

JOSÉ ESTEVE PARDO

LA NUEVA RELACIÓN
ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD
APROXIMACIÓN AL TRASFONDO DE LA CRISIS

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN	17
PRIMERA PARTE	
I. LOS ORÍGENES DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD	33
1. LA CONFIGURACIÓN Y PERCEPCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL COMO REALIDAD DIFERENCIADA DEL ESTADO	33
2. LA INICIAL SEPARACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD. SU IMPRONTA EN LA FORMACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO	38
A. Las expresiones constitucionales.....	38
B. La configuración dualista del régimen administrativo liberal.....	41
3. LAS CONCEPCIONES Y TEORÍAS QUE JUSTIFICAN O REFLEJAN EL MARCADO DUALISMO DE ESTADO Y SOCIEDAD.....	45
II. EL ESTADO SOCIAL Y LA PRETENDIDA INTEGRACIÓN DE ESTADO Y SOCIEDAD	49

	Pág.
1. EL CONTEXTO GEOPOLÍTICO DEL ESTADO SOCIAL Y SU PRETENSIÓN SUPERADORA DEL DUALISMO ENTRE EL ESTADO Y LA SOCIEDAD CIVIL	49
2. LAS PLASMACIONES CONSTITUCIONALES Y CONCEPTUALES	51
A. Los principios del orden político	52
B. Derechos y libertades públicas. Los derechos sociales	52
C. La propiedad y su función social	53
D. Actividad económica y de prestación	54
3. LA COBERTURA CONCEPTUAL E IDEOLÓGICA. LOS NUEVOS TÍTULOS DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO SOBRE LA SOCIEDAD.....	55
4. LOS MEDIOS E INSTRUMENTOS. LA EXTRAORDINARIA AMPLIACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO Y EL PROBLEMA DE SU SOSTENIBILIDAD	57
A. El fortalecimiento de la Administración del Estado y la creación de Administraciones satélites de ella dependientes	58
B. La transformación de los Municipios y otras corporaciones sociales en Administraciones públicas	59
C. La nueva burocracia. Otra vía de entrada de la sociedad en el Estado	60
D. La proyección correctora sobre la sociedad de un sistema tributario de base democrática.....	62
5. LAS TEORÍAS DE LA INTEGRACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD, Y LAS TEORÍAS CRÍTICAS LIMITADORAS DEL ALCANCE DE LA INTEGRACIÓN.....	63
A. Las doctrinas integradoras y sus órbitas de desarrollo.....	64
a) Los antecedentes del XIX. La línea hegeliana	64
b) Las teorías corporativistas. El Estado como corporación de corporaciones	66

	Pág.
c) La teoría de la integración de Rudolf Smend.....	66
d) La doctrina del servicio público de Leon Duguit.....	67
B. Las posiciones críticas ante la integración de Estado y sociedad	68
a) La desconfianza y prevención ante la extensión de la democracia a la que se percibe como sociedad de masas	69
b) Las plasmaciones constitucionales. Las garantías institucionales como límite a la disponibilidad del legislador	71
III. APOGEO Y CRISIS DEL ESTADO SOCIAL	73
1. NO QUEDÓ EN UTOPIÍA. LA REALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL.....	73
2. LAS FALLIDAS PROFECÍAS DE LA PLENA INTEGRACIÓN Y EL TOTAL DOMINIO DEL ESTADO	77
3. DOMINIOS Y PLATAFORMAS DE PODER QUE SE ESTÁN DESPRENDIENDO DE LA ÓRBITA DE LOS ESTADOS.....	79
IV. HACIA UNA NUEVA CORRELACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD. SUS MANIFESTACIONES EN LA ESTRUCTURA Y ACTIVIDAD DEL ESTADO	85
1. ORIENTACIONES Y PLASMACIONES EN EL PLANO ORGANIZATIVO E INSTITUCIONAL	86
A. La recuperación de la raíz social. El caso de los municipios y la llamada Administración corporativa.....	86
B. La búsqueda de una posición pretendidamente equidistante entre Estado y sociedad: las Administraciones independientes o Administraciones neutrales	88

	Pág.
C. El principio de cooperación entre Estado y sociedad en la realización de funciones públicas propias del Estado social.....	94
2. RECOMPOSICIÓN DE COMETIDOS Y ACTIVIDADES. LA ENTREGA, YA MASIVA, A LA SOCIEDAD Y A PARTICULARES DE ACTIVIDADES Y FUNCIONES PÚBLICAS.....	94
A. De la policía administrativa a la gestión de riesgos por entidades privadas	95
B. La entrega al mercado y la exposición a la competencia entre operadores de los servicios públicos	99
C. La deconstrucción del régimen de intervención pública en actividades económicas. Las fórmulas declarativas privadas como alternativa.....	106
a) El desplazamiento de la autorización administrativa por la comunicación o declaración responsable	106
b) La desatendida perspectiva de la legalidad y el interés general que a través de ella se expresa.....	108
c) La desatendida perspectiva social y vecinal	109
3. OTRAS TRANSFERENCIAS A LA SOCIEDAD DE GRAN CALADO. LA PRIVATIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y DEL PODER NORMATIVO	110
V. LAS TRANSFORMACIONES EN LA SOCIEDAD Y SU INCIDENCIA EN LA CORRELACIÓN CON EL ESTADO	115
1. LA PRIMERA PERCEPCIÓN. EL FORTALECIMIENTO DE LA SOCIEDAD MEDIANTE SUS DESARROLLADAS CAPACIDADES DE AUTORREGULACIÓN.....	116
A. La autorregulación de los sistemas sociales conquista espacios tradicionales de la regulación estatal.....	116
B. Las expresiones de la autorregulación	119

	Pág.
2. LO QUE HAY DETRÁS DE LA AUTORREGULACIÓN. UNA SOCIEDAD FRAGMENTADA INCAPAZ DE DEFINIR Y TUTELAR EL INTERÉS GENERAL	123
A. La fragmentación de la sociedad y la pérdida de la visión de conjunto presupuesto de la definición del interés general	123
B. El retorno de la sociedad a las comunidades y el abandono de las categorías sociales	127

SEGUNDA PARTE

I. PLANTEAMIENTO. LA NUEVA CORRELACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD. EXPRESIONES CONSTITUCIONALES, CONCEPTUALES E INSTRUMENTALES	135
II. LAS EXPRESIONES CONSTITUCIONALES	137
1. LAS SIGNIFICATIVAS REFORMAS CONSTITUCIONALES PARA LA PROTECCIÓN DEL ESTADO FRENTE AL SISTEMA FINANCIERO	138
A. La necesidad de garantizar la propia sostenibilidad económica y social del Estado. La solidaridad intergeneracional en la reforma constitucional alemana	138
B. La novedosa y significativa protección del propio Estado —la garantía de su sostenibilidad— frente a los poderes externos situados en la sociedad	140
C. La evolución del garantismo. Del garantismo privado, personal, frente al Estado a la garantía del propio Estado frente a los poderes privados	142
a) El garantismo personal, de derechos y libertades, característico del Estado liberal y su separación de la sociedad.....	143

