

ALEXANDER SOMEK, *INDIVIDUALISM*

AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ

En este libro de turbadora profundidad, Alexander Somek nos ofrece una reconstrucción y valoración de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y de las políticas impulsadas por la Comisión Europea. La tesis central de la monografía es que el modo y manera en que las instituciones comunitarias deliberan y discuten acerca del contenido de la política y el Derecho supranacionales están socavando las bases del Estado de Derecho democrático, y empujándonos hacia formas de poder público a la vez arcaicas e innovadoras, a lo que el autor define como el autoritarismo *aggiornato* de la posdemocracia (1). Mediante un puñado de sentencias decisivas, y de multitud de pequeñas iniciativas de *soft-law* de diversa ralea, se habrían subvertido tanto el ideal de gobierno de las leyes como el de la dignidad normativa de la Constitución autorizada por *nosotros los ciudadanos*. De hecho, las constituciones democráticas de los Estados miembros de la Unión Europea, tanto individual como colectivamente (como tradiciones constitucionales comunes que componen el sustrato profundo de la Constitución europea), estarían siendo reemplazadas por un conjunto heteróclito de normas encaminadas a la realización pragmática del ideal de un mercado libre habitado por individuos preferiblemente apolíticos. El peculiar camino europeo hacia el individualismo denunciado por Tocqueville pasa pues por el espejismo de la absoluta emancipación de los lazos políticos y las obligaciones solidarias hacia los miembros

(1) Hay una considerable afinidad estructural con el magistral trabajo de Sheldon S. WOLIN, *Democracy Incorporated, Managed Democracy and the Specter of Inverted Totalitarianism*, Princeton, Princeton University Press, 2008 (hay traducción al castellano de Silvia Villegas, *Democracia*, S. A., Buenos Aires, Katz, 2008).

de la misma comunidad nacional. En varias ocasiones a lo largo del libro, el lector sospecha que la peculiar historia europea que nos cuenta Somek es un detalle en el fresco de la historia de la modernidad que quizá algún día el autor se decida a pintar. De hecho, la conclusión lógica del libro (que pese a ello no se encuentra en su final físico) es la sombría afirmación de que «las ideas de la Revolución Francesa parecen haber sufrido la derrota final en Europa. La era del Derecho constitucional moderno está llegando a su fin» (243) (2). De este modo, Somek da la muy discordante nota de poner en cuestión que el proyecto político europeo deba necesariamente conducirnos a la tierra prometida por el cosmopolitanismo kantiano. Por el contrario, *Individualism* pone de relieve que hay un lado oscuro de la Unión Europea que encierra peligros más reales que los fantasmas que se agitan en las campañas de referéndum (3).

La importancia de este libro radica no tanto en el diagnóstico (un tanto menos heterodoxo después de las debacles de los referendos de 2005 y 2007, y la creciente desafección del «pueblo de izquierdas» europeo hacia el proyecto político comunitario), como en la sobriedad y contundencia del argumento. El autor cruza sistemáticamente las fronteras disciplinarias con *gusto*. Gracias a ello, es capaz de unir tres cabos fundamentales en todo estudio constitucional del Derecho comunitario europeo; a saber: 1) una valoración política y normativa de la legitimidad del Derecho constitucional europeo *positivo*; 2) el análisis constitucional y normativo de la formación de las políticas y las leyes europeas; 3) la reconstrucción «dogmática» de las principales sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —con la consiguiente crítica a la dogmática constitucional y contextual al uso—.

Los objetos centrales de atención y crítica del libro son (en este orden de importancia) la jurisprudencia de los jueces de Luxemburgo y las iniciativas legislativas o cuasi legislativas de los eurócratas que vagan en el Palacio de Berlaymont, principales responsables de la mutación no sólo del contenido sustantivo de las leyes fundamentales comunitarias y nacionales, sino también de la propia estructura del medio *por excelencia* de integración social en las sociedades modernas contemporáneas: el Derecho constitucional. Y ello en tanto que lo que es visto por una buena parte de la doctrina y los comentaristas como «activismo judicial» es a juicio de Somek un abandono en toda regla de los principios y reglas

(2) Véase sobre el particular el más extenso análisis que el autor lleva a cabo en «The Owl of Minerva: Constitutional Discourse Before its Conclusion», *Modern Law Review*, núm. 71, 2008, págs. 473-489.

