

Parejo Alfonso, L., “Estado y Derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada”. Tirant lo blanch, Valencia 2016, 208 págs.

El cambio es consustancial al Derecho Administrativo por su vocación natural a regular la realidad social y económica que se encuentra en constante mutación. Sin embargo, como señala el Profesor GAMERO CASADO, lo verdaderamente significativo es detectar en cada caso cuáles son los rasgos estructurales de su transformación, es decir, los pilares vertebradores de las grandes metamorfosis. En el tiempo presente lo característico es la radicalidad y vertiginosidad que han alcanzado los cambios, como reflejo de la magnitud de los cambios que se están produciendo en el contexto social, económico y político.

Los cambios de hoy están provocando unas transformaciones radicales en el Estado y en su Derecho. El Estado ha perdido su tradicional posición dominante y su capacidad configuradora de la sociedad y ante esa incapacidad se repliega y entrega al sector privado y al mercado tareas que, tradicionalmente, estaban a cargo de la Administración. Toda la función estatal se concentra en garantizar la satisfacción de los intereses generales, sin llevar a cabo de manera directa la actividad prestacional. El Estado adquiere así una nueva dimensión, la del Estado garante. Por su parte, el Derecho se enfrenta a nuevos retos para cumplir su función de orden en el panorama actual en el que la incertidumbre es el rasgo característico.

Por su parte, el profesor MUÑOZ MACHADO en su trabajo: “*Hacia un nuevo Derecho Administrativo*”, se refería a los ensayos que tratan de identificar los cambios que se están produciendo y la orientación nueva que están tomando las instituciones, y exhortaba a los cultivadores del Derecho Administrativo a ocuparse de poner al día las instituciones hasta ahora utilizadas y estudiadas, determinar el alcance de sus modulaciones, y dar entrada a nuevas fórmulas de actuación para crear con el conjunto un sistema, comprensible y bien estructurado.

A esta tarea y, en concreto, al estudio de las transformaciones del Estado y su Derecho como consecuencia de la actual situación de crisis mundial y de la emergencia de la nueva dimensión del Estado social esencialmente regulador y garante, se viene dedicando desde hace años, con su habitual brillantez, el profesor Luciano PAREJO ALFONSO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid y uno de nuestros más reputados juristas, siendo la obra que en estas líneas se presenta el último fruto de dicha labor.

A pesar de tener poco más de doscientas páginas y cuatro capítulos, es una obra densa que requiere de una lectura y reflexión sosegadas, de elevado nivel teórico, en la que abunda el estudio de la doctrina comparada y en la que el análisis de la realidad para identificar los cambios y las nuevas funciones de regulación y garantía se

afrontan desde una visión pluridisciplinar, no exclusivamente jurídica, dando cabida, de conformidad con la nueva perspectiva metodológica de la ciencia jurídica que propugna, entre otras, a la ciencia política, la sociología, la filosofía y la economía.

En el capítulo primero titulado: “*El escenario: Los cambios del mundo*”, el autor nos pone frente al escenario de la actual situación de crisis mundial en la que lo característico es la incertidumbre económica y existencial. Recurre a la terminología de ORTEGA al indicar que lo que nos está sucediendo es que estamos ante un cambio de mundo, ante una crisis histórica, siquiera al identificar la situación actual con la idea “... *de saber al menos que lo que nos pasa es que no sabemos lo que nos pasa*”. Sin embargo, lo nuevo de la actual crisis y lo que la distingue de las anteriores es que la incertidumbre propia de toda crisis se extiende al sujeto llamado actuar, resaltando que el Estado en el mundo globalizado no parece ser la herramienta adecuada a la que recurrir.

La causa eficiente de la actual crisis la encuentra en la separación de la política -situada en el ámbito estatal- y del poder real y efectivo -situado en el espacio global- El mundo global implica una nueva forma de gobierno, la gobernanza, que supone la sustitución de la norma estatal por la racionalidad de la acción económica. De esta forma los Estados, al igual que la sociedad, quedan sometidos a los mercados y pasan a un segundo plano siendo unas víctimas más de la crisis.