	Pág.
b) El garantismo institucional en el proceso de integración entre Estado y sociedad característico del Estado social	143
D. El nuevo garantismo reflexivo. La garantía del Estado y de los intereses generales.....	144
a) Un garantismo reflexivo y de autoprotección	145
b) Las garantías están en el poder constituyente y no tanto en la Constitución	148
c) Reordenación del Estado y recomposición de las autonomías interiores	148
d) La inadmisibile afectación de derechos y la posible afectación de las piezas organizativas por su funcionalidad instrumental.....	150
2. LAS NECESARIAS RELECTURAS CONSTITUCIONALES EN LA NUEVA CORRELACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD	156
A. El caso de la ciencia. La atención al interés general cuando el conocimiento e investigación científica han pasado al dominio privado	157
B. La relectura en clave garante de las determinaciones sobre el Estado social.....	159
 III. LAS CONCEPCIONES Y DOCTRINAS GESTADAS EN LA NUEVA CORRELACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD	 163
1. LOS PUNTOS EN COMÚN DE TODAS LAS CONCEPCIONES.....	163
2. LA <i>STEURUNG</i> DISCUSIÓN: LA DISCUSIÓN SOBRE LA FUNCIÓN DIRECTIVA DEL ESTADO Y EL DERECHO SOBRE LA SOCIEDAD EN LA DOCTRINA ALEMANA DE LAS DOS ÚLTIMAS DÉCADAS.....	165
3. EL ESTADO GARANTE COMO ALTERNATIVA AL ESTADO PRESTACIONAL	169
A. El Estado garante como reacción al adelgazamiento y otras concepciones reductoras del Estado	169

	Pág.
B. El retorno triunfal de la noción del bien común.....	171
4. EL ESTADO REGULADOR. EL REPLIEGUE ESTRATÉGICO DEL ESTADO ANTE LA PÉRDIDA DE POSICIONES DE TITULARIDAD	175
A. El concepto estricto de Estado regulador centrado en la regulación de la economía y servicios económicos de interés general.....	176
B. La reacción ante la pérdida de posiciones de titularidad. La regulación de operadores privados con proyección pública, de su actividad y sus relaciones	179
IV. LAS FÓRMULAS JURÍDICAS GESTADAS EN LA NUEVA CORRELACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD	183
1. LA NUEVA ORIENTACIÓN GARANTISTA. LA NECESIDAD DE FÓRMULAS DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES GENERALES ANTE EL REFORZAMIENTO DE LOS PODERES PRIVADOS...	183
2. LA APLICACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO A RELACIONES ENTRE SUJETOS PRIVADOS SOBRE MATERIAS, SERVICIOS Y ACTIVIDADES DE INTERÉS PÚBLICO	185
3. LAS TÉCNICAS DEL MODELO DE REGULACIÓN HORIZONTAL EN COMPETENCIA ENTRE OPERADORES.....	188
4. LA APLICACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO A RELACIONES ENTRE SUJETOS PÚBLICOS MÁS ALLÁ DE LOS SECTORES SUJETOS A REGULACIÓN. LA EXPERIENCIA ANGLOSAJONA.....	192
5. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO PÚBLICO POR LA VÍA SUBJETIVA. ATRIBUCIÓN DE UN CIERTO ESTATUTO PÚBLICO A SUJETOS PRIVADOS EJERCIENTES DE FUNCIONES PÚBLICAS. LA EXPERIENCIA GERMÁNICA	198

INTRODUCCIÓN

Desde hace un tiempo tengo la intuición de que en la relación entre Estado y sociedad —a través de sus diversas correlaciones sucedidas en la historia— se encuentra una esclarecedora clave para entender relevantes aspectos de la cultura europea en los tres últimos siglos. Una intuición que deviene en convicción firme si se repara en el orden político, jurídico e institucional en ese mismo espacio temporal y geográfico.

Tan visible se me hizo esta relación entre Estado y sociedad en la evolución y en las expresiones actuales del Derecho público, que pude articular en torno a ella —aunque no siempre de manera explícita y en todos sus capítulos— una exposición sencilla, concebida con propósitos declaradamente docentes, de buena parte de ese Derecho¹. Con similar propósito me propuse entonces acometer un estudio breve, en el formato de un artículo de revista, que se centrara específicamente en esa relación dialéctica entre Estado y sociedad. El propósito docente tenía dos destinatarios: el primero era yo mismo, al imponerme el esfuerzo de apurar en el co-

¹ *Lecciones de Derecho Administrativo*, 3.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2013. La buena acogida de esta obra y los sugestivos comentarios que sobre ella me han llegado, se cuentan entre las motivaciones de este libro con el propósito de fundamentar y desarrollar importantes aspectos que en aquella, atendiendo a sus características y límites, están sólo enunciados cuando no meramente insinuados.

nocimiento y ordenar mis ideas sobre el tema; el segundo era el de complementar de algún modo la exposición de ese libro, aflorando aspectos relevantes de su estructura interna y fundamentos. Me veía en el deber de ofrecer y ofrecerme ese estudio, con esa extensión ciertamente limitada.

Ese trabajo me llevó a montar y graduar unos singulares anteojos cuyas dos lentes eran precisamente el Estado y la sociedad. Pero, al ponérmelos para observar en detalle mi objeto de estudio, pude atalayar un espacio mucho más amplio, advirtiendo al fondo un movimiento de tipo tectónico, una profunda recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad que convulsionaba el vasto panorama sobre el que ha descargado la crisis económica, institucional y social que nos atenaza. Pude atisbar así que, más allá de las cifras económicas, la conflictividad social y la gravedad del paro, la corrupción rampante, la irracionalidad de las cargas públicas, los movimientos especuladores o las limitaciones de los gobernantes, allá, en el trasfondo de la crisis, se advertía un corrimiento, una recomposición en profundidad de la relación entre Estado y sociedad, y que muchos de los movimientos que se están produciendo en el escenario actual son resonancias de esa falla que se abre a mayor profundidad.

Por supuesto que el análisis de las actuales relaciones entre Estado y sociedad no despejará la complejidad de una crisis con ramificaciones muy profundas. Sería pretensión tan fatua como vana pretender entenderla en esa sola clave. Pero sí que hay aspectos de la realidad actual, con extensos territorios dominados por la crisis, que se distinguen más claramente y hasta parecen explicarse en muchos casos al contemplarlos a través de los anteojos montados con estas dos lentes. Y como lo que se distinguen son fundamentalmente movimientos e inercias, se puede vislumbrar la evolución futura y hasta determinar con alguna precisión dónde habrían de situarse las estructuras que permitieran evitar, desviar o incluso aprovechar, como si de una turbina se tratara, ciertos movimientos y fuerzas que generan y alimentan la crisis actual. Una crisis que, en el frente institucional y jurídico analizado aquí, encuentra su explicación de fondo en el desajuste entre el aparato y configuración del Estado, el orden institucional si se quiere denominar así, y la sociedad

actual con su peculiar y compleja configuración. Todo indica que nos encontramos ante una nueva correlación entre Estado y sociedad que no está todavía efectivamente ensamblada y que de esos desajustes derivan toda una serie de disfunciones que se encuentran entre los orígenes de la crisis.