(3) Sobre la pobreza de la comunicación política en las contiendas electorales europeas en España, permítame el lector referirme a Hans Jörg TRENZ, Agustín José MENÉNDEZ y Fernando LOSADA (eds.), *¿Y por fin somos europeos?*, Madrid, Dykinson, 2008.

de la actividad judicial, y su sustitución por una «jurisprudencia disonante» (4), nueva forma en la que se esconde un decisionismo de sustancia bastante rancia. Pese a que el derecho disonante se asemeja formalmente al Derecho constitucional clásico, y cumpla parecidas funciones de integración social, su código normativo es radicalmente distinto. Abandona la normatividad de la autonomía política (de lo que traducido literalmente podríamos denominar el autogobierno, si no fuera por las peculiares connotaciones que el término tiene en nuestro lenguaje constitucional) y la sustituye por la (neoliberal) normatividad de la «proximidad». Esta última no sólo corta los vínculos entre el Derecho y la razón práctica (al disolver la idea misma de sistema jurídico normativamente coherente, y reemplazarla por una caterva de normas informadas por una lógica contextual estrechamente pragmática), sino que hace desaparecer el poder público tal y como lo entendemos al negar la condición política misma y al redefinir la soberanía como una categoría en permanente fuga (Somek, con notable retranca vienesa, habla de una soberanía de aeropuerto y de estación en el capítulo 11).

Ciertamente, Somek presta considerable atención a la inventividad con la que la Comisión ejerce sus funciones de impulso legislativo. Así en los capítulos 5 y 12 deconstruye la jerga de la Comisión para desentrañar la peculiar forma de Estado de bienestar «a coste cero» con el que se propone reemplazar las obsoletas, anticuadas y onerosas medidas de redistribución clásicamente asociadas con el Estado social y democrático de Derecho. En lugar de impuestos progresivos y estructuras sociales, la Comisión propone reformar nuestros hábitos cotidianos (desde nuestra comida a nuestros vicios, entre los que se incluyen fumar y beber; quizá el pudor de los eurócratas nos salve de ulteriores indagaciones en la lista de los pecados capitales). En la medida en la que la serie inagotable de estudios realizados o encargados por la Comisión justifica la competencia europea en que esta policía de las costumbres está llamada a reforzar el mercado interior, es difícil eludir el sarcasmo somekiano. Las prédicas seculares de la Comisión implican pues que las diferencias regulatorias inducen a la melancolía a los europeos (250).

Pero la parte fundamental de *Individualism* es sin duda el estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El autor combina una munición y sagaz reconstrucción de la jurisprudencia constitucional de los magistrados de Luxemburgo con una astuta valoración normativa de sus implicaciones políticas. En

(4) El concepto ha sido expuesto sistemáticamente en el trabajo inmediatamente posterior al libro «The Emancipation of Legal Dissonance», Conferencia Inaugural del *Workshop* «Hope, Reluctance and Fear», Workshop, Bergen, 19-20 de enero de 2009, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1333194.

