

### **3. NEGOCIACIÓN Y PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO LEGISLATIVO**

GONZALO MAESTRO BUELGA

Profesor de Derecho Constitucional

Universidad del País Vasco

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. ASPECTOS TEÓRICOS DEL PROBLEMA.—1. La base de partida. 2. La incidencia de las diversas concepciones de la ley en el planteamiento del problema. 3. La función de la ley condiciona el discurso sobre su curso sobre su creación. III. PROBLEMAS ACTUALES EN TORNO A LA LEY.—1. En su dimensión teórico-conceptual. 1) *Intervención y normación*. 2) *La nueva mediación de la ley*. 2. En su dimensión procedimental. 1) *Antecedentes históricos*. 2) *Procedimiento legislativo y crisis de la ley*. 3) *La participación en la elaboración de las leyes*. IV. LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN-NEGOCIACIÓN LEGISLATIVA.—1. Proceso y procedimiento legislativo. 1) *Una concepción flexible del proceso decisional*. 2) *El acuerdo como prerrequisito del resultado normativo*. 2. La participación en el proceso legislativo. 3. La participación en el procedimiento legislativo. 4. Participación legislativa y Constitución. V. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.—1. En las relaciones poderes públicos-intereses. 1) *La colaboración en la formación de la iniciativa*. 2) *La participación en el procedimiento legislativo*. 2. En las relaciones Estado-Comunidades Autónomas.—VI. CONCLUSIONES.

### 3. NEGOCIACIÓN Y PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO LEGISLATIVO

POR

GONZALO MAESTRO BUELGA

Profesor de Derecho Constitucional

Universidad del País Vasco

#### I. INTRODUCCIÓN

En uno de los no muy numerosos estudios dedicados al tema <sup>1</sup> reconocía su autor que las contribuciones específicas al respecto (la negociación legislativa) han sido muy escasas. Atribuye este vacío doctrinal a la novedad del fenómeno, al menos en los términos en los que contemporáneamente se produce, y a mi entender, con más razón, por la dificultad que determinados aspectos del fenómeno presentan para ser analizados desde el punto de vista estrictamente jurídico. Por nuestra parte, podríamos introducir este trabajo con la misma reflexión.

Sin embargo, la novedad no ha impulsado precisamente a una mayor atención doctrinal y ello, más que por la difícil aprehensión jurídica del fenómeno, por el resultado de la distorsión que produce en los esquemas clásicos de la dogmática jurídica. Como factor perturbador, hay que referirse inicialmente al coprotagonismo que asumen las instancias institucionales y las organizaciones políticas y privadas que vertebran y expresan el pluralismo social. A partir de aquí se explicita la contradicción entre la unidad y singularidad del poder jurídico y la multiplicidad del pluralismo.

El constitucionalismo del Estado social incorporó recursos conceptuales capaces de articular un nuevo discurso en las relaciones entre el

---

<sup>1</sup> EUGENIO DE MARCO: *La negoziazione legislativa*. Padua 1984.

Estado aparato y el Estado comunidad, en correspondencia con la permeabilidad constitucional respecto a la nueva articulación entre las esferas de la política y la economía. A pesar de la receptividad, antes afirmada, también se registra en los ordenamientos post-liberales la contradicción entre pluralismo social y político, como soporte de las decisiones normativas del Estado y el principio de racionalidad único y vertical de la voluntad del mismo <sup>2</sup>. Esta naturaleza contradictoria influye doctrinalmente relegando a la consideración factual el tratamiento de la ampliación de los sujetos normativos <sup>3</sup>.

Es también evidente que la negociación legislativa afecta al centro mismo de la construcción dogmática del derecho público e introduce contradicciones todavía no integradas, tal es el caso de la teoría de las fuentes.

A pesar de la notable ampliación del concepto <sup>4</sup> y de las construcciones ya clásicas, que distinguen entre las fuentes acto y las fuentes hecho <sup>5</sup>, lo cierto es que todavía no se ha creado un espacio para incluir aquellos procesos que explican el nacimiento y contenido de la ley, excluyéndose de la expresión todo aquello que no alude al momento de creación formal de la norma, el cual define la propia existencia normativa y la constituye como fuente <sup>6</sup> de derecho.

Incluso cuando desde este punto de vista se alude a la participación en la creación normativa, la doctrina entiende que los juicios al respecto deben ser cautos, en la medida en que la posibilidad de participación social en estos procedimientos no escapan al esquema de democracia representativa y vienen reasumidos por él <sup>7</sup>.

Así pues, por una parte, se detecta una reducida penetración de los intereses en la teoría <sup>8</sup>, y por otra, es asimismo patente la dificultad que tiene el acuerdo como verdadera fuente «sustancial» de producción jurídica

---

<sup>2</sup> A. J. PORRAS NADAL: *Introducción a una teoría del Estado post-social*. Barcelona 1988, pág. 42.

<sup>3</sup> S. BARTOLE: «La partizipazione nelle leggi», en *Il Politico*, 1980, marzo, págs. 65 y ss. Hasta cierto punto la distinción entre proceso y procedimiento legislativo, que la literatura sobre la materia ha realizado, participa de esa distinción entre factual y normativo. Ver PREDIERI, «Aspetti del processo legislativo in Italia», *Studi in memoria di C. Esposito*, vol. IV. Padua 1974, págs. 2457 y ss.

<sup>4</sup> Por ejemplo, ver: A. PREDIERI: «El sistema de fuentes del Derecho», en *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*. VV.AA. Madrid 1980, pág. 161 y ss.

<sup>5</sup> V. CRISAFULLI: Voz «Fonti del diritto», en *Enciclopedia del diritto XVII*. Milán 1968, y *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II. Padua 1976.

<sup>6</sup> G. UGO RESCIGNO: Voz «Fonti del diritto», en *Dizionario critico del diritto*. Perugia 1980, pág. 130 y ss.

<sup>7</sup> T. MARTINES: «Note sul procedimento di formazione delle fonti del diritto», en *Scritti in onore di C. MORTATI*, vol. 2. Roma 1977, pág. 321 y ss.

<sup>8</sup> E. TUCCARI: «La attuazione legislativa», en *Rev. Trim. de diritto pubblico*. 1982, número 2, pág. 363 y ss.

de traspasar el umbral que define el estatuto jurídico de la creación normativa<sup>9</sup>.

En una primera aproximación podríamos decir con DE MARCO que la negociación legislativa es encuadrable en el más amplio fenómeno de la participación en la actividad legislativa<sup>10</sup> y participa en gran parte de toda su problemática. Participación y negociación se relacionan entre sí como fenómeno general que incluye al más específico, que es este último. Por lo demás, es imposible establecer un criterio de distinción entre ambos. Salvo en algunos casos que resultan excepción, la negociación como determinación de contenidos normativos es el resultado de un proceso de integración de intereses en la actividad de normación. Como tal, en ocasiones discurre por canales formalizados de muy distinta naturaleza, que posibilitan la participación en el proceso legislativo de los intereses afectados. Así, entendemos que participación y negociación en el ámbito legislativo precisan un tratamiento unitario.

Desde este punto de vista inicial, ninguna forma de participación podría excluirse del estudio, ello en la medida en que todas ellas, con independencia del cometido explícitamente definido, son susceptibles de crear (potencialmente al menos) procesos que generen ese resultado.

Los mecanismos consultivos establecidos en muchos ordenamientos, tanto fuera como dentro del procedimiento legislativo, tienden a producir estos efectos e incluso, en algunos casos, la participación técnica<sup>11</sup> puede ser también un camino.

Así nos encontraríamos ante un fenómeno que no es definible desde los estrictos parámetros del objetivo institucional regulado en el ordenamiento, sino como proceso destinado a producir determinados efectos.

La necesidad de acotar el ámbito de análisis obliga a que las manifestaciones concretas de estos procesos de participación que estudiamos sean sólo las más significativas. De este modo, abordaremos exclusivamente la participación en el procedimiento legislativo, es decir, aquellas actuaciones que dentro del procedimiento legislativo (técnicamente considerado) realicen sujetos no llamados a emitir formalmente el mandato normativo, pero que puedan producir fenómenos negociales que lo condicionen. Es esta participación la que adquiere rasgos más institucionalizados y junto con lo anterior nos detendremos en la colaboración en el proceso de formación de las leyes que podríamos llamar extra-procedimental, que se realiza en los umbrales del propio proceso legislativo, en la fase anterior a la iniciativa, de acuerdo con esa distinción, ya mencio-

---

<sup>9</sup> E. TUCCARI: «Appunti per una teoria sulle normazione negoziale», en *Riv. Trim. di diritto pubblico*, 1986, pág. 76 y ss.

<sup>10</sup> E. DI MARCO: *La negoziazione legislativa*, op. cit., pág. 1.

<sup>11</sup> T. MARTINES, op. cit.

nada, entre proceso y procedimiento legislativo, de utilidad sistemática y analítica en este caso <sup>12</sup>.

Ya hemos comentado que la atención doctrinal no ha estado excesivamente centrada en este fenómeno y ello es más cierto, si cabe, respecto a la bibliografía nacional, que además de las justificaciones anteriores tiene en su haber la escasa atención que el ordenamiento dedica al mismo, lo que contribuye a explicar que el derecho parlamentario permanezca, en gran medida, ajeno al problema.

La doctrina española que se ha ocupado de la ley, punto de partida inevitable en cualquier aproximación a la cuestión, se ha conformado, fundamentalmente, en satisfacerse las exigencias que se derivan del nuevo orden constitucional. Así, el núcleo central de su reflexión lo constituye tanto el concepto como el lugar de la ley en el sistema de fuentes constitucionalmente definido.

Las posiciones se sitúan entre dos polos extremos, en lo que al concepto de ley se refiere, aludiendo, por otra parte, al debate clásico e histórico en el derecho público, que parece, por el momento, no haber sido superado en nuestro caso. Me refiero a las concepciones de la ley como «ley formal» y a la distinción entre ésta y la llamada «ley material» <sup>13</sup>. Esto sucede cuando ya algunas voces significativas llamaban la atención sobre la crisis del concepto de ley propio del debate clásico <sup>14</sup>. Así pues, desde los comienzos del debate próximo <sup>15</sup> hasta el presente <sup>16</sup>, asistimos a la reedición de un recorrido ya realizado en el derecho comparado, urgido evidentemente por las necesidades derivadas del nuevo ordenamiento, pero en gran parte deudor de los resultados ya alcanzados <sup>17</sup>.

<sup>12</sup> A. PREDIERI: «Aspetti del proceso legislativo in Italia», *op. cit.* S. BARTOLE: *La formazione del progetto di legge...*, *op. cit.*

<sup>13</sup> Como es sabido, estas posturas están representadas por G. ENTERRIA. Ver su *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid 1979, pág. 121 y ss., y A. GARRORENA MORALES: *El lugar de la ley en la Constitución Española*. Madrid 1980. Por otra parte, FRANCISCO RUBIO LLORENTE ver «Rango de Ley, Fuerza de Ley, Valor de Ley» sobre el problema del concepto de ley en la Constitución, *Revista de Administración Pública*, 1983, núm. 101-102, pág. 417 y ss., «El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1986, núm. 16, pág. 83 y ss.

<sup>14</sup> Ver, en este sentido, Manuel GARCÍA PELAYO: *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid 1984, págs. 68-76, en especial, la 75. Se refiere a la necesidad de nuevas nociones y categorías para valorar la transición del Estado de Derecho al Estado Social. Ver prólogo a *El concepto de ley en la Constitución alemana*. Madrid 1979, págs. 13-30.

<sup>15</sup> Ver, junto a G. ENTERRIA en su ya citado manual, GALLEGO ANABITARTE: *Ley y Reglamento en el derecho público occidental*. Madrid 1971.

<sup>16</sup> Luis María DIEZ-PICAZO: «Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, núm. 24, pág. 47 y ss.

<sup>17</sup> Ver si no lo significativo de la recreación histórica al debate que se realiza en casi todas las aportaciones señaladas.

Por lo demás, una breve remisión a la doctrina española tiene el interés que se deriva de la constatación y el reflejo de los problemas ya aludidos, presentes en el tratamiento que se da a la ley.