Una nueva correlación que sucede a otras bien conocidas en Europa en los tres últimos siglos y que explican la formación de diferentes modelos de Estado e ilustran sobre el sentido de sus instituciones. Así, el modelo de Estado liberal se construye y desarrolla sobre la estricta separación entre Estado y sociedad, mientras que el modelo que le sigue, el del Estado social, se levanta sobre la interconexión e integración de estas dos realidades. En esas relaciones se forjan o se moldean buena parte de las instituciones y fórmulas jurídicas de que disponemos y con las que todavía operamos. Las del modelo liberal con una marcada impronta garantista, de contención del poder público, que tiene su matriz en la línea divisoria que preservaba la autonomía de la sociedad, y por supuesto sus individuos, frente al poder del Estado. Las del modelo social, declaradamente activas, programadoras y prestadoras de una acción capilar por parte del Estado sobre el conjunto de la sociedad con el propósito de corregir sus desequilibrios.

En ese modelo de Estado social estamos instalados —así lo afirma al menos la Constitución de la que nos hemos dotado— y habremos de prestarle especial atención porque, al contemplarlo con nuestros peculiares anteojos, advertimos cómo la pretendida fusión entre Estado y sociedad de la que hizo su base parece resquebrajarse y con ello se ve amenazada la propia sostenibilidad del Estado social, lo que constituye un serio motivo de preocupación y debate en la actualidad.

En cualquier caso, esas dos correlaciones fundamentales que hasta ahora se han sucedido tenían en común la postura preponderantemente activa del Estado y correlativamente pasiva de la sociedad. El Estado liberal no sólo mantenía la seguridad y el orden social, sino que acometió una política de obras públicas y de dinamización económica para la que la débil y escasamente organizada sociedad de entonces no

se encontraba capacitada; mayor es todavía el protagonismo del Estado en el modelo social y su proyección sobre una sociedad que, ciertamente, era ya más fuerte pero mostraba abiertas desigualdades que se pretendían aminorar haciendo a la sociedad destinataria, receptora, de la intensa actividad de prestaciones del Estado, que llega así a identificarse incluso como Estado prestacional.

La singularidad de la transformación que ahora se atisba es que, a diferencia de las dos anteriores, no tiene en el Estado su protagonista activo, sino que viene impulsada por el extraordinario fortalecimiento de la sociedad en las últimas décadas. Una realidad que nos cuesta percibir a los juristas, aquejados como estamos de un autismo que nos recluye en el complejo sistema normativo e institucional cuando los cambios de calado se originan fuera, en la sociedad, y producen un desajuste o desconexión en su relación con el Estado de modo tal que el entramado institucional existente pierde su sintonía con la nueva realidad social.

Este fenómeno de desajuste o desprendimiento —de falla tectónica por seguir con la metáfora— no es nuevo, pero tampoco se produce con frecuencia. Si se desencadena, es un claro indicio de que la transformación es profunda y hasta puede derivar en la ruptura con el orden precedente. Así lo detectó en uno de esos momentos Alexis Tocqueville, cuando se produjo la crisis del antiguo régimen debida, según su certero diagnóstico, al abierto desfase de un régimen político, institucional y jurídico con la nueva sociedad que por entonces se había configurado².

Pues bien, la transformación que hoy me parece advertir no está tanto en una nueva configuración de la sociedad, que también la hay, sino en su extraordinario fortalecimiento en términos de poder. Aquí la correlación con el Estado resulta otra vez ilustrativa, pues nos muestra que, en la actualidad,

² Destaca así TOCQUEVILLE cómo las instituciones del antiguo régimen fueron levantadas por los hombres de la Edad Media, pero que, en la época de crisis en la que escribe su obra, actuaban con «procedimientos y máximas que ellos (los hombres de la Edad Media) desconocían o habrían reprobado y se vinculan a un estado de la sociedad del que no tenían la menor idea». A. TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Gallimard, Paris, 1967, pp. 77, 78.

el poder —o, si se quiere matizar, relevantes poderes hasta ahora en su órbita— ya no se localiza en el Estado, sino en su extrarradio. Es ahí donde mayormente se encuentran, entre otros, el poder económico y financiero, el poder que deriva del conocimiento científico y técnico, el poder que antes se sustentaba en la titularidad sobre servicios públicos o sectores estratégicos, el poder sobre la comunicación y sus infraestructuras, etc.

Las profecías que en el siglo xx lanzaron las mentes más brillantes vaticinando una fusión entre la sociedad y el Estado bajo el dominio de este último han resultado así fallidas. Esa fusión no se ha producido, la integración o interacción entre ambas parece resquebrajarse y, lo más destacable, la sociedad se ha fortalecido extraordinariamente hasta dominar esos y otros muchos espacios de poder. En muy buena medida se ha fortalecido porque ha sido capaz de organizarse y regularse eficazmente sin la tutela o dirección del Estado, de autorregularse en definitiva³.

Ese impulso autorregulador de las últimas décadas ha conducido a la formación de toda una serie de normas, procedimientos, organizaciones —con frecuencia transnacionales, pues no conocen de fronteras—, con un potencial capaz de zarandear a los Estados soberanos, como la crisis financiera ha puesto de manifiesto. El gran público ha podido contemplar en directo cómo unas entidades privadas rodeadas de opacidad, las llamadas agencias de *rating*, emiten unas declaraciones que pueden hacer tambalear a los Estados y a sus dirigentes, condicionando su política económica presuntamente soberana; los analistas políticos franceses parecen coincidir en la causa principal de la derrota en las elecciones presidenciales del anterior presidente de la República: la retirada de la calificación de triple A que hasta entonces le concedían a Francia esas agencias de *rating*. Se hace visible así una realidad que es motivo de escándalo:

³ La transformación ha sido certeramente percibida en el mismo sentido por P. GROSSI cuando afirma que «todo ello demuestra que la sociedad ha dejado de ser una plataforma pasiva fragmentada y atomizada y se ha transformado en una realidad cada vez más organizada», *El Novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 27, en esta misma colección.

¿cómo es posible que Estados soberanos, levantados sobre un sistema de legitimidad constitucional y democrática trabajosamente construido, se vean a merced de las declaraciones de estas entidades privadas de oscura identidad y ajusten a ellas su política económica? Pero en verdad sólo se escandalizan quienes ahora, entre todo lo que aflora con los desgarros de la crisis, han descubierto con sorpresa hasta dónde ha llegado el poder de la autorregulación, pues es en su entorno donde se sitúan de lleno estas agencias de *rating*, expresión paradigmática de lo que en otro lugar me dio por caracterizar como autorregulación declarativa⁴. En este caso las declaraciones de estas agencias son referencias a las que se atienen, porque así lo han convenido en un proceso de autorregulación, las entidades que operan en el mercado financiero a cuya evolución y decisiones están expuestos los Estados cuya política financiera se ha hecho dependiente del crédito externo. Una muestra más de dónde se sitúa el poder, financiero en este caso, extramuros del Estado.