Este proceso se enmarca en el curso de la crisis histórica del decantamiento de la modernidad y la emergencia de la posmodernidad, que supone un deterioro del orden establecido por la modernidad y, sobre todo, de la cohesión social, por desmoronamiento de sus valores y fines, colocándose la flexibilidad y la innovación en lo más alto de la jerarquía de valores. La crisis histórica afecta, igualmente, a la democracia y por eso se viene a hablar de posdemocracia, en la que la política pierde contacto con los ciudadanos y termina produciendo una situación que califica de antipolítica.

A modo de conclusión, señala que el resultado del escenario actual es el de la concurrencia de dos universos de lógicas distintas: el global, caracterizado por una gobernanza regida por criterios económico-financieros, que tiende a establecer un nuevo orden no sometido a democracia, carente de referencias seguras y firmes, en el que cada uno debe procurarse sus propios medios, y que impone sus reglas al segundo, el local o estatal, obligado a gestionar las consecuencias sociales que de ella se derivan.

El capítulo segundo, que es el más extenso, se divide en dos puntos bien diferenciados. El primero, dedicado a analizar las transformaciones que se están produciendo en el Estado y su Derecho como consecuencia de los citados cambios del mundo y el segundo a examinar el proceso de acomodación a esos cambios del Estado social, modelo que no se cuestiona y en cuyo mantenimiento se centran todos los esfuerzos, dando lugar a su nueva dimensión de Estado garante.

En el primer punto, indica que el Estado padece un claro declive como agente y espacio soberano por dos causas fundamentales: i) La pérdida de la independencia hacia el exterior y de estanqueidad en el interior; y ii) La emergencia de límites a la acción configuradora y redistribuidora del Estado.

Partiendo de la concepción original de soberanía estatal absoluta realiza un recorrido por su proceso de decantación, evolución y debilitación progresiva. El proceso se inicia con la racionalización jurídica de la categoría, así como con la visión de la relación entre Derecho estatal y el Derecho internacional en las versiones monista y dualista, y continúa con la globalización política y legal que suponen la superación de la sociedad internacional de Estados soberanos y el paso hacia una sociedad mundial. Especial atención dedica el autor al proceso de integración europea y la considera la mayor afectación de la soberanía estatal, como consecuencia de las cesiones de soberanía a instituciones supranacionales. En todo caso, a pesar del debilitamiento de la soberanía estatal a causa de tales fenómenos, sostiene la tesis de interpretar los actuales cambios en el sistema internacional en términos de la emergencia de un régimen de soberanía dualista y en modo alguno de proceso hacia la irrelevancia de la soberanía estatal y, menos aún, hacia la obsolescencia de la institución estatal.

Las principales consecuencias de estas transformaciones son que el Estado y su Derecho quedan reducidos a meros instrumentos para la adaptación al cambio y a la complejidad social, mostrándose incapaces para atender las demandas de una sociedad cada vez más compleja y para influir en el comportamiento de los actores sociales.

En el segundo punto del capítulo segundo, el profesor PAREJO analiza cómo el Estado social y su Administración se han acomodado a los citados cambios, lo que se ha manifestado sobre todo en su repliegue, al no poder mantener la posición de poder y las funciones que hasta ahora ocupaba, y en la consiguiente entrega al sector privado y al mercado de tareas que, tradicionalmente, estaban a cargo de la Administración. Este proceso ha dado lugar al nacimiento del Estado garante, cuyas características fundamentales son desarrolladas con precisión en esta obra.

Lo importante es que el Estado garante no es un nuevo modelo de Estado que venga a sustituir al Estado social y democrático de Derecho, pues esa entrega no supone un repliegue del Estado sin más, implica solo un cambio en el modelo de actuación del Estado social cuya función se concentra en garantizar la satisfacción de los intereses generales, sin llevar a cabo de manera directa la actividad prestacional, que puede ser realizada por los sujetos privados y por el mercado, sobre la confianza autorreguladora de la sociedad. A este respecto, especial interés presenta el estudio que realiza sobre la gradación teórica de la responsabilidad del Estado por las condiciones de la vida social elaborada por la dogmática alemana, diferenciando

entre responsabilidad de garantía, responsabilidad de cumplimiento o ejecución y responsabilidad de financiación, y como estas dimensiones se ofrecen en función de la distintas naturalezas de las tareas o cometidos realizados.