En algunos casos, la constatación de momentos consensuales, de acuerdos entre sujetos sociales y poderes públicos, en el proceso de producción normativa es aceptado como algo habitual en los modernos Estados, en especial por lo que se refiere a la legislación que afecta a materias económicas y sociales. «En la legislación económica (incluida la que regula relaciones laborales y seguridad social) en repetidas ocasiones desde 1979 hasta la actualidad los sucesivos gobiernos han concertado diversos acuerdos tripartitos con las confederaciones empresariales... y en ellos, a cambio de concesiones de éstas..., han adquirido el compromiso de promover determinados cambios legislativos, cuyos correspondientes proyectos llegan al Parlamento como cumplimiento de una obligación adquirida fuera de él, pero no por ello menos vinculante»<sup>18</sup>; pero la reflexión no avanza más allá de esa mención de un fenómeno que en la transición española tuvo características muy peculiares. Por lo demás, el resto de la doctrina no sólo no se detiene especialmente en estos supuestos, sino que su planteamiento, en cierto sentido, lo excluye, en algunos casos, expresamente<sup>19</sup> en su concepción sobre las fuentes del derecho, en otros derivados de su propia construcción del concepto de ley y, por tanto, de sus consecuencias respecto de las fuentes<sup>20</sup>, cuando en su diseño del concepto formal de ley la conexión con la tradicional doctrina francesa de la soberanía parlamentaria y la concepción de la democracia representativa, en ella presente, imposibilita la introducción de sujetos extraños al Parlamento y circuito representativo en el proceso de formación de la ley. Una demostración de esta tesis se confirma en la contradicción que establece GARRORENA en el tratamiento constitucional de democracia representativa y las instituciones de la democracia directa que aunque no se refiere a la misma cuestión es relevante en este sentido. «Me refiero al modo cómo ha quedado resuelta en la Constitución Española de 1978 esa reconocida tensión... entre los presupuestos de la confianza desde la base social a sus representantes... y las instituciones de la democracia directa. La ley, exposición fundamental de esa voluntad soberana cuyo control parece estar aquí en litigio, viene a ser naturalmente el campo de batalla donde estas tensiones tienen lugar..., el criterio utilizado para resolverlas es... la vinculación rigurosamente preservada y prácticamente nunca contradicha de la ley al primado institucional del Parlamento»<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> F. RUBIO LLORENTE: «El procedimiento legislativo en España...», *op. cit.*

<sup>19</sup> Ver la definición del concepto de fuente ofrecida por I. DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona 1987, págs. 62-72.

<sup>20</sup> A. GARRORENA MORALES: *El lugar de la ley...*, *op. cit.*

<sup>21</sup> *Ibidem*, págs. 132-135.

Cuando la doctrina española alude al concepto de ley formal lo hace asumiendo las posiciones clásicas respecto a la soberanía del Parlamento con las implicaciones que supone respecto a nuestro tema de análisis <sup>22</sup>.

También las mismas consideraciones cabría realizar, cuando se utiliza la referencia al principio democrático, en cuanto se hace como remisión al órgano electivo.

Es significativo, en este repaso, que las referencias que se hacen a las quiebras del concepto tradicional de ley están limitadas a los problemas tradicionales, en nueva versión, de las fuentes y a algunas novedades en relación con la diversificación de los tipos de leyes constitucionalmente consagrados <sup>23</sup>.

Podríamos decir otro tanto de la dedicación doctrinal al procedimiento legislativo y derecho parlamentario en general, marco éste donde, junto con la reflexión sobre la ley, puede situarse en el Derecho constitucional el tratamiento natural de la cuestión <sup>24</sup>.

En consecuencia, la primera conclusión que cabe deducir del tratamiento que en nuestro país se hace del problema de la ley es precisamente el establecimiento de un marco de análisis que dificulta de manera importante la inserción de cuestiones como la que pretendemos estudiar.

La polémica ley formal —ley material— tiene, en todo caso, la virtud de señalar otra vez las dificultades de la recepción en el análisis jurídico de participación en la elaboración de las leyes de sujetos extra institucionales. Y esto aunque pudiera parecer excesivo puede derivarse del análisis de las consecuencias que estas posiciones mantienen respecto al tema. Cualquiera que sea el contenido que históricamente se ha dado a la ley en sentido material, como veremos más adelante, confirma esta aserción. Además, cuando se predica una nueva concepción de la ley que integre contenidos materiales y formales tampoco se avanza en la definición de los mismos, ni se permite deducir planteamientos que modifiquen las repercusiones del debate histórico.

La dificultad de fundar la reflexión sobre la ley en las categorías que fundamentaban la polémica histórica es reconocida por JESCH cuando establece la íntima conexión histórica y funcional a aquella situación de las formulaciones citadas. «La función que tenía que desempeñar la teoría dualista se extinguió con el ocaso de la monarquía constitucional de origen

---

<sup>22</sup> En igual sentido, G. ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., págs. 121-130.

<sup>23</sup> Luis María DIEZ-PICAZO: «Concepto de ley y tipos de leyes...», op. cit.

<sup>24</sup> Ver, a título de ejemplo, F. SANTOLALLA LÓPEZ: *Derecho Parlamentario Español*. Madrid 1984; R. PUNSET: *Las Cortes Generales*. Madrid 1983; más específicamente, F. SANTOLALLA: *El Parlamento y sus instrumentos de información*. Madrid 1982; M. A. GARCÍA MARTÍNEZ: *El procedimiento legislativo*. Madrid 1987.

alemán, con ello se hizo superfluo el concepto material de ley, vinculada a una época determinada, carece de utilidad para la comprensión de los modernos problemas jurídico-políticos, para ello sería necesaria otra concepción»<sup>25</sup>.

Con todo, qué duda cabe que el debate español sobre la ley, en sus distintas posiciones, entra en el núcleo central, que debe ser el punto de partida para abordar el problema y, como no podía ser de otra forma, actualizan éste en un intento de armonización con los dictados constitucionales, lo que resulta una evidente ayuda. No en vano entendemos que la teoría de la ley es el punto de partida inexcusable para abordar el problema.

## II. ASPECTOS TEÓRICOS DEL PROBLEMA

### 1. La base de partida

Decimos que los problemas que suscita la teoría de la ley son base para el análisis a realizar porque ésta condiciona la teoría del procedimiento de su elaboración. En definitiva, esta última no es sino desarrollo de las premisas sentadas en la concepción de la ley.

El concepto de ley en sentido formal, propio de la tradición francesa, implica determinadas consideraciones procedimentales decisivas respecto a los sujetos legitimados para participar en el proceso creador de la norma.

Pero también cabe deducir consecuencias de la construcción que la teoría dualista realiza, no sólo por la definición de los titulares del poder normativo, sino del propio contenido que pretende adjudicarse a la ley material y los espacios normativos que establece en la acción estatal. Igual sucede con la posterior evolución de la misma y la nueva definición del sistema de fuentes que con la concepción gradualista kelseniana se establece.

En realidad, aun desde distintas ópticas, propiciadas por distintas necesidades, las diversas teorías que explican el concepto y los caracteres de la ley aluden a problemas esenciales planteados en la construcción del Estado liberal, lo que acrecienta el interés de partir de la teoría de la ley

---

<sup>25</sup> D. JESCH: *Ley y administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*. Madrid 1978, pág. 30.

porque, evidenciada esta relación, es posible conectar teoría y procedimiento en base a la función reservada a la ley en la sociedad liberal.

Por otro lado, el hecho de que las posiciones de partida iniciales no hayan sido superadas, como lo demuestra el repaso doctrinal antes realizado, renueva la importancia de partir de estas bases.

Naturalmente, no se trata de explicar con detalle las distintas líneas de argumentación respecto a la conceptualización de la ley, sino de utilizarlas de acuerdo con la secuencia relacional que acabamos de hacer.

## **2. La incidencia de las diversas concepciones de la ley en el planteamiento del problema**

1. La referencia doctrinal esencial está constituida por la elaboración dogmática de CARRÉ DE MALBERG<sup>26</sup>. Aunque el clásico estudio de este autor parte de consideraciones esencialmente formalistas, aludiendo a la incompatibilidad de las dominantes tesis dualistas con el derecho positivo francés, única referencia de análisis, sus afirmaciones contienen sugerentes planteamientos que conectan con el específico modelo francés de construcción del Estado de Derecho.

Así, las bases de la argumentación están inspiradas no sólo por las prescripciones constitucionales de 1875, sino también en los comienzos del constitucionalismo revolucionario francés y en las propias tesis rousseauianas<sup>27</sup>. La propia fórmula de «La ley, expresión de la voluntad general», tiene claramente afirmados esos antecedentes.

La concepción formal de la ley expresa la idea de que ésta no puede definirse en atención a ninguna consideración de fondo, es decir, de contenido que debe satisfacer esta norma, sino exclusivamente a su fuente de procedencia y al mecanismo de elaboración<sup>28</sup>.

Como es ya sabido, este concepto de ley, al vincularlo fundamentalmente a su origen, el Parlamento como poder legislativo, establece una conexión con determinados principios políticos inspiradores del derecho

---

<sup>26</sup> Ver, principalmente, *La loi, expression de la volonté générale...*, y también su *Contribution a la théorie générale de l'Etat*. Paris, págs. 285-382.

<sup>27</sup> GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, cap. VI.

<sup>28</sup> R. CARRÉ DE MALBERG: *La loi, expression de la volonté générale*, *op. cit.*, págs. 23-39; también, *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, *op. cit.*, pág. 331.

público francés, separación de poderes y primacía del Parlamento como sostén del principio de legalidad específica en esta concepción<sup>29</sup>.

El núcleo central, en lo que a nosotros respecta, de esta argumentación, es la ecuación formada por los términos: Soberanía nacional, soberanía parlamentaria y soberanía de la ley, con esa secuencia deductiva.

En el monismo parlamentario y las nuevas tesis sobre la soberanía descansan, pues, los fundamentos de la concepción formal de la ley, como acto parlamentario.

El origen de la afirmación de la ley como expresión de la voluntad general se localizan en Rousseau, que establece que esta expresión se justifica por el origen de la norma, la voluntad del pueblo entero y que esta voluntad declarada es el acto de soberanía en que consiste la ley (contrato social). La afirmación rousseauiana pasará posteriormente al derecho positivo y a la construcción doctrinal tamizada por la construcción de la soberanía nacional. A partir de aquí es posible realizar la identidad entre pueblo y Parlamento que es su expresión y completar la ecuación antes formulada.

La primacía del Parlamento y de su producto más característico se explican a partir de la concepción anterior y, por tanto, también las relaciones entre los poderes y sus expresiones normativas, ley y reglamento. La supremacía parlamentaria, en base al principio democrático-representativo liberal, permite la construcción del principio de legalidad francés derivado de esta concepción de la ley.

Los caracteres de la ley que en esta construcción no son más que consecuencias de los postulados anteriores y se explican en virtud de la ecuación antes formulada: soberanía-representación-ley.

La fuerza de iniciativa de la ley, es decir, la inexistencia de límites a su actuación, con la consiguiente afirmación de la inexistencia de la reserva de ley, se deriva de la supremacía parlamentaria. El propio concepto de fuerza de ley<sup>30</sup>, como resistencia a cualquier otra disposición normativa que no tenga su misma calidad, vuelven a incidir en la misma consideración.

La misma noción del principio de legalidad anuncia el otorgamiento a la ley de ser expresión de soberanía, acto soberano, en la medida en que emana del órgano que la detenta, por representación de su titular.

Pero lo que interesa resaltar de la ecuación definidora de la concepción formal de ley es la función de filtro que realiza el segundo ele-

<sup>29</sup> A. GARRORENA MORALES: *El lugar de la ley en la Constitución Española*, op. cit., págs. 20, 21, 87 y 88.

<sup>30</sup> F. RUBIO LLORENTE: «Rango de ley, fuerza de ley...», op. cit.

mento, representación parlamentaria. Ello en cuanto que es en la propia teoría de la representación, que se incorpora el concepto de ley formal, donde quedan definidos los principios clave del procedimiento legislativo que se derivan de esta posición. A ello volveremos pronto al abordar la teoría del procedimiento legislativo.

2. La otra fuente doctrinal sobre la que se elabora el concepto de ley está constituida por las tesis sobre la ley material <sup>31</sup>.

En el origen se sitúa la peculiar construcción del Estado alemán, con un fuerte protagonismo de la corona y un compromiso de la burguesía liberal con las clases precapitalistas, como solución final adoptada para la construcción del Estado liberal <sup>32</sup>. Lo que lleva, en el ámbito normativo, a un peculiar compromiso en el reparto de espacios, encarnado en el denominado principio monárquico, consagrado constitucionalmente con diversas fórmulas desde la Constitución para el Deutsche Reich, de 1849, hasta la Constitución de Weimar (excluida ésta). En virtud de éste, el poder legislativo se otorgaba a monarca y Reichstag <sup>33</sup>.

