de proyectarse de forma operativa hacia los desafíos del futuro más inmediato.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR RIVERO, J. (2000): *En pos de la quimera. Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*, México, FCE.
- ALBERTÍ, E. (2004): «La Constitución económica de 1978», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 71.
- ÁLVAREZ CONDE, E. (2013): «El Derecho Constitucional y la crisis», *Revista de Derecho Político*, n.º 88.
- ARTHURS, H. W. (2003): «Governing the Canadian State: the Constitution in an era of globalisation, neo-liberalism, populism, decentralization and judicial activism», *Constitutional Forum*, 2003, vol. 13, n.º 1.
- AWREY, D., BLAIR, W., D. KERSHAW, D. (2012): *Between law and markets: is there a role for culture and ethics in financial regulation?* LSE Working Papers, 14/2012.
- BAUMANN, Z. (2003): *Modernidad líquida*, México, FCE.
- BLACK, J. (2010): *Managing the Financial Crisis. The constitutional dimension*, LSE Working Papers, 12/2010.
- (2010): *The rise, fall and fate of Principles Based Regulation*, LSE Working Papers 17/2010.
- (2012): *Calling Regulators to account: challenges, capacities and prospects*, LSE Working Papers 15/2012.
- (2013): *Seeing, knowing, and regulating financial markets: moving the cognitive framework from the economic to the social*, LSE Working Papers 24/2013.
- BLASCO, A. (coord.) (2012): *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo*, INAP.
- CHRISTENSEN, J. G. (2011): «Competing theories of regulatory governance: reconsidering public interest theory of regulation», en D. Levi-Faur (ed.), *Handbook on the politics of regulation*, Cheltenham, Edward Elgar.

- COHEN, D., THATCHER, M. (2005): «The new governance of markets and non-majoritarian regulators», *Governance*, vol. 18, n.º 3. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/j.1468-0491.2005.00279.x>
- CROZIER, M., HUNTINGTON, S., WATANUKI, J. (1975): *The crisis of democracy. Report on the governability of Democracies to the Trilateral Commission*, Nueva York UP.
- G. MAESTRO, G. (2002): «Constitución económica e integración europea», *Revista de Derecho Político*, n.º 54.
- GERADIN, D., PETIT, N. (2004): *The Development of agencies at EU and national levels: conceptual analysis and proposals for reform*, Jean Monet Working Papers 01/04.
- GÓMEZ ORFANEL, G. (1986): *Excepcionalidad y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, CEPC.
- GUICHOT, E. (2012): «El proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades autónomas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 84.
- HABERMAS, J. (1986): «Law as Medium and Law as Institution», en G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, Walter de Gruyter.
- HUTTER, B. M. (2006): *The Role of non-state actors in regulation*, CARR, Discussion paper n.º 37.
- JOERGES, Ch. (2005): «¿Qué tiene de socialdemócrata la Constitución económica europea?», *Revista Española de Derecho constitucional*, n.º 73.
- JORDANA, J., LEVI-FAUR, D. (eds.) (2004): *The Politics of Regulation: institutions and regulatory reform for the age of governance*, Cheltenham, Edward Elgar.
- LASHERAS, M. A. (1999): *La regulación económica de los servicios públicos*, Barcelona, Ariel.
- LOWI, Th. (1979): *The End of Liberalism*, Nueva York, Norton.
- LUHMANN, N. (1993): *Teoría Política en el Estado del Bienestar*, Madrid, Alianza.
- MAJONE, G. (1993): «The European Community between Social Policy and Social Regulation», *Journal of Common Market Studies*, vol. 31, n.º 2.
- (1995): «La crescita dei poteri regolativi nella Comunità Europea», *Rivista Italiana di Scienza Política*, n.º 3. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/j.1468-5965.1993.tb00455.x>
- (1996): *Regulating Europe*, Londres, Routledge.
- MAJONE, G., LA SPINA, A. (1991): «Lo Stato regolatore», *Rivista Italiana di Scienza dell'Amministrazione*, n.º 3.
- MORISI, M. (1981): «Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis», en E. García de Enterría, A. Predieri (coords.), *La Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas.
- OFFE, C. (1984): *Contradictions in the welfare state*, Londres, Hutchinson.
- (1988): *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Madrid, Sistema.
- PARAMIO, L. (2002): «Reforma del Estado y desconfianza política», *VII Congreso CLAD*, Lisboa.
- POLLIT, Chr., BOUCKAERT, G. (2000): *Public management reform: a comparative analysis*, Oxford UP.
- PORRAS GÓMEZ, A. M. (2014): *La gobernanza multinivel del control del gasto público europeo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- PORRAS NADALES, A. (1995): «Derecho Constitucional y evolucionismo jurídico», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 87.
- (2002): «El derecho regulativo», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 117.
- (2007): «Evaluar la acción de gobierno», *Nuevas Políticas Públicas*, n.º 3, 2 (IAAP): www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/03_EST_01_porras.pdf.

- (2014): *La acción de gobierno: gobernabilidad, gobernanza, gobermedia*, Madrid, Trotta.
- RALLO, A. (2002): *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*, Madrid, Tecnos.
- (2012): «Política, economía y derechos: la independencia de los reguladores (¿Quo vadis?). Reflexiones generadas a partir de la reforma constitucional de 2011», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 30.
- REICH, S. (2000): «The Four Faces of Institutionalism. Public Policy and a Pluralistic Perspective», *Governance*, vol. 13, n.º 4. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/0952-1895.00143>
- ROSE, R. (1984): *Understanding Big Government. The Programme Approach*, Londres, Sage.
- SALVADOR, M. (2002): *Autoridades independientes, un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ariel.
- SMITH, D. K. (2004): «Beyond the rule of law? Decentered regulation in online investing», *Law & Policy*, vol. 26, núms. 3-4. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-9930.2004.00186.x>
- TEUBNER, G. (ed.) (1986): *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, Walter de Gruyter
- (1987): *Juridification of Social Spheres*, Berlin, Walter de Gruyter.
- TRIBE, L. (1985): *Constitutional Choices*, Harvard UP.
- TUORI, K. (2013): «Roles del Banco Central Europeo en la actual crisis económica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 39.
- VÍRGALA, A. (2006): «Agencias (y agencias reguladoras) en la Comunidad Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 5.
- (2012): «Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la ley de economía sostenible», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 94.
- WILSON, J. G. (1980): *The Politics of Regulation*, Nueva York.