Hasta tal punto esto es así que, por primera vez, el Estado se siente amenazado por esos poderes externos y ahí se explica la reacción constitucional en la reforma más relevante y extensa de nuestra Constitución que cristaliza en su art. 135. Una reacción inequívocamente defensiva ante una excesiva exposición a los mercados financieros que podría hacer peligrar la propia sostenibilidad del Estado social, como explícitamente se reconoce en el texto de la reforma y la legislación de estabilidad presupuestaria que la desarrolla, resueltamente orientadas a limitar la exposición al crédito externo. La amenaza para el Estado no está pues, como antaño, en otro Estado enemigo, en otra potencia exterior, sino en el sector privado, en este caso en el sector financiero que,

⁴ *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 120 y ss.; trato ahí de sistematizar las modalidades de autorregulación, distinguiendo entre la autorregulación normativa, la resolutive y la declarativa; entre las manifestaciones de esta última destacaba como ejemplo las certificaciones y declaraciones al mercado sobre todo en materia de calidad y seguridad. El tiempo no ha hecho sino acrecentar la relevancia y los efectos de la autorregulación, como lo prueba esta fórmula de declarativa —la de las agencias de *rating* a las que se atienen los operadores de los mercados financieros— que, en este tiempo de crisis, ha mostrado sus poderosos efectos conmocionando nada menos que a los Estados supuestamente soberanos y condicionando su política económica.

por lo demás y como tendremos ocasión de comprobar, no es el único centro de poder situado en la sociedad capaz de condicionar al Estado.

Puede advertirse así un fenómeno que se desarrolla en dos direcciones que, aunque opuestas, se cruzan y se relacionan estrechamente: por una, esa fortalecida sociedad que se autoorganiza y autorregula eficazmente está ganando espacios que se tenían como propios del Estado y bajo su dominio; por la otra, el Estado está transfiriendo a la sociedad funciones hasta ahora bajo su responsabilidad y que se consideraban características suyas. La creciente complejidad que le sobrepasa en muchos frentes y los gravosos costes —puestos ahora crudamente de manifiesto— en los que incurre la acción estatal, que tiene, como nos consta, un limitado acceso al crédito, se presentan como las explicaciones fundamentales de esa entrega, pero no son las únicas: hay que reparar en esa línea ascendente de la autorregulación que está ganando espacios al Estado y capturando buena parte de sus funciones. No estamos así ante estos movimientos que no hace tanto tiempo se explicaban reconduciéndolos a la fórmula de la delegación de funciones públicas a entidades o corporaciones privadas, que daba por supuesta una posición de dominio por parte del Estado que controlaba y regulaba hasta el detalle esas supuestas delegaciones. Hoy esa posición de dominio del Estado está en buena parte perdida. Todo el flujo de cometidos y responsabilidades entre el Estado y la sociedad se debe a los impulsos que impone la realidad social, muchas veces sorpresiva e incontrolable, y no a los designios perfectamente programados y formalizados del Estado: es la realidad de la articulación y desarrollo de los mercados financieros la que otorga, sin ninguna atribución formal o normativa, a esas agencias de *rating* el poder fáctico que ostentan; es la realidad objetiva e inapelable del desconocimiento de tecnologías muy complejas la que acaba imponiendo la atribución a expertos privados el control de sus riesgos y la elaboración de las normas técnicas que acaban siendo determinantes y dirimientes en muchos casos; es en suma, por no destacar otros muchos sectores, la realidad de las crecientes limitaciones del Estado y de la pujante autorregulación privada, especializada y experta, que le va ganando espacios.

Lo que la realidad está imponiendo, en definitiva, es la retirada del Estado en muchos frentes que parece no dominar ya y en otros en los que quiere descargarse de responsabilidades. La cuestión es si, como parece, se trata de una retirada desordenada o de una retirada bien conducida o, más deseable aún, de un repliegue estratégico. A lo largo de la historia, muchas de las que se tienen por victorias militares resonantes y famosas han sido en realidad retiradas perfectamente ordenadas, mientras que las más estrepitosas derrotas son el resultado de una retirada caótica, sin plan, como sucediera en el Annual. La retirada ordenada, el repliegue estratégico del Estado para ocupar otras posiciones desde las que ejerza un poder racional y efectivo —no se trata de mantener el poder porque sí— acorde a la realidad de los tiempos, parece una tarea ineludible. De la misma manera que, siguiendo el símil militar en el que no soy ningún experto, los ejércitos actuales operativos no parecen aspirar a un control directo sobre el territorio mediante la dispersa presencia en él de una multitud de soldados de infantería y se concentran en bases discretas pero bien dotadas desde las que ejercen su control utilizando sofisticadas tecnologías, parece que el Estado tendría que resituarse en otras posiciones y desarrollar nuevos tipos de actividad en una longitud de onda más en sintonía con la presente realidad social.

Porque, por mucho que ciertamente se haya fortalecido, la sociedad actual no ha sido capaz de configurar una racionalidad alternativa al Estado. Es una sociedad compleja que dista mucho de la sociedad civil, de la que hablaran Adam Smith y los fisiócratas, que se desenvolvía de modo natural. La de hoy, según diagnóstico de la sociología política, es una sociedad segmentada, pluricéntrica, que parece desandar el camino de las comunidades a la sociedad que percibiera Ferdinand Tönnies en el inicio de la sociología moderna. La tendencia que hoy advierte la sociología es justamente la contraria: la fragmentación de la sociedad y la vuelta a las comunidades. No por supuesto las comunidades de antaño, sino otras estructuras como las que ahora se conocen como sistemas autorreferenciales, protagonistas principales de esa pujante autorregulación atenta sólo a sus respectivos intereses sin una visión de conjunto y sin capacidad alguna de

definir y atender el interés general; así, por ejemplo, el sistema financiero al que ya se ha hecho referencia o el que se constituye en torno a la técnica, miran a lo suyo, sin atención alguna a otros intereses y bienes relevantes para la sociedad. Ahí se explica, como alternativa crítica, la espectacular recuperación del concepto y la doctrina del bien común (*common good, gemeinwohl*) en la originaria elaboración de Tomás de Aquino, que no lo identifica con la suma de los intereses particulares —ahora sería de los intereses propios de los sistemas sociales autorreferenciales o de las nuevas estructuras corporativas— sino que es un bien cualitativamente distinto, pues es el bien del conjunto de la sociedad que como tal aprovecha y beneficia a cada uno de los miembros que la componen. Muy posiblemente la atención que ahora suscita la concepción de Santo Tomás, que tiene antecedentes en Aristóteles, se debe a que se presenta como alternativa a la concepción dominante en el pensamiento liberal y la economía capitalista que ahora, con la crisis económica, parece haber agotado su ciclo desde las formulaciones iniciales de Adam Smith, para quien el afán de progreso, riqueza y bienestar del individuo conducía a la riqueza y bienestar general. El bien común sería de ese modo la suma de los bienes individuales. Un planteamiento rechazado explícitamente por la concepción tomista del bien común que no resulta de esa suma sino que se define desde la perspectiva general.

Es en esa definición y defensa del bien común, del interés general, donde encuentra su principal sentido ese Estado —o como se le quiera llamar— que está perdiendo buena parte de su capacidad de gestión y acción directa, por falta de conocimiento y falta de instrumentos, ante una sociedad que se ha hecho poderosa a través de sus cerrados sistemas eficazmente organizados y autorregulados. Aquí parece ya insinuarse la orientación del movimiento de repliegue estratégico y, con él, la redefinición del Estado, que no puede definirse y caracterizarse ya como un Estado gestor o prestador directo, pues le faltan los medios y las posiciones de dominio, sino como un Estado que se concentra en los fines, en los objetivos de interés general y atención al bien común que tiene encomendados y en garantizar su realización. Es lo

que se ha dado en llamar el Estado garante, aunque hay también otros modelos novedosos que se presentan con similar cometido y con una variación fundamentalmente terminológica: son otras denominaciones que vienen a expresar la misma idea; así la del Estado regulador, que pretende regular y orientar hacia objetivos de general interés la actividad de operadores privados que ocupan los espacios de aquél en sectores clave como son los servicios de interés general, o la muy expresiva y reciente denominación del Estado estratégica.