Los problemas de delimitación surgidos para establecer el ámbito normativo donde era precisa esta colaboración, o era necesaria la intervención parlamentaria, originaron la distinción entre ley en sentido formal y ley material, distinción vinculada, en esencia, al problema de la reserva de ley <sup>34</sup>, como mecanismo que articulaba normativamente el compromiso nobleza-burguesía alemán y que posibilitaba la salvaguarda de los principios liberales en orden a la legislación.

Como recuerda DE OTTO, la construcción doctrinal de este concepto dualista de la ley estaba motivado por la necesidad de dar respuesta al problema político que se planteó en torno a la aprobación del presupuesto <sup>35</sup>. Lo que se discutía era el poder del rey y del Parlamento, en torno a la calificación jurídica del presupuesto. Planteada la discusión de esta forma, se pretendía que la competencia legislativa del Parlamento estaba reservada fundamentalmente para la creación de normas jurídicas; para éstas el concurso monarca-Parlamento era necesario. Sin embargo, para

<sup>31</sup> Ver, sólo a título de ejemplo, Christian STARCK: *El concepto de ley en la Constitución alemana*. Madrid 1978, cap. III, pág. 117 y ss.; Ignacio DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, op. cit., cap. VIII; pág. 162 y ss.; A. GARRORENA MORALES: *El lugar de la ley...*, op. cit., pág. 26 y ss.

<sup>32</sup> Para una conexión entre la construcción del derecho público alemán y las necesidades políticas del momento, ver: Walter WILHELM: *Metodología jurídica nel secolo XIX*. Milán 1974; también, M. FIORAVANTI: *Giuristik e costituzione politica nell'ottocento tedesco*. Milán 1979.

<sup>33</sup> GALLEGO ANABITARTE, op. cit., pág. 276; I. DE OTTO: *Derecho Constitucional...*, op. cit., págs. 168-170.

<sup>34</sup> RUBIO LLORENTE: «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley», op. cit.

<sup>35</sup> I. DE OTTO: *Derecho Constitucional...*, op. cit., págs. 169-170.

la actividad normativa que no afectase al establecimiento de normas jurídicas, la autonomía normativa del monarca permanecía con todo su vigor en virtud, precisamente, del principio monárquico.

La discusión se establecía en torno a si el presupuesto tenía carácter de norma jurídica y, por tanto, era preciso el concurso parlamentario para su aprobación o era «no derecho» y, por tanto, la autonomía reglamentaria del ejecutivo monárquico le afectaba.

La discusión, lejos de ser intrascendente, muestra no sólo el carácter histórico de la polémica, del que es imposible separarla, sino la conexión en torno a la definición de derecho, o mejor, de norma jurídica, con los contenidos de la ley material. Harán alusión éstos a la cláusula de libertad y propiedad, que entrarán en relación directa con las alusiones posteriores a la función de la ley.

La reserva de ley, traducción de la cláusula de libertad y propiedad, era pues la fórmula utilizada para salvaguardar los intereses liberales en el contexto de la monarquía limitada alemana.

Así pues, se acuñó, o mejor, fue preciso acuñar, un doble concepto de ley, uno material y otro formal. Uno aludía a los requisitos de contenido necesarios para poder considerar a la disposición aprobada como ley, se define en torno a consideraciones de fondo. A éstas está dirigida la cláusula de reserva de ley y deben ser aprobadas mediante concurso del poder legislativo. Otro, definido esencialmente por el origen y procedimiento de creación de la disposición, el reservado a la ley, pero que no reúne los requisitos de fondo establecidos para ser considerada como ley.

De la, en cierta medida, inevitable mixtificación de ambos elementos, formales y materiales, en la definición de ley según la doctrina reciente y la pervivencia de los elementos básicos de la discusión —«La idea que pretendo expresar como resumen es la de que el concepto de ley que nuestra Constitución exige ha de construirse con elementos materiales y formales»<sup>36</sup>— se puede deducir la vigencia, readaptada si se quiere, de los conceptos incluidos en el contenido material de la ley, esenciales para comprender la función que el sistema le reservaba.

De esta manera, adquiere su justificación el tratar brevemente la ley material en sus diversas concepciones, pues ellas conducen al análisis de su funcionalidad con el sistema. Los dos contenidos más relevantes de la ley material se refieren a la noción de ley más generalmente aceptada. La ley como mandato abstracto y general y la cláusula de libertad y propiedad, bases de la teoría de la ley en el Estado de derecho liberal.

---

<sup>36</sup> RUBIO LLORENTE: «Rangos de ley, fuerza de ley...», *op. cit.*, siendo además el más representativo de la defensa de la ley material. Igualmente resulta interesante el repaso a las posiciones doctrinales más recientes de Alemania, que realiza en este trabajo. También, en este sentido, L. María DIEZ-PICAZO: «Concepto de ley y tipos de leyes», *op. cit.*

Los antecedentes doctrinales sobre la generalidad de la ley resultan ser excesivamente remotos para detenerse en ellos<sup>37</sup>. La expresión más acabada y recibida positivamente está en Rousseau, quien en una formulación un tanto contradictoria (un juego de palabras según CARRÉ DE MALBERG), deduce de la ley como expresión de la voluntad general, la generalidad respecto a su contenido y destinatarios. En la tradición del iusnaturalismo racionalista, la generalidad intentaba expresar los principios de igualdad y libertad formal, que se constituían en principios políticos organizadores del nuevo orden. Es por ello por lo que se afirmaba su conexión con el interés general y, por tanto, no podía expresarse más que sobre objetos generales. Esta concepción entra en los textos positivos revolucionarios expresando esta recepción jurídica de las construcciones políticas del liberalismo.

Como es sabido, la generalidad de la ley hace referencia a una doble dimensión<sup>38</sup>. Por una parte, a su eficacia general frente a los destinatarios que tenga eficacia *erga omnes*. Por otra, que el contenido de la norma sea abstracto. Por oposición a concreto, la normación abstracta exige que la referencia a la conducta o acciones reguladas en la ley vengan determinadas genéricamente capaces de regular hipotéticas situaciones presentes y futuras. Igualmente, los destinatarios vienen descritos de manera genérica en relación al cumplimiento de las situaciones tipificadas en la previsión normativa.

Si bien la doctrina desde casi los comienzos de la afirmación de la generalidad de la ley ha puesto en discusión estos requisitos admitiendo la posibilidad de leyes particulares y concretas<sup>39</sup>, estos caracteres han imperado como rasgos de normación. De hecho, aun cuando se enuncia la definición formal de ley, se advierte que la generalidad suele ser una constante<sup>40</sup>. En gran parte la diferenciación de funciones entre legislación y ejecución se hacía descansar en esta característica de generalidad y asumía así el papel de principio ordenante en la organización de poderes del Estado. Sin embargo, repetimos, los caracteres de abstracción y generalidad explicaban y eran congruentes con las afirmaciones formales de libertad e igualdad y desde ese punto de vista también cumplían una función garantista, justamente señalada, incluso en algunos textos constitucionales<sup>41</sup>.

La cláusula de libertad y propiedad ya hemos dicho que fue el fundamento de la reserva de ley en el dualismo monárquico alemán. Recha-

<sup>37</sup> C. STARCK: *El concepto de ley en la Constitución alemana*, op. cit., cap. IV, pág. 259 y ss.

<sup>38</sup> I. DE OTTO: *Derecho Constitucional...*, op. cit., pág. 179 y ss.

<sup>39</sup> Ver en el ámbito de la doctrina alemana la configuración del concepto de ley material de LABAND y JELLINECK.

<sup>40</sup> CARRÉ DE MALBERG: *Contribution a la théorie...*, op. cit., pág. 295.

<sup>41</sup> Declaración de derechos del hombre y del ciudadano francesa, de 1789.

zada la definición de ley material por LABAND y JELLINECK, en base a la nota de la generalidad, la distinción entre norma jurídica (como contenido de la ley) y lo que no lo era descansaba, en realidad, en esa cláusula. Sobre la base de las funciones materiales del Estado a la legislación correspondía establecer normas que regularan la situación jurídica personal de los ciudadanos o las relaciones de éstos con el Estado. En definitiva, el dominio de la función legislativa se extendía a la regulación o modificación de los derechos de los ciudadanos. La forma cómo se define el ámbito de éstos, en las reservas de ley positivas establecidas, remiten siempre a la cláusula mencionada. Todo lo que afectase a los derechos de libertad o a la propiedad de las personas era objeto de la ley. En definitiva, de la misma forma que en el caso anterior, la reserva de ley, que determina la definición material de la misma, es una cláusula garantista de protección de los específicos intereses del mundo liberal al limitar la intervención en aquellos espacios que definen las bases de las relaciones sociales del nuevo modelo político, el mercado, a unos mecanismos jurídicos notoriamente garantistas, no sólo por el procedimiento a emplear en la producción legislativa, sino por el órgano encargado de realizar esa intervención, que resultaba ser el de la representación de sus intereses en el surgimiento del Estado liberal.

La operación de salvaguarda que en el monismo parlamentario se realiza por la afirmación de la primacía del poder legislativo, en el dualismo monárquico se lleva a cabo a través de la adjudicación del espacio normativo que los intereses liberales reclamaban al órgano representativo a través de la técnica garantista de la reserva de ley.

Lo que en definitiva se quiere expresar es que la concepción formal de la ley y la dualista, si bien utilizan discursos argumentativos diferentes en sus construcciones, reconducen a un mismo resultado, la funcionalidad específica de la forma ley a las necesidades de la construcción de la sociedad liberal, a la que luego nos referiremos.

3. La superación del debate monismo-dualismo en la construcción kelseniana.

Como dice I. DE OTTO, las anteriores teorías sirven para una situación determinada, en un «Estado sin Constitución», pero no cuando se afirma la supremacía de la misma<sup>42</sup>. La situación anterior, hasta la primera posguerra mundial, conceptuaba a la Constitución como un código formal de articulación de los poderes del Estado, la relación ley-Constitución se establecía no en base a la proclamación de la superioridad de ésta, sino

---

<sup>42</sup> I. DE OTTO: *Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, págs. 162-163.

en base a la referencia a las previsiones organizativas de los poderes contenidos en el texto constitucional <sup>43</sup>.

La construcción kelseniana introducirá una variación sustancial en la relación ley-Constitución, que tendrá notables consecuencias en la teoría de la ley hasta entonces formulada. Las bases en las que se funda la supremacía de la Constitución son: La peculiar creación del ordenamiento jurídico y su construcción gradualista y, por otra parte, la concepción de un órgano, como cierre garantista de la misma, como el Tribunal Constitucional, que marcó un punto de inflexión en el constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial.

Por lo que a nosotros respecta, el objeto de breve atención será su teoría gradualista, que influirá en aspectos decisivos para nuestro discurso, no hay más que aludir a la incidencia de éste, en la contradictoria relación entre validez y eficacia, o en la concepción metodológica interiorizada obviamente en su teoría del ordenamiento, escindiendo lo factual de lo normativo. Las consecuencias de todo ello, que más tarde desarrollaremos, en relación a la admisión en el proceso de decisión normativa de sujetos extrainstitucionales es clara.

Los conceptos clave de la teoría normativista que nos interesa analizar coordinadamente son los de *norma*, *base*, *gradualismo* y *validez*. De sobra es conocido que las relaciones internormativas en el sistema de Kelsen se establecen en relación al lugar que cada una de ellas ocupa en el ordenamiento y sobre esta construcción escalonada se fundamenta la validez de cada norma <sup>44</sup>.

La validez de una norma es siempre reconducida a la concordancia con las reglas de reproducción normativa. La validez de una norma depende, por tanto, de que ésta haya sido realizada conforme a la regulación de la emanación de normas, siempre está comparada con una norma que establece cómo se debe producir aquella. La relación entre la norma que fundamenta la validez de otra es de naturaleza jerárquica y expresa la subordinación de una respecto a la otra <sup>45</sup>.

Un ordenamiento jurídico está compuesto de normas válidas y éstas lo son sobre la base de la existencia de otras que justifican su existencia. El ordenamiento se construye jerárquicamente en una remisión constante de unas normas a otras superiores hasta la norma base en que descansa la validez de todo el sistema.

---

<sup>43</sup> G. ENTERRÍA: «La Constitución como norma jurídica...», *op. cit.* También muy sugestivas las observaciones, respecto al tema, de J. PÉREZ ROYO: «La reforma constitucional...», Madrid 1987.

<sup>44</sup> H. KELSEN: *Teoría pura del Derecho*. México 1983, pág. 232 y ss.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pág. 201.

Con independencia de las referencias que KELSEN realiza a la norma fundante del ordenamiento y su discutible coherencia con la construcción normativista, como elemento disfuncional de orden metafísico, el papel que se otorga a la Constitución en esta formulación es el establecimiento de las reglas de reproducción normativa. Es en virtud de su consideración como presupuesto de validez del resto de las normas que se predica su superioridad jerárquica y la primacía en el ordenamiento.