particular, Somek se ocupa preferentemente de las decisiones clave en materia de división de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros, y de las atinentes a la interpretación de la libertad personal de movimiento tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, que insertó en el Tratado de Roma las provisiones relativas a la ciudadanía europea (o dicho brevemente, a la línea de casos liderados por *Martínez Sala* y *Baumbast*). Mediante una experta disección de los fundamentos de las sentencias, el autor de *Individualism* muestra cómo la crecientemente expansiva interpretación de qué competencias se deriven del «establecimiento y funcionamiento del mercado interior» (la famosa frase del art. 95 TEC) ha contribuido a modificar la relación entre Derecho, economía y sociedad en Europa. A partir de la sentencia en el caso sobre la *Publicidad del Tabaco*, el Tribunal de Justicia habría abandonado la concepción «liberal» de la integración económica (compatible en buena medida con la visión política de cristiano-demócratas e incluso socialdemócratas), consagrada en la mayoría (si no la casi totalidad) de las constituciones de los Estados miembros, en la que la estructura socioeconómica es un *medio* al servicio de la realización del conjunto de los principios constitucionales, y habría recharacterizado el «mercado interior» como un proyecto «holístico», en el que la totalidad de la configuración social ha de modelarse al servicio de la realización de las genuinas libertades, las económicas. Se trata, quién lo duda, de una interpretación que va contra la corriente de la mayor parte de la dogmática comunitaria (5), de conformidad con la cual la sentencia del TJCE en *Publicidad del Tabaco* habría supuesto la primera y decisiva limitación a la continua expansión de competencias comunitarias. Y sin embargo, Somek sostiene de forma muy convincente que el Tribunal habría abandonado su jurisprudencia anterior, en la que el juicio competencial se producía mediante referencia al criterio del «centro de gravedad» de la medida, que excluía la competencia comunitaria en ámbitos que sólo tangencial o secundariamente se correspondían con el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Al hacerlo, habría abierto una jurisprudencia «aperturista», en la que tan sólo quedan excluidas del ámbito competencial comunitario las medidas que no inciden en modo alguno en el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Con ello se incorporan al círculo europeo aquellas decisiones mediante las que *siquiera tangencialmente* la norma contribuye a eliminar un obstáculo a una de las cuatro libertades económicas. De este modo, y sin que ello haya sido percibido por buena parte de la doctrina, el Tribunal no sólo ha ampliado el ámbito competencial de la Unión, sino que ha alterado radicalmen-

(5) En la nuestra, véase por ejemplo el comentario de José María DE AREILZA CARVAJAL, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 4, 2000, págs. 643-664.

te la naturaleza de las libertades económicas, consagrando una mutación que se venía insinuando desde la famosa *Cassis de Dijon*. De normas instrumentales para la realización de libertades políticas y sociales, las libertades económicas se han transmutado en los pilares constitucionales de la Unión, enmendando la plana no sólo a la historia constitucional de los Estados miembros, sino a las propias constituciones nacionales, supuestamente «constituyentes» de la ley fundamental «profunda» de la Unión Europea.

De forma paralela, la línea de sentencias abierta por *Martínez Sala* y *Baum-bast* es habitualmente vista como una contribución positiva al reconocimiento del carácter político del proyecto de integración europea. Al ampliar el círculo de los titulares del derecho a la libre circulación de los *mercaderes* a los ciudadanos *tout court*, el Tribunal habría mutado en un sentido francamente social el «código genético» del Derecho comunitario. Mediante un ceñido análisis dogmático y normativo, Somek pone de relieve las consecuencias escasamente positivas de este giro, en tanto que bajo la apariencia formal de un discurso de derechos el Tribunal habría consagrado la posición central de las libertades económicas (verdadero sustrato de la ciudadanía europea) y ampliado las posibilidades de control de la constitucionalidad europeo de todas las normas nacionales, incluidas aquellas mediante las que se establecen y regulan las pensiones no contributivas, corazón ciudadano de los modernos Estados de bienestar.

El resultado de la acción combinada de la Comisión y del Tribunal de Justicia es el recalibrado del Derecho comunitario: convertido en dúctil y maleable frente a los poderes económicos, y abrasivamente duro [«liberalmente paternalista» (6) dirán algunos] en su aplicación a los hábitos privados de los ciudadanos.