Lo primero que hemos de identificar entonces son los fines y objetivos cuya consecución ha de garantizar el Estado. Una tarea aparentemente sencilla, pues, en lo fundamental, son los que marca la Constitución y en nuestro caso los propios de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1). Obviamente son los fines y objetivos del Estado social los que más amenazados se ven, los más difíciles de garantizar, en un entorno de crisis económica que afecta muy directamente a las finanzas públicas. Pero son objetivos a los que no se puede renunciar: primero, porque se trata de inequívocos mandatos constitucionales, y segundo, porque más allá de su enunciado literal se trata de preceptos vividos, realizados, de los que se tiene plena experiencia en la sociedad. Y es que el Estado social no ha sido una utopía como tantas que se han sucedido desde el siglo XIX. Aunque la relativa brevedad de esta experiencia, que alcanza a poco más de una generación, tal vez nos muestra ahora lo difícil que es seguir pagando su factura. En cualquier caso, ha sido y es un logro de la civilización occidental ese Estado que sobre la base de la solidaridad ha podido ofrecer cobertura asistencial al conjunto de la sociedad. Desmantelarlo sería sin duda un retroceso histórico.

Lo segundo, mucho más difícil desde luego, que ha de resolverse entonces, es cómo se garantizan estos objetivos del Estado social, cómo se cumplen esos mandatos constitucionales, sin la acción gestora y prestadora del Estado. Aquí hay que comenzar destacando que esa dificultad es en cierto modo impostada, pues parte de un presupuesto que es del todo contingente: la afirmación del Estado social, ya en sus primeras expresiones constitucionales en Europa no impo-

nía necesariamente la creación de un amplio aparato administrativo y prestacional público para su realización. Esta postura es perfectamente visible en la Constitución vigente en su capítulo sobre política y social, donde los mandatos y emplazamientos al Estado y los poderes públicos no son para una actuación directa suya, sino para que velen y garanticen su cumplimiento. Las expresiones son inequívocas: «aseguran» (art. 39), «promoverán» (art. 40), «velará» (art. 42), «promoverán y tutelarán» (art. 44), «garantizarán» (art. 46), «garantizarán» (art. 50), «garantizarán» (art. 51). Pero, como es notorio, desde el principio se produjo en Europa un desarrollo extraordinario del aparato de las Administraciones públicas para hacer efectivos esos mandatos. Tenía ello su explicación, en el marco de la relación en que aquí reparamos, cuando una sociedad desorganizada y más débil necesitaba del impulso y la acción de un Estado con una articulación racional, bien dotado de medios humanos y materiales, incluyendo el dominio sobre la tecnología y su aplicación por sus cuerpos técnicos de funcionarios. La planificación pública, especialmente la planificación económica, tan característica de ese momento, era una muestra de esa posición directiva del Estado.

Pero ahora el Estado pierde en muy buena medida esa posición de dominio al no disponer de los necesarios medios materiales y al sentir la carga de los inmensos costes financieros que comporta el mantenimiento de un aparato muy gravoso cuando no insostenible. La sociedad, por su parte, se ha robustecido, pero no de una manera armónica: se han potenciado determinados sistemas centrados en sus exclusivos intereses, sin atención al bien común. El repliegue estratégico del Estado garante habría de articularse entonces en dos movimientos: uno de ordenación interna, de repliegue propiamente, y otro de proyección externa, hacia la sociedad, donde el nuevo modelo habría de mostrar su eficacia.

En su movimiento de reforma interna resulta fundamental destacar la primacía de los derechos, particularmente ahora de los derechos sociales, y la contingencia de las estructuras que tienen un carácter servicial sin tener constitucionalmente garantizada su singular existencia, como no la tienen, por utilizar un ejemplo, los municipios o entes loca-

les aisladamente considerados; es la autonomía local —la administración autónoma por los municipios de sus asuntos propios— la institución garantizada, mientras que el número de municipios y entes locales resulta un dato contingente y disponible. La consideración podría extenderse en otros frentes con la misma preferencia de los derechos ciudadanos sobre las estructuras organizativas en las que, no puede ocultarse, tienden a enquistarse intereses personales y partidistas.

El movimiento sobre la sociedad habría de comportar necesariamente una redefinición de las fronteras, siempre imprecisas por lo demás, de lo público y lo privado. Al traslado a sujetos privados de funciones públicas, o la simple apropiación de ellas mediante la autorregulación, habría de corresponderle la extensión del Derecho regulador de este tipo de funciones, el Derecho público, a toda una serie de relaciones en las que se vean afectados intereses públicos inequívocos. Otro movimiento extensivo tendría una expresión subjetiva por así llamarla: la atribución de un estatuto público a sujetos privados que, manteniendo en lo sustancial esta naturaleza, ejercen funciones inequívocamente públicas y es a ese segmento de su actividad al que le sería de aplicación ese estatuto público. Contamos ya con propuestas y experiencias positivas, tanto en Europa como en América, que apuntan en esa dirección.

Un reproche me hago de manera insistente al acabar este libro: ¿cómo es que sitúa su centro de atención en el trasfondo de la crisis, en esa relación entre Estado y sociedad que bien puede percibirse como una abstracción que nos aleja de una realidad que reclama de un libro como éste, gestado en un entorno universitario independiente, crítica y denuncia sin contemplación alguna? Motivos de crítica los hay ciertamente por doquier y se encuentra uno con ellos en la propia Universidad sometida a injustificables recortes, auténticos zarpazos y gravámenes por el gobierno autonómico, que llega incluso a no pagar las becas ya concedidas —vulnerando así la más elemental legalidad— a doctorandos y jóvenes profesores que afrontaron los gastos de sus estancias de investigación, lo que no le impide la subvención a medios de comunicación plegados a sus orientaciones partidistas que

dejan montones de ejemplares de periódicos que no consiguen vender en el propio recinto universitario. Es el tridente que en la inmoralidad más promiscua une a irresponsables gestores públicos, medios de comunicación subvencionados con dinero público y entidades financieras que, rescatadas con fondos de la misma procedencia, tienen en sus manos a esos medios y a los propios partidos políticos a los que si se tercia condonan sus deudas cuando ellas no pagan a las comunidades de vecinos los gastos derivados de la titularidad de los pisos que se han visto obligados a quedarse como consecuencia de su gestión avariciosa e imprudente. Un tridente devastador que desgarrar tanto la paz social, la credibilidad del sistema democrático y de las propias instituciones en las que se apoya, entre ellas la institución de una opinión pública libre.