En definitiva, con el gradualismo y el papel asignado en su seno a la Constitución se procedimentaliza rigurosamente la producción legislativa, estableciendo como presupuesto de la existencia de una norma el cumplimiento estricto de esa procedimentalización, porque «con el término validez se designa la existencia específica de una norma»<sup>46</sup>. De esta manera se traduce procedimentalmente el principio metodológico básico de separación entre hecho y derecho. Los únicos elementos que se permiten considerar son las reglas intra ordenamiento de producción normativa, o lo que es lo mismo, la expulsión de lo relevante factualmente en la elaboración legislativa. La inclusión de la distinción entre «ser» y «deber ser» en el proceso de producción legislativa confirma lo anterior, contagiando su concepción del procedimiento legislativo<sup>47</sup>.

### 3. La función de la ley condiciona el discurso sobre su creación

Ya hemos aportado con anterioridad algunas consideraciones sobre los conceptos de ley que hemos seleccionado. Lo que afirmábamos de las concepciones dualistas y monistas es también válido para las kelsenianas y reducibles todas ellas a la función de la ley en el Estado de Derecho liberal, que en definitiva es el marco en el que se inscriben las distintas tesis, aun haciendo referencia cada una de ellas a esa peculiar forma de construcción del mismo que ejemplifican. Incluso el modelo kelseniano debe entenderse como momento culminante de la construcción del sistema que comenzó en el siglo anterior, más que un punto de inflexión nuevo de partida<sup>48</sup>. No en vano dice BOBBIO que el gradualismo, la teoría sobre la validez como fundamento de la legitimidad formal del ordenamiento jurídico, puede ser considerada como la representación más adecuada al Es-

<sup>46</sup> H. KELSEN, *op. cit.*, pág. 23.

<sup>47</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, págs. 18-23; también *Compendio de Teoría General del Estado*. México 1980, págs. 207-208.

<sup>48</sup> A. GIOVANELLI: *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*. Milán 1979, pág. 143.

tado legal-racional en que se funde la Constitución de los Estados modernos, en la concepción de WEBER <sup>49</sup>.

Comencemos recordando la conexión que cabe establecer entre los caracteres de la legislación en el modelo teórico del Estado de Derecho liberal, en el que incluimos una reunificación de las distintas aproximaciones descritas y la función originaria de la ley en este modelo. Se trata de afirmar la congruencia de los rasgos que distinguen a la forma ley con el objeto de su regulación.

Acudiendo a la reelaboración que TEUBNER hace de la construcción de HABERMAS <sup>50</sup> respecto a la racionalidad del derecho, cabe afirmar la racionalidad del derecho formal <sup>51</sup>. No sólo en su dimensión weberiana, sino también en su funcionalidad con el sistema, la racionalidad no sólo resulta predicable de los rasgos internos del derecho en los que se basa la previsibilidad, expresión de la misma en la construcción de WEBER. Lo es igualmente respecto a las exigencias que los sistemas político y económico demandan.

La ley aparece entonces, en palabras de NEGRI, como un mandato fuertemente condicionado por la forma social de su Constitución, por las relaciones necesarias que el mandato debe interpretar y a los que debe plegarse <sup>52</sup>. Su primacía en el sistema, entre las fuentes normativas, la afirmación de su soberanía deriva de que sus caracteres expresan requisitos indispensables para la organización del modo de producción capitalista. «La soberanía de la ley es, por lo demás, condición indispensable para la concurrencia capitalista» <sup>53</sup>.

En definitiva, la racionalidad del derecho formal expresa su funcionalidad y la correspondencia entre sus caracteres internos, racionalidad formal y el sistema.

Los caracteres que expresan la racionalidad weberiana han sido subrayados en la síntesis realizada de la teoría de la ley. Todos ellos precisan una articulación entre sí. En cierta forma, a pesar de la oposición doctrinal en la que aparecen contruidos, las distintas tesis obedecen a similares necesidades (matizadas por las específicas situaciones). Así son reconducibles a unos mismos criterios de funcionalidad el principio de le-

<sup>49</sup> N. BOBBIO: *Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen*. Milán 1984, pág. 187 y ss.

<sup>50</sup> G. TEUBNER: «Sustantive and reflexive elements in modern law», en *Lay and Society Inview*. 1983, núm. 2, pág. 239 y ss.

<sup>51</sup> Ver también: Ulrich K. PREUSS: «La crisis del mercado de trabajo y las consecuencias para el Estado Social», en *Derecho y economía en el Estado Social*. Madrid 1988, pág. 71 y ss. También, N. REICH: «Formas de socialización de la economía: Reflexiones sobre el post-modernismo en la teoría jurídica», en el mismo volumen, pág. 95 y ss.

<sup>52</sup> A. NEGRI: Voz «legge», en *Dizionario critico del diritto*. Perugia 1980, pág. 207 y ss.

<sup>53</sup> F. NEUMANN: «Mutamenti delle funzione della legge nelle società borghese», en *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*. Bolonia 1973, pág. 245 y ss.

galidad que se deriva de la soberanía parlamentaria y el que se construye en base a la reserva de ley, todo ello permite un tratamiento global y unificante de los caracteres de la ley a la doble racionalidad afirmada.

Los dos elementos a considerar son, por tanto, forma de ley y estructura mercantil de las relaciones sociales. Es decir, el mercado como lugar general de la conexión económica-social, que deviene fuente de exigencias en la conformación de la misma, produciéndose un preciso nexo genético-funcional que une forma jurídica y economía mercantil-monetaria <sup>54</sup>.

El reconocimiento del mercado como regulador de las relaciones sociales y la consiguiente concepción de las mismas en términos de intercambio de mercancías presupone:

a) Que el mercado actúa como condicionante del mandato normativo, la función de la ley es imponer y garantizar las reglas del mercado.

b) Las reglas del mercado exigen una determinada posición, en abstracto, de los sujetos protagonistas de los intercambios. En la medida en que las relaciones sociales mercantilizadas se definen como intercambios entre equivalentes, la ley debe actuar igualando los sujetos, y así dando unidad al sistema económico <sup>55</sup>.

Desde estas premisas se explican los caracteres de abstracción y generalidad de la ley como actuación de las nuevas exigencias de la organización de las relaciones sociales.

Así, la generalidad instituye la igualdad formal de los sujetos, en cuanto destinatarios generales igualmente afectados por la regulación normativa.

La abstracción permite el establecimiento de un espacio de libertad relacional necesario para la realización de los intercambios y la configuración del contrato como mecanismo jurídico de los mismos, garantizando la autonomía privada y reconduciendo a la relación anterior <sup>56</sup>. Abstracción y generalidad son las traducciones de la igualdad y libertad reflejadas en la conformación legislativa.

---

<sup>54</sup> P. BARCELLONA: *Stato e mercato. Fra monopolio e democrazia*. Bari 1976, pág. 13 y ss.

<sup>55</sup> V. G. REBAFF: *Origine della ricchezza e diritto di proprietà*. Quesnay e Turgot. Milán 1974, citado por P. BARCELLONA, *op. cit.*

<sup>56</sup> J. HABERMAS: «Concepto de participación política», en *Capital monopolista y sociedad autoritaria*. VV. AA. Barcelona 1973, pág. 15 y ss. También, NEUMANN, *op. cit.*

Igualmente la ordenación del Estado en el capitalismo concurrencial como Estado de Derecho presupone lo anterior y se establece sobre la base de la consideración como un presupuesto irrelevante la separación entre productores inmediatos y medios de producción. La superación de la contradicción por medio de su ignorancia y la consideración igualitaria de sujetos privados poseedores de mercancías (mercancía-trabajo), permite, como se ha dicho, la construcción del sistema sin preocuparse de resolver, previamente, el problema de organizar la cooperación del trabajo.

De esto depende la posibilidad de la separación de lo político y lo económico, principio básico de organización de las relaciones políticas en el liberalismo.

Pero la primacía del mercado y la separación del Estado y la sociedad expresan evidentes exigencias en la conformación legislativa. La ley como norma jurídica, como regulación que afecta a la esfera de los derechos de las personas, que marca la distinción entre lo jurídico y el no derecho (en la doctrina alemana), ejemplifica la concepción normativa de la separación de estas dos esferas y las consecuencias resultantes respecto a la organización y relación de los poderes del Estado. Las implicaciones entre los principios de separación entre política y economía y la distinción entre la ley formal y material como soporte de la construcción de la reserva de ley ha sido acertadamente señalada por C. STACK <sup>57</sup>.

Semejantes consideraciones son realizables también desde el punto de vista de la construcción doctrinal francesa, respecto a la definición formal del concepto de ley, en base a su concepción de la soberanía parlamentaria, que afirma la soberanía de la ley <sup>58</sup>.

Se ha advertido la exigencia de la configuración formal de las notas que definen la legislación en el capitalismo concurrencial para afirmar el papel de mediación de la ley en las específicas relaciones que se instauran en esta fase, necesarias para su cumplimiento.

La función de mediación de la ley está, pues, en estrecha conexión con su consideración de instrumento de organización de las relaciones sociales establecidas sobre las reglas del mercado. De tal manera que en la forma de la ley coinciden la organización resuelta en la manera descrita y la mediación. La forma jurídica que expresa la ley media las relaciones entre los productores y poseedores, así como entre los capitalistas, al establecer las condiciones del intercambio. Así se produce la interposición de la forma jurídica en las relaciones intersubjetivas e interclasistas.

Lo característico de la mediación de la ley en el Estado de Derecho liberal es que ésta se opera en virtud de sus caracteres que son los que

---

<sup>57</sup> C. STACK, *op. cit.*, pág. 125 y ss.

<sup>58</sup> P. BARCELONA: *Stato e Mercato*, *op. cit.*, pág. 18.

definen el derecho, igual-formal, de esta fase. «La especificidad de la mediación, o bien, el modo de instaurar las relaciones entre las clases (y también el modo de pensar las relaciones mismas), en realidad consiste en el carácter formal de la mediación autónoma, puramente jurídica, respecto a formas de mediación-conexión estructurales de modo diferente (formas de coerción extra-económica), fundada sobre la asunción de la economía como específica esfera de las relaciones de intercambio y sobre la libre voluntad de los sujetos iguales (contrato)»<sup>59</sup>.

Nuestra pretensión era expresar la conexión entre los caracteres de la ley, aquellos que definen al específico mandato normativo que constituye la legislación, y las funciones que está destinada a cumplir en la fase del capitalismo concurrencial, porque éstas determinan aquellos caracteres.

Sobre la afirmación de esta recíproca exigencia derivada de configuración de la ley-función que condiciona su conformación se asientan las bases del discurso posterior. El cambio en las exigencias funcionales del sistema respecto a la ley permitirá examinar los nuevos perfiles que ésta adquiere en una fase que experimenta sustanciales variaciones respecto a la de libre concurrencia y, a su vez, establecer nuevas conexiones y exigencias recíprocas entre caracteres de la legislación y necesidades del sistema.

Naturalmente, ambos discursos así expresados permiten una aproximación, a nuestro entender la más esclarecedora a las transformaciones que han experimentado los procesos de decisión normativa, desde donde se aborda la participación y negociación legislativa.

### III. PROBLEMAS ACTUALES EN TORNO A LA LEY

#### 1. En su dimensión teórico-conceptual

El eje de nuestro discurso, en el que se insertan todos aquellos factores que suponen la ruptura de los caracteres que permitían definir a la ley, consiste en afirmar el paso de su mediación formal, es decir, que cumple esa función en base a sus caracteres formales, a la mediación, que en la fase del capitalismo monopolista y el Estado interventor realiza a través de su contenido. Esto permite no sólo explicar el paso de la ley general a la ley concreta, sino también evidenciar cómo el problema de la partici-

---

<sup>59</sup> P. BARCELONA, *op. cit.*, pág. 14.

pación de sujetos del «Estado comunidad» en la misma se sitúa y explica en este proceso de transformación de la mediación legislativa en las relaciones sociales.

El punto de partida es el fin del capitalismo concurrencial y, por tanto, del mercado como el elemento definidor del principio organizativo de las relaciones sociales en el Estado liberal. El intercambio de equivalentes sobre el que se construía y conformaba en sus caracteres el concepto de ley propio del Estado de Derecho.