Ello conduce a la decadencia de la ciudadanía política, a su reemplazo por la categoría hueca del «ciudadano» en tanto que *usuario* y *consumidor* (capítulos 10 y 12). El débil pulso político de la integración europea agrava las consecuencias. La compleja mezcla de intergubernamentalismo y supranacionalismo que informa la estructura institucional de la Unión Europea impide la interconexión de los debates políticos nacionales, y al hacerlo, aborta la articulación de una voluntad política europea. A resultas de lo cual, ni la Comisión ni el Tribunal disponen de una guía política al tomar decisiones. Ése es el caldo de cultivo de la involución del ciudadano en mansueto sujeto del poder. La nega-

(6) Si se me permite usar la expresión empleadas por los autores del que a buen seguro se convertirá en una exposición paradigmática de la filosofía política y jurídica del paternalismo posconstitucional: Richard H. THALER y Cass S. SUNSTEIN, *Nudge*, Harmondsworth, Penguin, 2008. Quizá no sea casualidad que ambos sean asesores cercanos al Presidente Obama.

ción de la política conlleva que todo conflicto de intereses y valores sea visto como un obstáculo a la genuina libertad individual, del que sólo pueden desembarazarnos líderes políticos concedores de los arcanos de Estado. Son éstas las transformaciones que explican la fascinación por la retahíla de neologismos que salpican nuestros discursos jurídicos y políticos. Ya no hay Gobierno, pero nos queda la gobernanza. Mejor no hablar de capitalistas, sino de partes interesadas (*stakeholders*). Evítese la referencia a la confrontación democrática, y sustitúyase por procesos participativos (¿o quizá sea más oportuno traducir *partnership* por aparcerías políticas o comanditas sociales?). Y pese a la novedad, Somek nos advierte de que la sustancia constitucional de esta transformación dista de ser nueva. Ni el súcubo de la libertad absoluta es nuevo (y bien sabemos después de dos guerras continentales los demonios que engendra), ni la forma política del individualismo es original, sino más bien una variante de la vieja Constitución mixta, en la que la forma del Derecho se pone al servicio de la política reguladora, con el objetivo neoleninista de transformar la política en la administración de las cosas (capítulos 10 y 13).

Tanto la reconstrucción dogmático-jurídica del Derecho constitucional comunitario como la valoración normativa de la legitimidad de la Unión Europea son algo más que «inquietantemente plausibles», si se me permite citar una de las frases promocionales que figuran en la cubierta del volumen. Dicho lo cual, hay dos flancos que el autor descuida, y que pueden modular considerablemente la consistencia y el sentido de sus conclusiones.

En primer lugar, el argumento de Somek no toma prácticamente en cuenta la *dimensión temporal* de la integración europea. ¿Son las tendencias «posconstitucionales» e «individualistas» que describe el autor *intrínsecas* al proceso de integración Europea y al Derecho comunitario? O, por el contrario ¿se trata de mutaciones causadas por decisiones políticas y judiciales concretas, susceptibles de ser modificadas? Estas preguntas no tienen un interés exclusivamente histórico, sino esencialmente pragmático. Dependiendo de la respuesta que demos a estas cuestiones, tendrá o no sentido plantearse la conveniencia de *reconstituir* la Unión Europea en sentido democrático (o, por el contrario, abandonar el proyecto a su suerte). Somek da una de cal y otra de arena en los diversos pasajes en los que se ocupa indirectamente de la cuestión (en sentido positivo en las págs. 31, 241 o 267; y negativo en las págs. 121 o 123). Cabe sospechar que alguien que dedica sus esfuerzos a escribir un libro tan brillante como éste sobre la integración europea no crea la causa de la Europa federal totalmente perdida. Pero sea como fuere, la tesis central del libro no se somete a la prueba a mi juicio imprescindible de su aplicación al proceso de integración europea *desde su gestación*. Es más que probable que de hacerlo, el autor hubiera de