Teniendo por delante este sombrío panorama, al que acabamos de asomarnos para dar cuenta somera de algunos trazos, pudiera parecer —y así es en realidad— que este libro se ha escrito en los cuarteles de invierno. La imagen me la evoca ahora el paisaje nevado que envuelve el lugar, materialmente aislado e incomunicado, donde he quedado escribiendo estas líneas. Pero es sobre todo la necesaria distancia de una realidad, que en modo alguno se pretende ocultar sino, antes bien, analizar con perspectiva, lo que explica la posición adoptada. Desde ella no se escatiman críticas, como podrá comprobarse, a esa realidad más próxima, pero lo que se pretende trascenderla para conocer y diagnosticar algunos movimientos, limitados a los que afectan a la relación tratada en este libro, que se producen a mayor profundidad, en el epicentro donde se generan las transformaciones que ahora se dejan sentir en la superficie.

Dorres, febrero y mucha nieve, del 2013.

I. LOS ORÍGENES DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD

Para que puedan entablarse relaciones entre Estado y sociedad es necesario que estas dos realidades adquieran existencia propia y diferenciada. Se produjo ello en la Europa occidental a través de un fenómeno de reconocimiento recíproco. De algún modo, el Estado que llega hasta nuestros días en sus rasgos básicos toma conciencia de sí mismo por contraposición a la existencia de la sociedad y ésta a su vez se reivindica frente a la afirmación de aquél y sus poderes. En ese proceso de autocomprensión y afirmación recíproca resultó sin duda determinante, por ser en realidad su inicio, la emergencia de la llamada sociedad civil en la Europa de la segunda mitad del siglo xvii.

1. LA CONFIGURACIÓN Y PERCEPCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL COMO REALIDAD DIFERENCIADA DEL ESTADO

Las primeras nociones de sociedad civil que circulan por Europa son muy genéricas, sin discernir entre sociedad y Estado, puesto que integraban tanto la sociedad en su senti-

do más elemental, mera agrupación de individuos, como su organización política¹.

La sociedad civil se caracteriza así primeramente como sociedad civilizada, opuesta al estado de naturaleza o la barbarie primitiva. Esta concepción, que es muy clara en Hobbes, hace de la sociedad civil una realidad omnicompreensiva que englobaría también, y de lleno, al Estado, puesto que es el sujeto, el poder, llamado a superar y dominar la situación de naturaleza y a proteger a los individuos para que no queden expuestos a la barbarie.

Así se explica que en ese concepto totalizador puedan distinguirse dos tipos de sociedad civil, una de las cuales vendría a identificarse con lo que acabará sustantivándose como el Estado. Se trata de la distinción entre *societas civilis sine imperium* y *societas civilis cum imperium*²; esta última se concibe como sociedad política dotada de poder coactivo (*imperium*) y vendría a identificarse con un Estado que no se diferencia entonces ostensiblemente de la sociedad y menos aún se opone a ella.

La diferenciación sustantiva de la sociedad civil, advirtiendo ya los ejes en torno a los que se articula y que la impulsan, se producirá en la segunda mitad del siglo XVIII. Resulta significativa la publicación, en 1767, de la obra de Adam Ferguson *An Essay on the History of Civil Society*, aunque se trata de

¹ En la extensa bibliografía sobre la evolución y autocomprensión de la llamada sociedad civil puede destacarse la obra de J. COHEN/A. ARATO, *Civil Society and Political Theory*, Verso, London, 1992. J. KEANE, *Civil Society and the State*, London, 1988, traducido como *Democracia y sociedad civil*, Alianza, Madrid, 1992. En un formato más breve puede mencionarse a M. WALZER, «Civil Society and the State», en *Politics and Passion*, Yale University Press, New Haven, 2004. De particular interés, por la proyección filosófica que estas relaciones han suscitado, sobre todo a partir de HEGEL, es el ensayo de Ch. TAYLOR, «Invocar la sociedad civil», en su libro recopilatorio, *Argumentos filosóficos*. Paidós, Barcelona, 1997. También se ha de destacar diversos trabajos del profesor E. W. BÖCKENFÖRDE, entre ellos «Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratische Sozialstaat der Gegenwart», en su libro recopilatorio *Recht, Staat, Freiheit, Suhrkamp*, Frankfurt am Main, 1991, o en la obra colectiva por él dirigida *Staat und Gesellschaft*, Kohlhamer, Stuttgart, 1976.

² Una distinción que era trasunto de la que estaba muy implantada en la cristiandad (como se conocía a la que ahora llamamos Europa) medieval que distinguía entre dos sociedades: la temporal y la espiritual, *vid.* Ch. TAYLOR, «Invocar la sociedad civil», *cit.*, p. 277.

una obra que mantiene todavía la concepción amplia, poco definida en cuanto a su sustantividad y dinámica propia, de sociedad civil que engloba también su organización política.

Es sobre todo Adam Smith el que con sus aportaciones desde la economía política acaba por explicar cabalmente la dinámica propia de la sociedad civil conectada a las leyes y dinámica del mercado. La sociedad civil se articula y desenvuelve de manera natural, siguiendo las decisiones voluntarias de sus miembros, que se manifiestan sobre todo en el mercado, en el libre juego de la oferta y la demanda, y que cristalizan también en asociaciones libremente constituidas para la tutela de intereses comunes. Ese orden natural, y la dinámica económica que de él se deriva, no debe verse perturbado por la intervención del Estado, que sólo está justificada para la defensa frente a la injusticia y la violencia, particularmente la violencia contra la propiedad. El mantenimiento del orden y la seguridad se presenta así para Smith y sus seguidores como el único título que justifica la existencia y razón de ser del Estado. Es fundamental destacar —y habremos de volver sobre ello cuando nos situemos el momento presente— que, para Adam Smith, el progreso y bienestar individual conducía de manera natural al bienestar del conjunto de la sociedad. Esta doctrina fue acogida de manera entusiasta y explica en buena medida el éxito inmediato de su obra. Como destaca al respecto Harold J. Laski, «dijo al negociante que era un benefactor público; y le hizo ver que cuanto menos se le constriñera en la persecución de su riqueza, tanto mayor sería el beneficio que pudiera hacer a sus semejantes»³.

El carácter natural de la sociedad civil⁴ y las reglas que la rigen fue particularmente destacado, todavía en el siglo XVIII,

³ H. J. LASKI, *El liberalismo europeo*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 14.^a reimpr., 2003, p. 155.

⁴ Sobre él ha insistido particularmente M. FOUCAULT: «Pero he aquí que ahora, con el pensamiento de los economistas va a reaparecer la naturalidad de los mecanismos que, cuando los precios suben, y si se les deja subir, permiten que se detengan por sí solos. La naturalidad que genera la atracción de la población por los salarios elevados...: la naturalidad de la sociedad...La sociedad como campo específico de naturalidad propio del hombre pondrá de relieve como contracara del Estado lo que se denominará sociedad civil», *Seguridad, territorio, población*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006, p. 400.

por los fisiócratas franceses al propugnar un modelo económico materialmente basado en la agricultura y entregado a leyes naturales, leyes tan inalterables como las que marcan la secuencia de las estaciones, al margen pues de la intervención y conformación humana. Se afirma así la autonomía de la sociedad civil, que se estructura y opera según leyes naturales; una autonomía que se predica sobre todo frente a una organización política, el Estado, que se constituye sobre otras bases y se desenvuelve siguiendo las órdenes y normas de sus autoridades. Entre los autores fisiócratas que más desarrollaron la autonomía de la sociedad civil cabe destacar a Dupont de Nemours, Mercier de la Riviere, por su obra *L'ordre naturel et Essentials des sociétés politiques*, y Le Trosne, autor de *L'intérêt social* que se publica en 1777⁵.