El Estado garante cumple su función de garantía, preferentemente, por medio del Derecho, que ya no es monopolio estatal dando entrada a la autorregulación social y mediante una Administración que no encaja en el modelo clásico de aparato de ejecución, al desarrollar funciones de dirección y control de las actividades de los actores privados. Estas nuevas funciones requieren la asignación al Estado de nuevos instrumentos de actuación, al margen de los tradicionales del Derecho Administrativo de intervención. Introduce en este punto el profesor PAREJO una acertada crítica en cuanto a que las ambigüedades inherentes, en este contexto, a los conceptos de garantía y responsabilidad, suscitan expectativas que el Estado garante no puede cumplir.

Cuestión fundamental en la idea del Estado garante es el deslinde de la acción estatal y social y la determinación de aquellas tareas públicas que pueden ser atribuidas a la sociedad. Destaca que ni los textos constitucionales, ni las leyes suelen contener pronunciamientos sobre las tareas estatales o las materias que deben considerarse de la responsabilidad del Estado, sin perjuicio de lo cual, facilita el soporte de una serie de comprobaciones respecto a las tareas estatales. En ese contexto, realiza un ensayo de marco teórico desde la concepción de la Administración pública como actividad para la satisfacción de las necesidades sociales. Esta concepción, según el autor, permite proporcionar una visión de la Administración en la que se hace visible la interrelación de todas sus dimensiones funcionales: la intervención, la prestación y la configuración.

De manera precisa expone los elementos característicos del Derecho Administrativo de garantía en el que la pieza nuclear es la regulación, entendida como todo mecanismo, instrumento o medida de origen estatal en procesos sociales, en particular económicos, con la finalidad de producir un orden específico. Además, este Derecho Administrativo comprende formas jurídico-públicas y jurídico-privadas de actuación, instrumentos de aseguramiento del resultado y herramientas de dirección y control públicos y, en último término, de sustitución pública.

El modelo de Estado garante exige el desarrollo de un Derecho Administrativo desde la superación de la dicotomía clásica entre el *imperium* y la libre competencia en una fórmula nueva que los integre, toda vez que, con carácter general no es esperable que la satisfacción del interés general se produzca por la sola vía de la autorregulación social y, en particular, del mercado.

Especial atención entiende que debe dedicar el Derecho administrativo de la garantía a los problemas relacionados con: (i) la adquisición y disposición del conoci-

miento experto por parte de la Administración para realizar la función de garantía; (ii) la posición de los agentes en el mercado respecto a la Administración y a los ciudadanos, al dar lugar a la liberación de sectores a relaciones y conflictos complejos; y (iii) la necesidad de soluciones para la hipótesis de seria deficiencia o de fracaso del mercado en la producción de bienes y servicios.

En el capítulo tercero se aborda el análisis de la función pública de regulación del Estado regulador garante. Desde una primera aproximación al significado jurídico de regulación entendida como una nueva y específica función pública tendente al manejo y arreglo conforme a criterios públicos de determinados sectores de la vida económico-social, el autor acomete un análisis de depuración técnico-jurídico de la regulación, de sus dimensiones supranacional, internacional y global de la técnica, de su evolución en la Europa continental y, por último, la precisión de la función pública de regulación dotada de perfiles propios.

Considera esencial al hablar de regulación entender el alcance de la privatización como la asignación a sujetos privados de capacidades de actuación no derivables de derechos fundamentales, pues, solo en tal caso entiende que hay verdadera transferencia de tareas administrativas. Las tareas no se entregan sin más al libre mercado al implicar la retención de la vigilancia, el control y el continuado compromiso entre el interés privado y público. De ahí que ponga de manifiesto el desarrollo por la dogmática alemana de la diferenciación de la posición de deber (responsabilidad) de la Administración respecto de las tareas materialmente públicas en diversas categorías.

Sostiene la inutilidad de la simple extrapolación a nuestro Derecho europeo de la noción norteamericana de regulación dadas las sustanciales diferencias que presentan uno y otros; todo ello, sin desconocer la influencia que el modelo norteamericano ha ejercido en nuestro continente.