descartar la relación intrínseca entre Derecho comunitario y Derecho disonante. Hay indicios claros de que el proceso de integración europea procedió por cauces constitucionales hasta mediados de los años ochenta [ello implica defender una interpretación de lo que el Tribunal de Justicia hizo en *Van Gend en Loos* y en *Costa* diferente de la que Somek sostiene; pero esa interpretación es posible y, a mi juicio (7), preferible a la de Somek]. Fue entonces cuando se produjo una mutación de la relación entre Derecho, economía y política en el Derecho constitucional tanto nacional como supranacional (8). Por lo que respecta al Derecho comunitario, la sentencia *Cassis de Dijon* (anticipada en *Dassonville*), las decisiones estratégicas recogidas en el *Libro Blanco para la culminación del mercado interior* de 1985 (9), y la opción política por el «ratón muerto» del Acta Única Europea en lugar del Tratado Constitucional propuesto por el Parlamento Europeo (10) propiciaron el ascenso del «holismo de mercado» y la «ciudadanía hueca» de las que habla Somek. Ese giro tuvo reflejo en la sustitución del ideal de mercado común por el de mercado único (11), y en la consecuente

(7) Véase Agustín José MENÉNDEZ, «Sobre los conflictos constitucionales europeos: validez del derecho comunitario y legitimidad democrática de la Unión Europea», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2007, págs. 139-194.

(8) Véase Andrew GLYNN, *Capitalism Unleashed*, Oxford, Oxford University Press, 2006, y David HARVEY, *Neoliberalism*, Oxford, Oxford University Press, 2006. A la espera de una reconstrucción rigurosa de la historia económica de la Unión Europea, es difícil determinar qué nivel de gobierno impulsó el cambio. Así, es obvio que la llegada al poder de Margaret Thatcher cambió el aire no sólo en Londres, sino también en Bruselas. Pero no es menos cierto que dos años antes Roy Jenkins fue elegido como Presidente de la Comisión, y se llevó en la maleta una visión «social-liberal» que con el tiempo heredaría la Tercera Vía de Tony Blair [véase Andrew ADONIS, «A Biographer's Tale», en Andrew ADONIS y Keith THOMAS (ed.), *Roy Jenkins, A Retrospective*, Oxford, Oxford University Press, 2004, págs. 317-331]. El círculo quizá pueda cerrarse considerando cómo la latente crisis económica británica de finales de los sesenta que desembocó en el episodio del FMI de 1976 influyó en las percepciones de ambos. Sobre este último particular, véase Douglas WASS, *Decline to Fall*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

(9) Y es necesario añadir la iniciativa política que condujo a la aprobación de la Directiva sobre libre circulación de capitales de 1988. Sobre la relevancia política de ésta, véanse Barry EICHENGREEN, *Globalising Capital*, Princeton, Princeton University Press, 2008 (2.ª ed.), y Rawi ABDÉLAL, *Capital Rules*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.

(10) El Acta Única Europea implicaba rebajar cuantitativa y cualitativamente las reformas propuestas en el Tratado Constitucional aprobado por el Parlamento Europeo en 1984. Altiero Spinelli, con su habitual lungomiranza, calificó al Acta Única como «topolino morto partorito dalla montagna».

(11) Los Tratados fundacionales establecían un programa detallado para abrir los mercados nacionales a los trabajadores, bienes, servicios y capitales provenientes de otros Estados miembros. Con ello no se eliminaban las fronteras económicas, sino que se ponían en común los seis mercados nacionales. De este modo, los Estados miembros mantenían plena competencia para decidir sus políticas socioeconómicas, con el único límite de aplicar la totalidad de las normas a

reinterpretación de las libertades económicas como operacionalizaciones no ya del principio de no discriminación por razón de nacionalidad (y, por ende, conciliable con la autonomía de las políticas socioeconómicas nacionales), sino del principio supremo de autonomía privada. Si bien cada uno de las sentencias o iniciativas políticas puede parecer razonable, vistos como partes de este engranaje constitucional se convierten en eslabones de una cadena privatizadora que recalifica a las medidas sociales y tributarias como *potenciales* obstáculos a la libertad (económica) de los ciudadanos europeos. Pero si todo ello es correcto, entonces habremos individuado las decisiones específicas que han causado los cambios estructurales y sustantivos del Derecho comunitario asociados con el *individualismo* y la degeneración de la democracia constitucional. Serían esas decisiones, y no las características intrínsecas del Derecho comunitario, las causantes del estado de cosas actual. Pero si no hay nada intrínsecamente podrido en el estado de Europa, es posible interpretar *Individualism* como una proyección distópica del futuro del viejo continente si no reconstituimos la Unión, y no como una profecía acerca de un devenir inevitable.