El proceso de concentración del capital ha vuelto difícilmente utilizable el teorema de la exclusividad del mercado y determinado el fracaso, en la práctica, de la función organizativa del intercambio como sistema de mediación general e instrumento de conexión social, en los términos de exclusividad antes predicados, esto es evidente en las relaciones capital-trabajo, cada vez menos organizadas, sobre las bases de las reglas del mercado, como también en las relaciones establecidas entre el ahorro, la inversión, la producción y el consumo <sup>60</sup>.

El resultado es comúnmente compartido. A medida que el principio del intercambio aparece visiblemente incapaz de garantizar y realizar la mediación de las relaciones económicas y sociales, es el poder público quien deviene elemento decisivo para la reorganización de la estratificación social y, en este sentido, es obligado a definir directamente la modalidad, ámbito y condiciones de una nueva mediación. Ésta, sin embargo, en la medida en que se produce en el respeto básico al sistema, no niega esencialmente el principio del intercambio.

La intervención del Estado exigida por el fin del capitalismo concurrencial y el proceso de concentración monopolista es el sustrato al que remite, con última instancia, toda la polémica sobre la crisis de la ley.

«El fracaso de la función organizativa de las relaciones de intercambio y su inadecuación a las exigencias inducidas por el capital monopolista hacen imposible aquel tipo de conexión social actuando mediante la forma jurídica del derecho igual» <sup>61</sup>. Es decir, asistimos a una superación de la mediación realizada por la ley, en virtud de los caracteres propios del derecho formal, típico de la fase concurrencial.

Esta nueva función asignada al Estado origina una ruptura de los principios políticos sobre los que se articula el Estado liberal a los que correspondía el mandato normativo-legal.

---

<sup>60</sup> P. BARCELONA, *op. cit.*, pág. 30.

<sup>61</sup> *Ibidem*, pág. 34.

### 1) *Intervención y normación*

Por lo que a nosotros respecta, el proceso antes aludido influye decisivamente tanto en el modo de producción del derecho, momento decisivo en el contacto entre derecho y sociedad, como en los caracteres de la producción legislativa, es decir, en la formación de la decisión normativa, e igualmente en los caracteres de la *normación misma*. Todo ello remite a un discurso más general sobre la crisis de los elementos que conforman la construcción jurídica del Estado de Derecho.

El modo de reproducción del mandato normativo repropone el problema de las fuentes, inevitablemente condicionado por el traslado a terrenos distintos de la mediación económica-privada y el mercado de la organización de las relaciones sociales. Su traslado al ámbito político-público y las funciones de mediación del conflicto que asume el Estado se reflejan también en el proceso de creación normativa que interioriza las funciones de integración propias del Estado social.

Trasladar el conflicto derivado de las relaciones sociales del ámbito privado al Estado obliga a permeabilizar su actuación, incluso la normativa. Atribuir al conflicto y a su composición-mediación, como función estatal, relevancia en el proceso de formación de la decisión legislativa. Se impone entonces superar la división entre lo factual y el momento formal de producción de la ley, otorgando a esa factuidad carácter determinante del ordenamiento. «Los procesos normativos que resultan como consecuencia del Estado social tienen su cara positiva, ponen la totalidad de las relaciones sociales a la luz, las positivizan, identifica y configura unitariamente el acto materialmente productivo del derecho»<sup>62</sup>.

De la concepción histórica de la ley cargada de unilateralidad, como consecuencia de su forma de producción, se pasa a una concepción del proceso de normación participativa que permite introducir las funciones integradoras que absuelve el Estado<sup>63</sup>.

La concepción unilateralista de la ley no es compatible con necesidad de la integración de la conflictividad que se realiza también por medio de la normatividad al servicio de fines económicos y políticos.

Junto a los efectos respecto a la producción del mandato normativo, las nuevas funciones que incumben al poder público en el Estado Social afectan a la *posición de la ley en el conjunto del ordenamiento, reflejo de una reordenación de la relación entre los poderes y de la relación legislación-administración propia del Estado de Derecho*.

<sup>62</sup> A. NEGRI: *La forme Stato*. Milán 1970, 4.ª edición, pág. 61.

<sup>63</sup> *Ibidem*, págs. 63 y 70; también, P. BARCELLONA y A. CANTARO: *La sinistra e lo Stato Sociale*. Roma 1984, pág. 48.

De la soberanía de la ley, como manifestación de su crisis, se pasa a la elusión de la misma, manifestado en los generales procesos de deslegalización, producidos a través de distintos procedimientos, delegación legislativa, ampliación de la potestad reglamentaria de la administración, etcétera.

DE CABO ha descrito acertadamente estos procesos de desajuste entre el Estado de Derecho liberal y el Estado Social, señalando en el específico orden normativo el sentido de la crisis de la ley como inadaptación de la concepción liberal (garantista) a la consideración de la norma como instrumento de intervención en situaciones específicas. De ahí que se eluda la utilización de la ley a través de los mecanismos mencionados <sup>63 bis</sup>.

Sin embargo, donde ha resultado más afectada la construcción dogmática de la ley ha sido en los caracteres constitutivos de su propia definición.

En la fractura de los caracteres de generalidad y abstracción que distinguían a la norma jurídica junto con la imperatividad como nota típico-doctrinal del derecho (mandato imperativo).

A la generalidad se opone la norma como acto concreto, a la imperatividad, las necesidades de integración, antes descritas, que inciden también en una manifestación de la norma como creadora de efectos mediante la gestación del concurso o la persuasión <sup>64</sup>. Todo ello se manifiesta en una descomposición de la unidad conceptual que acompañaba clásicamente a la ley, que en palabras de MORTATI provoca la imposibilidad de construir un concepto sustancial del acto legislativo <sup>65</sup>.

La ley clásica del Estado de Derecho legisla sobre una continuidad inmutable y típica y por ello podía mantener esos caracteres de generalidad; desde su propia externidad actúan las relaciones de intercambio, en base a rasgos formales, el contenido de la ley no es algo a considerar. Desde la posición del Estado interventor, sin embargo, se establece una nueva relación, antes inexistente, entre la ley y su objetivo, revalorizando la consideración en torno a su contenido. La normación se expresa en el Estado Social como mandato concreto, con una específica relación medio-fin <sup>66</sup>.

Se establece una oposición entre la ley como norma general, la normación como expresión de la racionalidad atribuida a la representación nacional se opone conceptualmente al acto (legislación-administración), manifestación de la voluntad dirigida a un fin propio. En la concepción clásica de la administración, fin y ley son en el Estado de Derecho extremos

<sup>63 bis</sup> C. DE CABO: *La crisis del Estado Social*. Barcelona 1986, págs. 71-72.

<sup>64</sup> N. BOBBIO: *Dalle struttura a la funzione...*, *op.cit.*

<sup>65</sup> C. MORTATI: *La leggi provvedimento*. Prefacio. Milán, 1968.

<sup>66</sup> A. NEGRI: *La forme Stato*, *op. cit.*, pág. 64.

opuestos que sólo pueden mantenerse sobre la base de la permanencia de una determinada situación. Pero esto sirve sólo para un Estado cuyo ordenamiento constitucional se basa sobre la distinción entre Estado y sociedad... En realidad sólo si la sociedad es autónoma, si se confía a sí misma y es movida por fuerzas inmanentes, el Estado es libre de limitarse a la determinación normativa de las reglas generadas, haciendo así que las actividades sociales se desarrollen en el ámbito de las leyes» (FORSTHOFF) <sup>67</sup>.

Finalizada la abstracción del Estado, su externidad en las relaciones económico-sociales, también la ley significa intervención, y ésta en cuanto dirigida a la consecución de objetivos, concreción. La medida, contenido concreto de la ley del Estado Social, medio destinado a producir determinados efectos, especifica la relación entre medio y objetivo <sup>68</sup>. Así la concreción se convierte en un rasgo generalizable de la legislación del Estado Social, en cuanto correspondiente a la propia intervención <sup>69</sup>.

La construcción doctrinal de la ley medida, en abierta ruptura con los caracteres propios de la normación del Estado de Derecho, representa el reconocimiento de la imposibilidad de operar con categorías jurídicas inservibles desde el fin del capitalismo concurrencial.

La ley medida como normación de lo concreto, no puede definirse ni entenderse partiendo de los caracteres formales de la ley <sup>70</sup>, sino partiendo de otros presupuestos que priorizan la atención del contenido de la legislación, en clave distinta de la derivada de la construcción del concepto de ley material. Podría decirse que la ley medida es, en cierto sentido y a pesar de los esfuerzos doctrinales de compatibilización realizados, la anti-ley.

Cuando se señalan los caracteres «típicos de esta nueva normación, se incide en la negación de los caracteres-requisitos de la ley del Estado de Derecho <sup>71</sup> resumidos todos ellos en la concreción.

De esta forma, la concreción en la actuación legislativa se corresponde con los nuevos ámbitos donde está llamada a actuar la ley. Las diversas formas de incidencia legislativa sobre la economía y el mercado de trabajo remiten a una nueva configuración del instrumento legislativo, en razón a nuevas funcionalidades.

<sup>67</sup> E. FORSTHOFF: «La leggi procedimento», en *Stato di diritto in trasformazione*. Milán 1973, pág. 101 y ss.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> MORTATI: *La leggi-procedimento*, *op. cit.*, pág. 3.

<sup>70</sup> FORSTHOFF, *op. cit.*

<sup>71</sup> MORTATI: *La leggi-procedimento*, *op. cit.*

La intervención legislativa en materia económica a menudo reconduce genéricamente a fórmulas de persuasión-incentivación<sup>72</sup> que se articula en base a mecanismos concretos de estímulo. De esta manera se puede decir que la gestión de la economía y de la fuerza de trabajo imponen medidas concretas, desplazando hacia el contenido de las mismas su racionalidad. Es en definitiva esto lo que quieren expresar los planteamientos evolucionistas del derecho, cuando pretenden explicar el paso del derecho formal al derecho útil<sup>73</sup>. La reconstrucción de la racionalidad formal puesta en crisis con el fin del mercado concurrencial en otra racionalidad de corte material. La nueva funcionalidad con el sistema no viene dada por sus caracteres formales, clave de la mediación de la forma ley en el Estado de Derecho, sino por sus contenidos materiales. Al mismo fenómeno, que explica la transformación de la ley general en normación concreta, hacen referencia las alusiones a la crisis de la ley, manifestada en fenómenos contradictorios, en apariencia. Las *leggine*, legislación de detalle excesivamente particularizada, aluden precisamente a la renuncia de la ley a disciplinar de manera general las relaciones sociales y suponen la forma extrema de la lógica implícita en la ley concreta. La proliferación de los tipos de leyes que impiden o dificultan la reelaboración conceptual de una categoría general debe inscribirse en estas coordenadas. De la misma manera que los procesos de deslegalización y la ruptura de esquema clásico de relación entre los poderes responden a las nuevas exigencias de intervención pública. Éstas se trasladan a la esfera normativa influyendo decisivamente en la forma que adopta la norma.

En este sentido, crisis de la ley y crisis del Estado de Derecho son términos equivalentes. Los efectos perturbadores que la transformación de la legislación provoca en la conformación de los elementos del Estado de Derecho son evidentes. Doctrinalmente se ha evidenciado la contradicción entre Estado de Derecho y Estado Social<sup>74</sup> o la dificultad de compatibilizar los instrumentos técnico-formales propios del primero con las exigencias del segundo<sup>75</sup>. Las consecuencias de esta difícil adaptación del instrumental jurídico a las exigencias interventoras se traducen especialmente en la difícil readaptación del principio de legalidad, corazón central de la construcción del Estado de Derecho.

Como es sabido, la afirmación del principio de legalidad descansaba sobre una serie de hipótesis previas, a saber: Una determinada relación

<sup>72</sup> Ver Giuseppe GUARINO: «Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo», en *Scritti di diritto pubblico dell'economia*. Milán 1962, pág. 125 y ss.

<sup>73</sup> Recordamos las referencias realizadas en las notas 50, 51 a TEUBNER, PRESUSS y REICH.

<sup>74</sup> FORSTHOFF: «Stato di Diritto e Stato Sociale», en *Stato di Diritto in trasformazione*. Milán 1973. También, «Concetto e natura dello Stato Sociale di Diritto», en la misma obra, pág. 29 y ss.

<sup>75</sup> L. FERRAJOLI: «Stato Sociale e Stato di Diritto», en *Politica del diritto*, 1982, núm. 1, pág. 41 y ss.

entre legislación y administración, la primación de la ley sobre la base de la función otorgada a la legislación. Estas hipótesis se cumplían en parte en base a los caracteres otorgados a la ley, lógicamente derivadas de las funciones de mediación formal que se conferían a ésta.