Esta moderna concepción de sociedad civil se verá propiciada por las importantes transformaciones que en el orden social y económico se producen en occidente a finales del siglo XVIII y entre las que destacan la disolución del orden estamental y el desarrollo de la economía capitalista.

La emancipación de los individuos del rígido régimen estamental permitió la formación de asociaciones libres, ordinariamente para la protección de intereses económicos, pero también para la promoción de la cultura y el conocimiento científico, para actividades benéficas u otras igualmente nobles. Por su parte, la liberación de la economía, su total entrega a los agentes económicos privados particulares y sus asociaciones —abandonando así el protagonismo que las doctrinas mercantilistas atribuían a los Estados absolutos y rompiendo las últimas ataduras del sistema gremial— permitió el desarrollo de la economía capitalista de mercado que, con el potente impulso de la revolución industrial, tuvo un crecimiento espectacular en términos de producción.

Conviene destacar que la autonomía de la sociedad se alcanza con la superación de las principales trabas a su libre

⁵ La relevancia de estos doctrinarios en el tema que nos ocupa ha sido destacada por P. de Vega al afirmar que «fueron los fisiócratas (Dupont de Nemours, Mercier de la Riviere, etc.) quienes consagraron, como es bien notorio, la separación entre Estado y sociedad, sobre la que descansa toda la construcción liberal», *Derecho y economía en el Estado social*. J. CORCUERA/M. A. GARCÍA (eds.), Tecnos, Madrid, 1988, p. 123.

desarrollo y configuración: el orden estamental, la estructura gremial, el mercantilismo en el plano económico, vinculaban la sociedad a un orden impuesto y tutelado por el Estado absolutista. Con la disolución de estos y otros vínculos, la sociedad se emancipa, adquiriendo su propia identidad y autonomía frente al Estado⁶.

Otro componente muy destacado de la moderna sociedad civil y que definitivamente la caracteriza es la emergencia y formación de la opinión pública, un espacio de información y debate que se abre a todos los miembros de la sociedad y que al mismo tiempo delimita su alcance. Los miembros de la sociedad civil participan de unos conocimientos e intereses comunes sobre los que son capaces de articular un debate. La aparición de periódicos y prensa escrita fue sin duda un elemento fundamental y determinante de la formación de una opinión pública y de la sociedad civil que en torno a ella se articulaba⁷.

No es, pues, sólo la concepción doctrinaria y filosófica de la llamada sociedad civil, sino toda una serie de transformaciones que se producen en ese periodo las que posibilitan la formación de una sociedad que adquiere autonomía y comprensión de sí misma, diferenciada ya netamente del Estado.

En esta breve aproximación histórica y filosófica no se puede dejar de lado a Hegel, que pasa por ser, con razón, uno de los pensadores más influyentes en esta evolución. Su posición es muy relevante por cuanto inicia el proceso de relación dialéctica que conducirá a la integración de Estado y sociedad. Se afirma así con todo acierto que «la sociedad civil hegeliana representa el primer momento de la formación

⁶ Es así como H. HELLER pudo significara atinadamente que el mismo concepto de sociedad «en cuanto concepto recíproco del Estado, es un fenómeno reciente, ligado a la economía capitalista, a la liquidación del orden estamental y al nacimiento de la «sociedad civil», *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, 2.^a ed., México D. F., 1947, p. 128.

⁷ La aparición de una opinión pública es un dato determinante para la formación de una sociedad civil capaz de reconocerse como tal. Esta constatación y su razonamiento es la principal aportación de J. HABERMAS en su obra *Strukturwandeln der Öffentlichkeit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981. También concede una gran importancia a la opinión pública, Ch. TAYLOR, *op. cit.*, d, e.

del Estado, del Estado jurídico-administrativo»⁸. Pero antes de tratar esa integración entre Estado y sociedad que acaba cristalizando en el siglo xx con la implantación del Estado social, hemos de ocuparnos de la fase inicial de estas relaciones marcadas por la estricta separación entre Estado y sociedad que caracteriza al Estado liberal del xix.

2. LA INICIAL SEPARACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD. SU IMPRONTA EN LA FORMACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO

Esa separación entre Estado y sociedad que se establece en el plano económico, filosófico y social dejará una marcada impronta en las primeras Constituciones y en muchas instituciones del Derecho público cuyo proceso de formación se inicia justamente por entonces.

A. Las expresiones constitucionales

En esta línea, la aportación determinante de las primeras Constituciones se encuentra en los catálogos de derechos y libertades fundamentales que en todas ellas se contienen. Estas declaraciones constitucionales fijan unos límites infranqueables al poder del Estado y configuran un espacio de libre desenvolvimiento de la sociedad. Los derechos fundamentales se conciben así como los bastiones o las torres de una muralla que se levanta para proteger la libertad de los individuos, y la sociedad que forman, de las injerencias del poder público, del Estado. Pero lo que realmente marca una nueva época es el reconocimiento de tales derechos en un nuevo tipo de norma, la Constitución, que por vez primera fija unos límites infranqueables a los poderes del Estado⁹. La protección de derechos frente a particulares ya se alcanzaba con las leyes y otros instrumentos normativos; lo que faltaba era jus-

⁸ N. BOBBIO, *Stato, governo, società*, Einaudi, Torino, 1980, p. 32.

⁹ Hasta entonces no se le habían fijado límites al poder público en normas jurídicas. Sólo se conocían, en los más civilizados Estados del absolutismo ilustrado, autolimitaciones del monarca inspiradas en la noción de *prudentia civilis*, tal como le sugerían sus consejeros.

tamente un texto constitutivo, una declaración constitucional, que fijara límites objetivos a la acción del Estado y, correlativamente, delimitara el espacio libre de la sociedad y sus individuos. Las declaraciones de derechos de las primeras Constituciones se presentan así como una sucesión de puntos por la que discurre la línea divisoria entre Estado y sociedad.

Pero habrán de pasar unas décadas para que esa separación cobre toda su entidad y contenido: cuando Estado y sociedad se justifiquen respectivamente, desarrollen su propia estructura legitimante y puedan fundar a partir de ella sus posiciones e instituciones en el orden jurídico. En la Europa continental ese momento puede identificarse —ejemplificarse si se quiere ver así— en la restauración monárquica de la segunda y tercera década del siglo XIX.

Las primeras declaraciones constitucionales habían sido expresión de los movimientos revolucionarios de ruptura con el Antiguo Régimen y las viejas monarquías europeas. Pero cuando estos movimientos agotaron su fase explosiva las monarquías fueron capaces de reinstaurarse en el poder. Se abre entonces una etapa, que se prolonga prácticamente durante todo el siglo XIX, en la que coexisten las ideas y actividades de la sociedad que dispone de su propio espacio de libertad y una estructura estatal, administrativa, que se organiza en torno a la monarquía. Es entonces cuando más neta se muestra la separación, y aun oposición, entre Estado y sociedad, puesto que se sustentan en principios distintos desde los que se reivindican diferentes legitimidades¹⁰.