A ello se añade que Somek sugiere, pero no concreta, la relación que existe entre el Derecho «posconstitucional» y «posdemocrático» y el emergente paradigma de la «gobernanza» como parte central de la posdemocracia, que los anglosajones tienen la correcta querencia de denominar como *managed democracy*. La «panglossiana» descripción de los procedimientos (presuntamente) radicalmente innovadores de formación de la voluntad colectiva en materia de política económica (muy especialmente, del eurogrupo que «maneja», ya que no «gobierna» la zona euro) (12) y política social (el muy comentado y escasamente investigado en profundidad Método Abierto de Coordinación, con

los actores económicos de otros Estados miembros. El contenido sustantivo del poder regulador de los Estados miembros se mantenía así intacto. La completa eliminación de las barreras económicas entre los Estados y la consiguiente fusión de los mercados nacionales en un mercado europeo único se fijaba como un objetivo político a largo plazo. Al tiempo que existía un consenso político sobre la necesidad de previamente ahondar en la unidad política que permitiera la armonización de las normas tributarias y sociales (de ahí las propuestas de la Comisión en los años sesenta encaminadas a la armonización de los sistemas tributarios en su conjunto). El Acta Única Europea alteró esta visión constitucional al proponer la eliminación de las barreras económicas sin que la misma se acompañara de medidas sociales y políticas de igual envergadura. Esta ruptura fue posible por una convergencia temporal de las preferencias políticas de neoliberales y de la emergente visión social-liberal en la que estaban derivando socialdemócratas y cristiano-demócratas. Mientras los neoliberales apostaban porque este giro acabara socavando las bases de los Estados de bienestar, los social-liberales creyeron que la dinámica de la integración económica generaría la voluntad política de ahondar en la integración política y social.

(12) Véase Uwe PUETTER, *The Eurogroup. How a secretive circle of finance ministers shape European economic governance*, Manchester, Manchester University Press, 2006.

sus mayúsculas) (13) parecen bastante afines al Derecho «disonante» del que se ocupa Somek. Por emplear términos que fueron muy populares en algunos círculos en los años noventa, la gobernanza no sería sino la «nueva gramática» del Derecho cosmopolita; o dicho en castellano cañí, una alternativa completa al obsoleto y anticuado Derecho constitucional, incestuosamente ligado al declinante Estado nacional. Al mismo tiempo, la exploración de ese paralelismo quizá hubiera permitido a Somek extender su vigorosa y razonable crítica a los jueces e instituciones políticas nacionales. No es improbable que el «decisionismo» y «paternalismo» encubiertos del Tribunal de Justicia, constitucional en sus formas y anticonstitucional en su sustancia, tenga un parentesco consanguíneo con la arrogación por parte de nuestros tribunales constitucionales de un papel legislativo al amparo de técnicas en sí mismas exquisitamente constitucionales, tales como las sentencias «interpretativas» (que no sin maldad nuestros colegas transalpinos prefieren caracterizar como «manipulativas» o explícitamente como «aditivas»). Aunque el fenómeno de legislación constitucional traiga causa de la crisis de la política (14) y de la dejación de funciones de Parlamento y Gobierno, no deja por ello de tener graves consecuencias democráticas, respecto de las cuales quizá estén más alertas nuestros colegas estadounidenses, aunque sólo sea porque sufren un estado más avanzado de ese proceso de declive de la democracia (15). A lo que se añade una incipiente crisis de identidad de los propios guardianes de la Constitución, cuya incapacidad estructural para actuar como verdaderos legisladores se refleja en la tendencia al (fútil) incremento de la longitud de sus decisiones (16). Al tiempo que el discurso y la impedimenta

(13) Véase Milena BUCHS, «How Legitimate is the Open Method of Co-ordination?», *Journal of Common Market Studies*, núm. 46, 2008, págs. 765-786.