Desde este punto de vista, quiebra del principio de legalidad del Estado de Derecho no es más que una manifestación de las modificaciones habidas en los caracteres de la legislación. La legalidad liberal resulta atacada tanto por la ley concreta como por la deslegalización, en la medida en que la ley no determina ya los contenidos de la acción administrativa. Ambos responden, como hemos dicho, a la misma causa.

La legalidad, tal y como se ha concebido, cumplía funciones garantistas en consonancia con las que también absolvía la ley, así al decaimiento de las funciones, que en este sentido estaban encomendadas a la legislación, corresponde una mutación profunda de este principio<sup>76</sup>. Si el principio de legalidad funciona como instrumento de cierre del mecanismo garantista al que es funcional la normación del Estado de Derecho, es lógico que éste acabe transformándose de un elemento técnico riguroso que disciplina las relaciones entre legislación y administración, entre ley y reglamento<sup>77</sup>, en una fórmula de correspondencia con principios constitucionalmente reconocidos, transformación donde tienen cabida los fenómenos normativos mencionados.

La legalidad pasa de ser un principio en sí y por sí mismo, del Estado de Derecho, a ser un principio general, desnaturalizado en su función, porque lo que pretendía garantizar carece de relevancia funcional para el sistema. Más aún debe recomponerse para permitir expresar otro tipo de relaciones y contenidos de la legislación no compatibles con su anterior formulación. Su pervivencia, en este sentido, tiene su explicación, más que como principio estructurador de las relaciones internormativas dentro del ordenamiento jurídico, con las necesidades de legitimación que todavía puede parcialmente satisfacer el principio de legalidad es hoy instrumental, la legalidad no agota sino que organiza parcial y funcionalmente la legitimidad<sup>78</sup>.

## 2) *La nueva mediación de la ley*

No hay duda, por tanto, de que el pasaje del Estado liberal de Derecho al Estado Social ha modificado profundamente la función de la acti-

<sup>76</sup> A. NEGRI, Voz «Legalita», *Dizionario critico del diritto*, op. cit., pág. 202 y ss.

<sup>77</sup> Sergio FOIS: «Dalle crisi dello "Stato di Diritto" allo crisi del cosiddetto "Stato Sociale"», en *La governabilità delle società industriali*. Bologna 1984, pág. 63 y ss.

<sup>78</sup> A. NEGRI, voz «Legalita», op. cit.

vidad legislativa. La ley incorpora cada vez más caracteres de medidas inmediatamente eficaces destinadas a distribuir recursos económicos y de poder entre los distintos sujetos sociales <sup>79</sup>. En el Estado de Derecho, la relación entre el poder estatal y la sociedad se realizaba a través de los caracteres de la normación. En el Estado Social el papel mediador, que asume el poder público, entre los protagonistas esenciales de las relaciones sociales, lo realiza en parte mediante la norma y su contenido, que se convierte en el resultado de la mediación <sup>80</sup>. La mediación que actúa la ley, funcional a la intervención estatal, se realiza en una doble dirección. Por una parte, a través del contenido de la norma y, por otra, encargándose ésta de organizar la propia mediación, creando específicos institutos al respecto <sup>81</sup>.

Sobre la base de la insuficiencia de la capacidad del mercado para organizar la distribución de recursos, la mediación extramercantil cobra una importancia decisiva, atendiendo ésta a las necesidades de suplencia del mercado respecto a la distribución de recursos (de toda clase, habría que decir). El contenido económico-distribuidor de la legislación en materia de protección social evidencia la asunción normativa de la mediación, en el sentido que el resultado final del conflicto se expresa a menudo de esta forma. Igual consideración cabe hacer para la legislación en materia de programación económica. Cuando lo que era objeto de regulación autónoma se convierte ahora en elemento central de la actuación estatal, el conflicto se politiza y en la medida que esto acontece se normativiza también. La ley acaba siendo expresión normativa del conflicto politizado, su contenido el resultado de la suplencia realizada por el poder público y el normativo.

Por otra parte, junto con la mediación directa, operada con la distribución de recursos realizada por vía normativa, la ley organiza la mediación procedimentalizando el conflicto, en la consciencia de que regular éste permite su control e integración. Esta forma de mediación se configura como complemento necesario de la anterior.

La procedimentalización del conflicto se produce también en una doble dimensión: Por un lado, estableciendo procedimientos reguladores del conflicto estrictamente, es decir, creando normas procesales-relacionales, que conducen a la composición-integración del conflicto. Son expresivas en este sentido las normas que regulan las relaciones laborales y los conflictos colectivos de trabajo, donde la intervención pública ha sido enormemente relevante y los efectos en la composición del conflicto evidentes. Es la organización de la mediación a través de la procedimentalización del conflicto, como contenido normativo.

<sup>79</sup> P. BARCELLONA y A. CANTARO: *La sinistra e lo Stato Sociale*. Roma 1984, pág. 49.

<sup>80</sup> *Ibidem*, pág. 50.

<sup>81</sup> P. BARCELLONA: *Stato e mercato*, op. cit., pág. 36 y ss.

Por otro lado se completa la composición del conflicto con la creación de ámbitos de composición del conflicto que constituyen también formas de organización de la mediación.

Esto se consigue creando aparatos públicos encargados de actuar la mediación. Son ejemplos expresivos la previsión en la mayoría de los países de la Europa Occidental, después de la II postguerra mundial, de órganos de composición de intereses en materia económico-social, con diversidad de competencias y funciones, pero que respondían a estas exigencias de mediación. Junto con esta organización directa de la mediación aparecen otras menos evidentes y que reabren otra vez la conexión con los nuevos caracteres de la normación en el Estado Social. Nos referimos a la atribución, vía legislativa, de cometidos en este sentido a la propia Administración, llamada a absolver directamente estas funciones en un contacto directo con los sujetos sociales protagonistas del conflicto.

La legislación, además de mediar directamente por el contenido normativo, actúa cada vez más como fuente de atribución-organización de ámbitos administrativos donde se realiza esta función mediadora permitiendo la autonomización necesaria para operar como ámbito preferente de composición de interés <sup>82</sup>.

En torno a los órganos de la Administración económica se establece un complejo de relaciones entre los intereses sociales organizados y el poder público facilitados, en muchos casos, por la flexibilidad en las formas de actuación que las modernas administraciones utilizan.

De hecho, todas estas formas de organizar la mediación articuladas vía legislativa operan en su contenido un reparto de recursos, de naturaleza política y de poder, que condicionan decisivamente la posición de los sujetos sociales en el propio sistema. Qué duda cabe que esta distribución de recursos supone también *per se* una forma de regulación del conflicto en la medida en que realiza una selección de intereses y portadores de los mismos a los que se permite el acceso al sistema. De esta manera se puede simplificar la incidencia normativa en la mediación reconduciéndola en su contenido a la distribución de recursos que realiza la normación concreta del Estado Social.

Establecer que el ámbito de la mediación que la legislación concreta realiza en el Estado Social se localiza en el contenido de ésta y permite revalorizar el procedimiento de la decisión normativa en la medida en que si la mediación se opera en el resultado ésta se articula a través del proceso decisonal previo que culmina en la propia norma. De esta manera, a través

---

<sup>82</sup> GIOVANNI SOLE: *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionali*. Milán 1985, págs. 5-22.

del contenido de la legislación como objeto de la contratación de intereses se repropone la cuestión del procedimiento <sup>83</sup>.

## 2. En su dimensión procedimental

### 1) *Antecedentes históricos*

La doctrina clásica del derecho público alemán desde GERBER hasta JELLINECK <sup>84</sup> sitúa como consideraciones marginales las relacionadas con el procedimiento legislativo. Éste resulta fuertemente condicionado por la construcción de la teoría dualista de la ley (escisión entre ley material y formal), que expresaba su funcionalidad con el principio monárquico. De esta forma el problema esencial al que cabía reconducir el procedimiento legislativo era las consecuencias que el dualismo (monarca-cámaras) desplegaba en el proceso de creación de la decisión normativa. Señala GALEOTTI <sup>85</sup> que cuando la doctrina alemana de final del siglo pasado acometía la tarea de utilizar el método dogmático para la reconstrucción del acto legislativo, el procedimiento de formación de la ley permanecía todavía en la sombra, ocultado por los efectos que desplegaba la oposición entre los dos polos que convergían en la formación del mandato legal. La cuestión por tanto era el valor que debía concederse a la intervención de cada uno de esos órganos.

En el principio monárquico, la participación del soberano en la legislación se construyó dogmáticamente mediante la atribución exclusiva al mismo del derecho a dictar la norma legal <sup>86</sup> frente a las Cámaras que desempeñaban un papel secundario.

Esta posición subalterna de los órganos colegiados deliberantes era perceptible tanto en LABAND, cuando consideró que la intervención de las Cámaras no iba más allá de la preparación del contenido de la ley <sup>87</sup>, como en la construcción de la teoría del órgano de JELLINECK que defendía la dependencia de las asambleas del monarca, órgano supremo del Estado <sup>88</sup>.

<sup>83</sup> P. BARCELLONA: *I soggetti e le norme*. Milán 1984, cap. III, pág. 141 y ss. También «Legislazione e consenso sociale», en *Il Parlamento tra crisi e riforma*. Milán 1985, pág. 35 y ss.

<sup>84</sup> Ver GERBER: *Diritto pubblico*. Milán 1971; LABAND: *Droit public de l'empire Allemande*. París 1901; JELLINECK, *Teoría general del Estado*. Buenos Aires 1970.

<sup>85</sup> S. GALEOTTI: *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*. Milán 1957, pág. 4.

<sup>86</sup> Christian STARCK: *El concepto de ley en la Constitución alemana*, op. cit., pág. 233.

<sup>87</sup> LABAN: *Droit public...*, op. cit., pág. 294.

<sup>88</sup> D. JESCH: *Ley y administración...*, op. cit., pág. 96 y ss.

Como antes hemos comentado, el problema, en el proceso de formación de las leyes, se desplazaba de la concepción global del mismo a la consideración que debía recibir la sanción real. La sanción, en este marco, era el momento fundamental del proceso de decisión normativo, en realidad era decisión que correspondía al monarca. La distinción de dos momentos, por un lado, la fijación del contenido de ley, y por otro, la emisión de la orden por la cual la ley se hace existente, es en realidad el establecimiento de una sucesión subordinada del momento<sup>89</sup>. Vigente el principio monárquico, sólo la sanción era legislación en el sentido jurídico de la palabra y ésta era una libre decisión del soberano<sup>90</sup> de manera que su intervención condicionaba decisivamente el resultado del proceso en su conjunto. Si el momento final, sanción real, es el jurídicamente relevante, no es extraño que el procedimiento legislativo quede desplazado a la consideración que se da al momento culminante del proceso. Naturalmente, el debate marginal sobre el procedimiento de elaboración de las leyes no es más que un reflejo de la resolución por parte del derecho público alemán del XIX de las cuestiones esenciales que afectaban a la peculiar construcción de Estado propio de esa experiencia. En cualquier caso, hay que señalar que un planteamiento de la cuestión como el descrito tiene específicas consecuencias respecto al problema que nos ocupa. Resulta claro que de las consideraciones anteriores sólo puede derivarse la exclusión de toda posibilidad de participación en el proceso de elaboración del mandato normativo fuera de los órganos estatales que deben concurrir a su formación.

Del principio monárquico y de la consideración de la supremacía de la sanción real, como momento fundamental del proceso, se deduce la no admisión de cualquier sujeto al mismo. En la medida en que principio monárquico y participación se configuran como conceptos contrapuestos.

Por otra parte, considerando el procedimiento legislativo desde el punto de vista de las cámaras deliberantes que concurren a la formación de la ley, tampoco cabe plantear el problema de la participación de sujetos no institucionales en el mismo. Las tesis organicistas que dominan al derecho público alemán de la época excluyen el propio concepto y la relación de representación entre el Parlamento y el pueblo<sup>91</sup>. La teoría del órgano y la peculiar desconexión que se realiza entre intereses, representación y órgano en esta construcción no permite siquiera introducir el problema.

Así pues, cabe decir que la doctrina alemana sobre la ley con su formulación impide, o mejor, realiza una expulsión de la participación en el proceso de decisión normativa, salvo de los órganos llamados consti-

<sup>89</sup> J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA: *La sanción y promulgación de la ley en la Monarquía parlamentaria*. Madrid 1987, págs. 87-88.

<sup>90</sup> GERBER: *Diritto pubblico...*, op. cit., parte III, pág. 157 y ss.