Al estudiar los perfiles propios de la función administrativa de regulación, pone de manifiesto la dificultad de su encuadramiento jurídico, especialmente en el Derecho Administrativo, dados los perfiles tradicionales del mismo y su descuido de los efectos y las consecuencias de la actuación administrativa, lo que incluye la dirección de procesos dirigidos a configurar la realidad. La regulación se ofrece como medio de influir en el comportamiento de sujetos en el contexto de situaciones y procesos y con el objetivo de conseguir ciertos efectos, sin que exista un concepto de regulación dotado de perfiles nítidos que permita identificar las características de los ámbitos o sectores de la realidad que deban considerarse comprendidos en un específico y diferenciado Derecho calificado como de la regulación. La aportación dogmática del Derecho de la regulación reside, principalmente, en su potencial para la sistematización jurídico-administrativa, en la medida que resulta consecuente incluir en aquel Derecho solo los sectores en los que el Estado se ha desprendido de responsabilidad

de cumplimiento de las correspondientes tareas, desprendimiento que lleva aparejado, sin embargo, una nueva tarea administrativa permanente y configuradora.

En el capítulo cuarto y último, el profesor PAREJO analiza los nuevos retos a los que se debe enfrentar el Derecho en el actual escenario de incertidumbre en el que la sociedad produce una demanda importante de innovación, para cumplir su función de orden - más necesaria que nunca-, y evitar que la sociedad se conduzca al caos.

El Derecho que ha experimentado unas transformaciones radicales como consecuencia de los cambios del mundo, se encuentra ante la exigencia social de conservar la capacidad de innovación y de resolver los problemas que de ella se derivan. De ahí que siendo la función primordial del Derecho generar seguridad jurídica para todos y proteger frente a peligros, lo normal es que se presente como impedimento frente a la innovación dados los riesgos asociados a la misma. Es evidente que cuanto mayor es el riesgo o peligro de descontrol de una innovación, tanto mayor es la demanda al Derecho. No obstante, otras veces, el Derecho se presenta frente a la innovación como incentivo y hasta como amortiguador e, incluso, recurso.

En el mundo actual, el Derecho debe regular lo nuevo antes de que sea conocido o realidad, por lo que, la incertidumbre, imprevisibilidad e insusceptibilidad de planificación se convierten en acompañantes del Derecho que en su concepción tradicional, sin embargo, busca seguridad y presupone posibilidad de planificación. Así, en cuanto a las formas de actuación administrativa, cuando se trata de innovación no sirve el Derecho clásico de intervención, al menos no de forma principal, porque las innovaciones no se pueden imponer y sí solo posibilitar o facilitar. El Derecho debe erigirse en mecanismo orientador y directivo del proceso innovador, debiendo mostrarse abierto a la innovación y asegurando una innovación responsable.

A efectos de su tratamiento jurídico, considera el autor que lo decisivo del proceso innovador es la diferenciación entre la oferta de innovación, que asume el riesgo de su realización, y la sociedad destinataria, que ha de aceptar la carga que suponen ciertos y no evitables riesgos. El proceso innovador se contempla como transformación de la incertidumbre e inseguridad asociados a toda novedad en potenciales riesgos que han de ser objeto de asignación social, analizando el autor en este punto del trabajo los elementos de esa transformación.

El Derecho está aún lejos de disponer de las herramientas adecuadas para enfrentarse a su problema básico de regular lo nuevo antes de que sea una realidad. El Derecho, según R. WOLF, al tratar los procesos innovadores se mueve en el contexto de la dicotomía Derecho público y Derecho privado, en términos de Derecho “liberador”, permisivo y articulador de los riesgos asumidos por los sujetos ordinarios, y

Derecho “delimitador” obligado para con la sociedad en su conjunto en aras a la seguridad jurídica.

Sin embargo, ambos tipos de Derecho no se sitúan en oposición, o en contradicción, no son sino dimensiones de un mismo ordenamiento, complementando el Derecho público al Derecho privado. Así, por ejemplo, el Derecho privado no excluye, sino que presupone la intervención estatal precisa para: (i) fijar los límites a las libertades y los derechos de los innovadores; y (ii) establecer las garantías que el propio tráfico jurídico demanda y, en particular, las de integridad de los derechos de creación material e inmaterial y de explotación de los inventos y creaciones frente al abuso de terceros.

En definitiva, sobre todas estas cuestiones reflexiona el profesor PAREJO en este libro, que es una obra de referencia y de obligado estudio para los investigadores y estudiosos del Derecho público interesados en identificar los cambios que se están produciendo en el Estado y en el Derecho, y en reflexionar sobre la nueva orientación que están tomando ambas instituciones, así como el perfil jurídico-administrativo de las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada.

David González Gil

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.