(14) Véase Ángel GARRORENA MORALES, «Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas», en *La Democracia Constitucional. Libro homenaje a Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2004, págs. 1843-1878.

(15) Un análisis agudo de la relación entre «sobrejuridificación» y deterioro de la calidad democrática en Gordon SILVERSTEIN, *Law's Allure, How Law Shapes, Constrains, Saves and Kills Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

(16) En una entrevista a la Cadena SER en el otoño pasado (véase *El Economista*, de 19 de septiembre de 2008, disponible en <http://ecodiario.economista.es/politica/noticias/759938/09/08/La-ilegalizacion-del-Plan-Ibarretxe-puede-afectar-al-Estatut-segun-el-vicepresidente-del-Constitucional.html>) el entonces Vicepresidente del Tribunal Constitucional Guillermo Jiménez estimaba probable una sentencia de «miles de páginas» en el asunto atinente a la constitucionalidad del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Con independencia del sentido del fallo, es dudoso que la elephantiasis de la sentencia contribuya al ejercicio de la función asignada por la Constitución al Tribunal. O bien nuestros guardianes constitucionales optan por recaracterizar su jurisprudencia como *soft law*, en cuyo caso nos encontraríamos ante el más completo estudio doctrinal sobre el

institucional de la gobernanza defendidos por la Comisión tienen antecedentes claros en la retórica del *New Public Management* y en la proliferación de los híbridos «quangos» en las administraciones nacionales (17). La combinación de «liberalismo autoritario» en materia penal con la ductilidad del Derecho regulador tiene también claramente su origen en decisiones políticas nacionales (18). Pero es quizá injusto criticar al autor de un libro tan completo y sugerente como *Individualism* por aquello que se ha dejado en el tintero.

Estatuto (en desleal competencia de los pobres dogmáticos de Derecho constitucional), o bien por arrogarse un papel legislativo a todas luces excesivo y que podría mermar peligrosamente el saldo de legitimidad democrática del Tribunal.

(17) Sobre el *New Public Management* y su contexto histórico y político, véase Laurence E. LYNN Jr., *Public Management, Old and New*, New York, Routledge, 2006. Sobre los «quangos», véase entre una considerable literatura, Stuart WEIR, «Quangos: Questions of Democratic Legitimacy», *Parliamentary Affairs*, núm. 48, 1995, págs. 306-323. La fealdad del término ha aconsejado extender a los «quangos» la más imprecisa definición de «agencias». Véase Christopher POLLITT, Colin TALBOT, Janice CAULFIELD y Amanda SMULLEN, *Agencies: How Governments do things through semi-autonomous organizations*, Houndmills, Palgrave MacMillan, 2005.

(18) En nuestros lares, no deja de ser curiosa la tendencia a confiar en la autorregulación, por ejemplo en materia de programación infantil en nuestras televisiones (siendo así que hay un marco claro y duro de Derecho comunitario y nacional aplicable al particular), y a proponer simultáneamente el endurecimiento de penas y castigos cuando las víctimas son menores. Sobre el marco jurídico de la programación infantil: Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, *DO L 298*, de 17 de octubre de 1989, págs. 23-30, sustancialmente modificada por la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, *DO L 332*, de 18 de diciembre de 2007, págs. 27-45. La Directiva 89/552/CE fue incorporada al ordenamiento español por la Ley 25/1994, de 12 de julio (siendo especialmente relevantes los arts. 13.4 y 16, sobre limitación de la publicidad en espacios infantiles, y el 17, sobre protección de los menores frente a la programación de las propias cadenas). El plazo para la transposición de la nueva Directiva finaliza el 31 de diciembre de 2009. Dejando de lado el fondo del asunto, las instituciones políticas han optado por situarse en una peculiar posición subsidiaria (véase, por ejemplo, lo dicho por el entonces Presidente del Gobierno José Luis Rodríguez Zapatero: «Si las televisiones no regulan sus contenidos, el Gobierno actuará», *El País*, 17 de octubre de 2004).