<sup>91</sup> C. DE CABO: «El Parlamento en el Estado del capitalismo avanzado», *Anales de la U. de Alicante*, 1982, núm. 1, pág. 99 y ss.; J. J. SOLOZÁBAL: «Representación y pluralismo territorial», en *Revista Estudios Políticos*, 1986, núm. 50, pág. 69 y ss.

tucionalmente a formar la voluntad legislativa del Estado. Sentar esta afirmación tiene interés no sólo para establecer una correspondencia entre construcción conceptual de la ley, procedimiento legislativo y forma de Estado <sup>92</sup>, que luego se recuperará, sino también por la recepción que todavía tienen determinados planteamientos de esta construcción que repercuten en el tema estudiado.

De manera muy distinta se plantea el problema desde la construcción formal del concepto de ley. La resolución constitucional del problema de la soberanía de acuerdo con la tradición revolucionaria sitúa la cuestión en otros términos. El elemento central, en lo que nos afecta, de esta formulación es la afirmación de la soberanía del Parlamento y en relación con ella la noción de representación sobre la que se asienta. Igualmente, la consideración de la ley en base únicamente a su procedencia y ritual de elaboración inciden en otro aspecto, que resulta esencial para poder abordar la participación de sujetos extrainstitucionales en el proceso legislativo, es la exclusión del contenido de la ley en toda consideración sobre la misma. La construcción de la ley formal en oposición al dualismo ley material-ley formal acentúa esa exclusión del contenido en el concepto de ley tanto como en el procedimiento, ello aunque cuando se habla de ley material en la tradición doctrinal no se alude nunca al contenido del mandato legislativo sino a los caracteres externos de éste. Como expresa CARRÉ DE MALBERG, la primacía de la ley es consecuencia no sólo de una determinada concepción de la relación entre los poderes Legislativo y Ejecutivo, afirmando la superioridad del Parlamento, sino también de una determinada concepción de la representación.

La ley es expresión de la voluntad general porque es obra de esa voluntad, es decir, de los representantes, asamblea elegida por los ciudadanos <sup>93</sup>. Los ciudadanos concurren a la formación de la ley a través de la elección de las asambleas legislativas que los representan.

Con esta expresión se evidencia la reducción que se opera de la participación a la pura elección. «La nación toma consistencia en los ciudadanos que la componen, ella no puede ser representada más que por el cuerpo legislativo..., de suerte que, finalmente, todos los ciudadanos concurren por intermedio de los representantes nacionales a la adopción de la ley <sup>94</sup>.

Las referencias a SIÈYES son expresas en la formulación de C. DE MALBERG, cuando define el régimen representativo en virtud de los mecanismos propios de la representación nacional, estableciendo una rela-

---

<sup>92</sup> S. GALEOTTI: *Contributo alla teoria...*, *op. cit.*, pág. 415 y ss. También, GUELI: «Concezioni dello Stato di Diritto e tecnica giuridica nella teoria del procedimento legislativo», en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 1956, pág. 949 y ss.

<sup>93</sup> C. MALBERG: *La loi, expression de la volonté générale*, *op. cit.*, pág. 16.

<sup>94</sup> *Ibidem*, pág. 17.

ción unidireccional de tal manera que la voluntad popular sólo puede ser expresada por medio de la Asamblea de diputados.

El paso de la concepción de ROUSSEAU a la soberanía nacional produce la «transustancialización de la sociedad civil, de los hombres en concreto, en una entidad abstracta universal<sup>95</sup>, posibilitando la ruptura de vínculos entre representantes y representados y la autonomización de los primeros después de la elección. En este sentido, la representación nacional ocasiona por vías indirectas similares efectos que las tesis organicistas; en definitiva, la representación se agota en la elección y sirve para la formación de órganos que responden en su funcionamiento a intereses distintos a los que la representación es susceptible de expresar. Pero esto es de sobra conocido, por lo que no se precisa mayor detención en ello. El monopolio institucional en la producción normativa otorgado al Parlamento se deriva de la consideración del cuerpo legislativo como representante único de la nación. Naturalmente, la afirmación de exclusividad, en relación a la representación, expresa la negación de todo pluralismo político-institucional en el proceso de formación del mandato legal y la afirmación de la soberanía-autonomía decisional de las cámaras en el mismo. «La voluntad general de la nación quedaría reservada como monopolio exclusivo al cuerpo de diputados.<sup>96</sup>»

Procedimentalmente esta concepción opera una depuración reduccionista del procedimiento legislativo, excluyendo aquellas fases que no sean estrictamente actos de poder legislativo, ilustra la rigidificación rigurosa de los sujetos y actos del proceso de elaboración de la ley y la expulsión del mismo de órganos, sujetos e intereses no correspondientes estrictamente a la función legislativa así definida. «Para que una operación concorra a la confección de la ley debe ser definida como acto de poder legislativo», dice C. DE MALBERG<sup>97</sup>.

Desde distintas posiciones, la construcción clásica del concepto de ley impide que pueda plantearse el problema de la participación del Estado-comunidad en la formación de las leyes<sup>98</sup>, lo contrario supondría romper el esquema liberal de relación entre los ámbitos del Estado y la sociedad.

## 2) Procedimiento legislativo y crisis de la ley

En consonancia con un concepto de ley que obvia cualquier referencia al contenido, el procedimiento legislativo, al que se le ha dedicado

<sup>95</sup> C. DE CABO MARTÍN: *Revisión histórico-política de la doctrina de la soberanía*. Salamanca 1980.

<sup>96</sup> C. MALBERG, *La loi, expression...*, op. cit., pág. 19.

<sup>97</sup> *Idem*, *Contribution...*, op. cit., pág. 378.

<sup>98</sup> E. DE MARCO: *La negociación legislativa*, op. cit., págs. 13 y 14.

escasa atención doctrinal y un tratamiento fundamentalmente descriptivo, es concebido como una noción formal que ha permitido también independizar el modo de elaboración de las normas de los contenidos de éstas. El procedimiento se define ante todo como una categoría conceptual ajena a aquélla del acto<sup>99</sup>. A pesar de los esfuerzos que en algunos casos se han hecho para distanciarse de la concepción formal heredada de la tradición administrativista y procesalista<sup>100</sup>, ésta todavía es punto de partida en el tratamiento de la cuestión<sup>101</sup>.

Al analizar las nuevas tendencias del procedimiento legislativo, donde se insertan los fenómenos de negociación, CIAURRO llamaba la atención respecto a la conexión inescindible entre crisis de la ley, Parlamento y procedimiento legislativo. La transformación de la ley produce también la ruptura de la consideración de la misma como típico acto del Parlamento conectado al tradicional monopolio de las Cámaras en la producción de las leyes<sup>102</sup>. Plantear la cuestión del procedimiento es recuperar la secuencia de implicaciones que se trasladan de cada uno de esos ámbitos al otro.

El hilo conductor que lleva hasta el planteamiento de la necesaria superación de los caracteres clásicos del procedimiento legislativo arranca en esa transformación de la ley, que es el punto de partida. La ampliación que formalmente se ha producido de los participantes en la elaboración de la norma y la más evidente irrupción social en los procesos normativos se explica por la función desempeñada por la legislación. No hay duda de que las dos cosas están en una estrecha relación. La ampliación de los sujetos formalmente habilitados o de hecho llamados a participar en el proceso de formación de la norma está en gran parte determinado por el hecho de que la producción legislativa incide directamente en la distribución de rentas y recursos y tiene unos efectos directos e inmediatos en estos planos<sup>103</sup>. De ahí que el procedimiento legislativo pase a tener una consideración central en cuanto se configura como uno de los lugares donde se plantean el conflicto de intereses que deberá mediar la norma. De esta manera la separación que formalmente se realiza por la doctrina entre proceso y procedimiento debe perder cada vez más validez y progresar una tendencia hacia la comprensión unitaria de estos dos planos.

El procedimiento legislativo en este caso no puede ser considerado exclusivamente como simple serie de actos parciales ordenados en rela-

<sup>99</sup> S. GALEOTTI: *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, op. cit., pág. 38.

<sup>100</sup> S. GALEOTTI intenta una construcción que pretende una síntesis de la noción formal y sustancial de procedimiento, pero en última instancia mantiene una incomunicación por exigencias dogmáticas de los momentos correspondientes a la elaboración y el producto.

<sup>101</sup> Ver estudios recientes. Entre nosotros, por ejemplo, María Asunción GARCÍA MARTÍNEZ: *El procedimiento legislativo*. Madrid 1987, pág. 17 y ss.

<sup>102</sup> G. F. CIAURRO: *Le istituzioni parlamentari*. Milán 1982. Introducción y págs. 23-32.

<sup>103</sup> P. BARCELLONA: «Legislazione e consenso sociale», en *Il Parlamento tra crisi e riforma*. Milán 1985, pág. 35 y ss.

ción con un resultado final olvidando cuál es su culminación. Semejante concepción sólo es permisible, a lo sumo, en el dominio de la función judicial, no en la legislativa o administrativa. En aquélla resulta evidente que el proceso cobra una importancia esencial en sí mismo en la medida en que con él se actúa la garantía jurisdiccional; la garantía está en el proceso, no en el resultado del mismo (sentencia), ello se debe a consideración de los sujetos implicados en el mismo y a los intereses que absuelve el proceso judicial.

El procedimiento y el proceso se plantean en la función legislativa y administrativa de forma radicalmente distinta. Desde nuestra perspectiva, y después de las transformaciones del modelo del Estado de Derecho liberal, se constituye no como garantía, en su existencia, por su regulación formal, sino como lugar de participación que posibilita la composición de intereses afectados por el resultado final del mismo <sup>104</sup>.

Las reflexiones que parte de la doctrina administrativista ha realizado sobre la participación social en las funciones administrativas reproducen un problema similar, en la medida en que las transformaciones de la Administración responden a las mismas causas, que la crisis de la ley. Son otra cara del mismo problema. A la Administración imparcial, le corresponde la función administrativa concebida como traducción en términos dinámicos del ordenamiento, frente a esa vieja concepción de la relación administrativa, emerge otra que no es traducción de fines y normas preestablecidas, no es reflejo de una inmediatez en la relación norma-acto de la Administración, sino proceso en el cual las relaciones con los operadores sociales se definen mediante la localización de objetivos comunes <sup>105</sup>.

También aquí el procedimiento se configura como canal de participación, en la medida en que operada la desconexión norma-acto, propia del Estado de Derecho, la autonomización de la Administración convierte a ésta en canal privilegiado para actuar en la mediación del conflicto <sup>106</sup>. En la Administración como en la legislación se ha operado la transformación del procedimiento como garantía al procedimiento como participación, aunque esta evidencia tenga escasos niveles de traducción positiva...

La coincidencia de los procesos y la extrapolación de las reflexiones del ámbito administrativo al legislativo viene autorizada por la difuminación de las fronteras conceptuales entre el resultado de ambas funciones, de tal manera que la distinción norma-acto ya no es el criterio clave para su de-

<sup>104</sup> G. BERTI: «Procedimento, procedura, partecipazione», en *Studi in memoria di E. Guicciardi*. Padua 1975, pág. 779 y ss.

<sup>105</sup> *Idem*, «Rapporto amministrativo nella costruzione giuridica dello Stato», en *Studi in onore de C. Mortati*. Roma 1977, pág. 39 y ss.

<sup>106</sup> M. A. GARCÍA HERRERA: «Administración e intereses en la Comunidad Autónoma del País Vasco», en *Revista Vasca de Administración Pública*. 1987, núm. 19, pág. 61 y ss.

finición. Ya hemos dicho que fenómenos aparentemente contradictorios conducen a causas comunes.

La administrativización de la función legislativa coincide con la deslegalización de amplios sectores normativos a través de técnicas diferenciadas (delegación legislativa, decretación de urgencia, etc.), de tal manera que la normación estatal escapa a las fronteras legislativas.

La claridad con que se plantea la cuestión del procedimiento en la función administrativa deriva del lugar que ocupa ésta en la relación del poder público con la sociedad. Aunque la posición no sea la misma en el caso de la legislación, los problemas de fondo se plantean en términos similares con lo que la utilización de estos paralelismos está justificada, éstos son la nueva relación entre intereses, procedimiento y resultado del mismo. La conexión entre intereses-medida e intereses-norma (a menudo formulada como ley medida) refleja similares procesos, máxime cuando la participación social en la legislación no puede reconducirse a la fórmula liberal conectada con la soberanía parlamentaria, expresión de la sociedad. En definitiva, la cuestión de la participación en el procedimiento propone el tema de la eficacia de la norma en dos momentos de su vida, la génesis, como garantía preventiva y la actuación de la norma, respondiendo en ambos casos a la misma lógica.