El Estado se concentra en el ejército, la administración civil burocrática y la magistratura judicial. Una estructura organizativa que «de algún modo se apoya sobre si misma»¹¹, sobre la monarquía, y sobre una nobleza que abandonando un tanto sus señoríos territoriales fue captada para la forma-

¹⁰ Se produce como una especie de empate entre esas dos fuerzas: la soberanía popular y el principio democráticos, por un lado, y el legitimismo alegado por las fuerzas monárquicas, el principio monárquico, por otro. Tras el primer avance del soberanismo popular como resultado de los procesos revolucionarios, se entabla un empate como consecuencia de la restauración de las monarquías. Aunque se producen movimientos para deshacerlo a favor del principio democrático, el empate se mantendrá sustancialmente inalterado a lo largo del siglo XIX.

¹¹ La frase es de E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Die Bedeutung...», cit., p. 213.

ción del Estado absolutista. La legitimidad de ese Estado es por ello inmanente, no le llega de una fuente externa. Es la legitimidad dinástica, histórica, que alegan las monarquías al ser ellas las que forjaron los Estados nacionales.

Frente al Estado se encuentra así una sociedad que tiene conciencia de sí misma y que es capaz de desenvolverse de manera autónoma en torno a sus propias reglas que son, fundamentalmente, las normas naturales que rigen en la libre economía y el mercado. Una sociedad que se conforma y organiza a partir de la libre disposición de los individuos que la integran.

Este panorama propiciará la formación de un orden dualista que marcará el siglo XIX en Europa. Un dualismo que se aprecia en varios frentes, uno de ellos es el de la cobertura o legitimación en la que se apoyan estas dos realidades. Se advertirán entonces dos principios legitimantes y conformadores: el principio monárquico y el principio democrático. Son dos fuentes de legitimación del poder público que reivindicarán sus propios espacios y manifestaciones.

Una primera manifestación la encontramos en el plano constitucional con las Constituciones de la segunda y tercera década del XIX de los Estados europeos con monarquías restauradas o que pudieron soportar unos envites revolucionarios que dejaron su impronta pero no llegaron a derrocarlas, ni a imponer la soberanía popular como única fuente de legitimación del poder político, pues tuvieron que admitir también la legitimidad de la monarquía y el modelo dualista, de doble legitimación, que ello comportaba y que se manifiesta claramente en esos textos constitucionales: Carta Constitucional francesa de 1814, o las Constituciones que por entonces se aprueban en los Estados alemanes del sur: la de Baviera de 1818, Baden de 1818, Würtemberg de 1919 y Hessen-Darmstadt de 1820¹²; al mismo modelo responde en España el Estatuto Real de 1834 al que habremos de referirnos más adelante. Estas Constituciones no encuentran su

¹² Todas ellas inspiradas en la Carta constitucional francesa de 1814, que prácticamente copian. E. FORSTHOFF, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 4.^a ed., Kohlhammer, Stuttgart-Berlin, 1961, p. 108. La primera Constitución de Prusia, que se mantuvo al margen y reprimió los movimientos revolucionarios, es por ello bastante más tardía, 1851.

pleno fundamento y legitimidad en la soberanía popular o en el principio democrático, sino que la comparten con la monarquía como fuente de legitimidad autónoma. Son Constituciones que responden al modelo de carta otorgada por el monarca para poner de manifiesto que no quedaba sujeto al pueblo y que su posición —y la del aparato administrativo y militar que se encontraba bajo su mando, que era por entonces la estructura básica del Estado— contaba con su propia legitimidad. Era el rey quien, el mediante la carta o estatuto que firmaba, reconocía toda una serie de derechos y un espacio de libre actuación a toda una serie de instituciones, el parlamento entre ellas, fundadas en la otra legitimidad, la de la soberanía popular y su representación democrática.

B. La configuración dualista del régimen administrativo liberal

Pero también por debajo de la Constitución, el ordenamiento en su conjunto está marcado entonces por esa doble fuente de legitimación de la que proceden potestades normativas diferenciadas. Se reconoce así una potestad autónoma de la Administración que preside el monarca y que encuentra por ello su legitimidad en el principio monárquico: es la potestad de dictar ordenanzas, la potestad reglamentaria en definitiva. Por su parte, las normas que emanan del Parlamento, las leyes, son expresión del principio democrático. Pero estas potestades normativas, la legislativa y la reglamentaria, no se superponen, sino que se sitúan en paralelo, como manifestación que son de fuentes materiales diferenciadas y autónomas, sin que se estableciera en rigor jerarquía de la ley sobre el reglamento. Ello tenía su explicación, puesto que se trataba de normas que, en principio, no habrían de colisionar, pues cada una ellas tenía su propio espacio o ámbito de aplicación. El del reglamento y la ordenanza era el ámbito interno, doméstico, del Estado. El de la ley era la sociedad¹³, y sobre ella estas normas se proyectaban en

¹³ Para D. JESCH, «se refleja ahí la tan invocada contraposición de Estado y sociedad, y en su correspondencia jurídica, la teoría del espacio interior estatal jurídicamente vacío, y de la esfera exterior perteneciente al Derecho», *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, p. 100.

dos frentes: uno era el de la regulación de las relaciones entre los particulares o sujetos integrantes de la propia sociedad civil; otro, era el frente que se levantaba en la línea divisoria de la sociedad con el Estado, permitiendo en su caso injerencias más gravosas del Estado sobre la sociedad y sus individuos que por ello requieren de una autorización o cobertura expresa de una ley. Es la técnica que se acabará categorizando como la reserva de ley¹⁴.

El dualismo que deriva de la estricta separación entre Estado y sociedad dejará también su marcada impronta en el plano jurisdiccional. Con diversas variantes en cada caso, acabarán por formarse dos sistemas de control diferenciados: el tradicional, a cargo de los jueces y tribunales ordinarios que resuelven los conflictos entre particulares, y uno de nueva planta que se configura a lo largo del siglo XIX en torno a la Administración del Estado para verificar el cumplimiento de la legalidad y garantizar los derechos personales que pudieran verse afectados. Se crean así unas instancias especiales —administrativas o judiciales, según los países y su evolución— para el control de la actuación administrativa que pudiera vulnerar la legalidad.

Ese dualismo jurisdiccional contribuirá decisivamente a comprender y desarrollar el Derecho público, particularmente el Derecho administrativo, como un Derecho especial, construido sobre un sistema de excepciones al Derecho civil. En ello tuvieron un protagonismo destacado los jueces y Tribunales de la jurisdicción especial que conocía de la actuación de la Administración pública: fueron introduciendo especialidades, excepciones, exorbitancias al régimen jurídico común ya existente, de Derecho privado en cuanto regulador de las relaciones entre particulares.

¹⁴ La ley era del todo necesaria para habilitar cualquier intervención en los dos valores fundamentales de la sociedad liberal: la propiedad y la libertad; particularmente estricta era, y lo sigue siendo en buena medida, la reserva de ley en materia penal. Pero es que, además, la propia ley, en la medida en que podía habilitar una intervención necesitaba de una justificación. La actividad legislativa, que no suponía otra cosa que la intervención y proyección del Estado sobre la sociedad, se concibe con carácter marcadamente restrictivo. Mínima injerencia legislativa y en todo caso justificada. Entre otros textos, resulta muy ilustrativa la Constitución portuguesa de 1822, en cuyo art. 10 se afirma que «ninguna ley y mucho menos la penal será establecida sin absoluta necesidad».