En definitiva, la valoración de procedimiento ha variado sustancialmente. De ser un elemento formal, reflejo de la antítesis forma-contenido, que agota su valor en la producción del acto, ha pasado a tener una dimensión sustancial conectada al resultado del mismo, respondiendo así a las exigencias propias del Estado interventor. El procedimiento deja de ser lugar de confrontación entre autoridad y libertad (procedimiento-garantía) para convertirse en «una verdadera técnica de distribución del poder»<sup>107</sup>.

### 3) *La participación en la elaboración de las leyes*

En el Estado de Derecho liberal la previsibilidad y certeza del derecho estaba confiada a los caracteres formales de la normación, la propia legitimación del poder era esencialmente normativa conectada a esos caracteres y a los mecanismos procedimentales de su formación, lo que permitía también una relación con los institutos de la democracia representativa en un proceso de recíprocas interconexiones. Las necesidades de previsibilidad en relación con la acción normativa del Estado se plantean

---

<sup>107</sup> Mario Nigro: «L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali», en *Manuale di diritto pubblico*, VV. AA., Bolonia 1984, pág. 605 y ss.

de forma diferente en una forma de Estado que transforma los principios de ese Estado de Derecho <sup>108</sup>.

El ocaso de la ley general transforma las anteriores necesidades de certeza y lo plantea en términos de efectividad y factibilidad que en cuanto ya no es reproducible el esquema anterior éstas no pueden ser confiadas a los efectos legitimantes de las instituciones representativas, al menos en exclusiva. De esta manera se pasa de la aceptación general de la acción normativa del Estado, en virtud de la legitimación formal que operaba el modo de producción y la forma de las normas, a una pérdida del consenso generalizado en la actuación del poder público, que llega ahora a estar necesitado de una aceptación que se otorga a cada medida individualizada.

La pérdida de eficacia del mecanismo legitimador global propio de la tradición del sistema formalista liberal coloca al poder público frente a nuevas necesidades que se resuelven en el otorgamiento de consensos parciales, conforme a los caracteres de una legislación que incide de forma inmediata y directa en los intereses. La normación concreta precisa de puntuales y específicos soportes legitimantes, a diferencia de la ley abstracta conectada a otros procesos que garantizaban su aceptación; esto parece estar implícito en la propia concepción de la ley, medida como acto normativo, que conecta medios y fines, como mandato legal destinado a producir determinados efectos que, a menudo, pretenden recabarse también de específicos sujetos destinatarios del mandato. De esta manera la existencia del consenso respecto a la ley no está ya implícita en las instituciones de la democracia representativa sino que va construida sobre cada medida <sup>109</sup>.

La ampliación del procedimiento legislativo, la más genérica participación de los intereses en el proceso de decisión normativa, y la consecuente corresponsabilidad de éstos en el momento de actuación de la ley, remiten a problemas más generales conexos a las transformaciones derivadas del Estado Social, que se materializan en ámbitos tales como la representación, la propia actuación de las instituciones representativas y, genéricamente, en la acción de los poderes públicos. Aspectos, todos ellos, presentes en la producción doctrinal realizada en torno al fenómeno «neocorporativo» que reformula la relación intereses-Estado en clave notoriamente distinta de la clásica derivada de la tradición del Estado de Derecho liberal.

Dos dinámicas aparecen como confluyentes, la intervención del Estado y la socialización de la política, como fruto de la interiorización en el ámbito institucional de la esfera social antes autónoma. Ello plantea el en-

---

<sup>108</sup> E. TUCCARI: «Appunti per una teoria sulla normazione negoziale», en *Rev. Trim. Diritto Pubblico*, 1986, núm. 1, pág. 76 y ss.

<sup>109</sup> COCOZZA: *Collaborazioni preliminari al procedimento legislativo*, op. cit., pág. 128.

cuentro de las dos esferas, coincidiendo en procesos aparentemente contradictorios como la privatización de lo público y la publicación de lo privado. Por una parte, la asunción de funciones inherentes al aparato estatal, en la tradición anterior, por parte de sujetos privados que obtienen reconocimiento del poder, y por otra, la nueva dimensión que ostentan los intereses, en absoluto ajenos ya al discurso estatal.

De esta manera, pierde capacidad de análisis la lógica institucional para explicar las dinámicas que se generan en el seno del Estado Social. Éstas aparecen más claramente evidenciadas en ámbitos de actuación menos rigidificados, como lo es la Administración del Estado Social; los procesos normativos, sin embargo, aparentemente resultan más impermeables a una reformulación en la clave señalada, lo que no quiere decir que no les afecten de forma similar. La mayor rigidez institucional y procedimental que presenta el ámbito normativo tiene que ver con la centralidad que se reconoce a la ley en el sistema y a las funciones legitimantes que las instituciones representativas cumplen, de la misma forma que lo hace la propia alusión al Estado de Derecho en el propio contexto actual.

Sin embargo, como decía G. PELAYO, «la posición central que ocupaba antes el concepto de ley en la teoría del Estado tiende a ser sustituida por el concepto de decisión del que las normas jurídicas serían un caso particular»<sup>110</sup>.

Por ello parece necesario hacer entrar en el tratamiento del tema la elaboración doctrinal que en general aborda la relación de los intereses organizados con la actuación de los poderes públicos, brindando un marco general de interpretación del específico fenómeno de la participación de éstos en las decisiones normativas.

La reflexión sobre la contratación de las decisiones como forma de suscitar el consenso y la eficacia de las decisiones del Estado aparece realizada en el marco general de lo que se ha denominado democracia consociacional, caracterizada por su carácter meramente consensual que expresa una reducción de la confrontación política dentro de unos márgenes permisibles para el sistema y una dinámica relacional entre el poder público y los agentes sociales y políticos en clave de integración<sup>111</sup>.

El surgimiento de esta nueva dinámica política se hace sobre la base de las transformaciones del Estado liberal. En este sentido, no debe olvidarse que la construcción del Estado Social es, en gran medida, un proceso político de integración y éste produce una reordenación de los mecanismos

<sup>110</sup> G. PELAYO: «Las organizaciones de intereses y la teoría constitucional», en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid 1982, pág. 108 y ss.

<sup>111</sup> L. FERRAJOLI: «¿Existe una democracia representativa?», en *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*. Barcelona 1980, pág. 21 y ss.

políticos anteriores, pensados con una lógica de exclusión y representación exclusiva y homogénea de los intereses de clase.

La representación política anclada en los principios liberales comienza a transformarse conforme avanza el proceso de integración, expresada tanto en la ampliación del sufragio como en la admisión al sistema de los partidos y organizaciones representantes del movimiento obrero, y culmina su proceso de devaluación como mecanismo de formación de la decisión y del consenso, con las exigencias que impone el sistema a los instrumentos de mediación política clásica (partidos).

Si bien el Estado Social ha sido definido también como Estado de partidos y la irrupción de éstos se ha señalado como característica propia de esta forma de Estado, los propios procesos políticos incubados en el seno del Estado Social explican la crisis del papel mediador del partido y la aparición de los intereses organizados demandando una mediación y participación en la génesis decisional.

La institucionalización del Estado de partidos propia del Welfare State fue consecuencia de la integración de intereses que precisaban los procesos de desarrollo capitalista; sin embargo, los procesos económicos y sociales iniciados en el seno de esta forma de Estado desbordaban la fórmula del Estado de partidos por el vaciamiento de función específica. Se exige del partido actual la integración de los intereses globales pero ello le obliga a devaluar su papel de mediación política.

Son lugares comunes en la doctrina la afirmación del paso de los partidos de representación de específicos intereses relacionados con su base social a los partidos *prende tuto*, en la expresión italiana, al partido profesional-electoral. Este tránsito evidenciado en la concepción del partido como cuasi órgano del Estado, en el paso de la frontera del Estado comunidad al Estado aparato y en el reduccionismo de su función política a la selección personal para la conformación de los órganos del Estado, es la causa de su inhabilitación para continuar ejerciendo como mediador de intereses. Todo ello obliga a realizar funciones de suplencia política en el sistema a organizaciones de intereses que establecen directamente la relación con unos poderes públicos necesitados de garantizar el resultado de consenso que ya no está garantizado por el entramado representativo.

La crisis de las instituciones representativas y de los mecanismos de organización de aquéllas provocan la evidencia de intereses corporativizados, notorializados, por decirlo de alguna manera, se produce frente a la incapacidad de mediación global la presencia de microintereses que reclaman su acceso al sistema.

El resultado aparece claro. La necesidad de suplir los déficit de legitimidad que producen el deterioro de los canales anteriores obliga al otorgamiento de un *status* público a los intereses organizados y a la per-

manente contratación de decisiones para articular el consenso sobre estas nuevas bases.

La democracia consociacional, neocorporativa, contractualización de los procesos decisionales son términos que definen la misma realidad, la descomposición de los mecanismos decisionales tradicionales, la articulación de otros mecanismos sobre la base de la contratación política de intereses específicos, sectoriales y corporativizados que permiten reconstruir el consenso sobre la base de los específicos límites que establece el sistema <sup>112</sup>. El espacio de actuación de las democracias es cada vez menor y en él se apiñan los partidos. Estas democracias se han convertido en «objetivamente consensuales», en las que cada vez es más necesario estar de acuerdo en lo fundamental y en las que la razón de Estado... abarca nuevos ámbitos y cuestiones y aparece dotada de una *vis* expansiva que progresivamente conquista espacios a la razón específica de partidos <sup>113</sup>.

Desde esta perspectiva, entendido el proceso de elaboración del mandato legal como una específica decisión política, la contratación política por los sujetos afectados (organizaciones de intereses o incluso sujetos públicos portadores también de específicas demandas) es un prerrequisito del consenso y aceptación de la norma, funciona esta negación como consenso social preventivo, que permite garantizar la colaboración posterior en su actuación. En la normación del Estado intervencionista no cabe distinguir netamente entre el momento de producción y el de actuación de la misma, la decisión se articula como proceso, como corresponde al propio concepto de medida, ésta cobra su sentido en cuanto dirigida a un fin y como tal debe garantizar la producción de los efectos deseados.

Dentro de estas consideraciones, cobra sentido la preocupación reciente de la doctrina por actuación de las leyes, trasladando las posibles soluciones a la fase previa de la elaboración en dirección a garantizar la ulterior y real aceptación de la norma. El reciente debate que ha tenido un sorprendente éxito de acogida doctrinal, sobre la factibilidad de las leyes, no hace sino tecnificar esas exigencias de fondo que presenta el siste-

<sup>112</sup> Sobre las cuestiones suscitadas neocorporativismo, democracia consociacional y dinámica política de contratación entre intereses y poderes públicos, véase el volumen *La Sociedad neocorporativa*, Bolonia 1981, con recopilación del debate sobre el neocorporativismo, con las formulaciones de SCHMITTER, LEHMBRUCH, PARITCH, etc., y una introducción de M. MARAFI, a modo de estado de la cuestión. Para más recientes aportaciones sobre el fenómeno y su evolución, ver el volumen a cargo de S. BERGER: *L'organizzazione degli interessi nell'Europa Occidentale*. Bolonia 1984. También, J. H. GOLDTHORPE: «The end of Convergence: Corporatist and dualist tendencies in modern Western Societies», en *Order and conflict in contemporary capitalism*. Clarendon Press, Oxford 1984; C. OFFE: «L'attribuzione dello status pubblico ai gruppi d'interesse: osservazioni sul caso della Germania Occidentale», en *L'organizzazione degli interessi nell'Europa Occidentale*. Bolonia 1983, pág. 165 y ss.

<sup>113</sup> C. DE CABO: *La crisis del Estado Social*, *op.cit.*, pág. 62.

ma <sup>113 bis</sup>. Es sintomático a estos efectos el diagnóstico que la comisión parlamentaria italiana sobre la factibilidad y aplicabilidad de las leyes ha efectuado. Entre las causas que explican la no factibilidad de éstas se encuentra en lugar destacado la falta de previsión de la reacción de los grupos interesados en las leyes <sup>114</sup>. Tampoco sorprende que las propuestas de soluciones a presentar se dirijan hacia la procedimentación de la presencia de los grupos afectados.

La garantía de la eficacia de la norma en la actuación de la misma se consigue en la fase previa, mediante alguna forma de implicación de intereses en el proceso de elaboración. A través del concurso en diversa medida de los destinatarios se pretende una adhesión preventiva a los contenidos de los mandatos normativos y así su eficacia real. De forma que el procedimiento por sí mismo deviene la fuente de legitimación de la decisión vinculante <sup>115</sup>.

La procedimentalización como respuesta de la normación en su búsqueda del consenso es la misma respuesta que en otros ámbitos ensayó la solución neocorporativa para la integración de intereses.

De hecho, cuando se aborda la colaboración de los intereses en la fase de actuación de la ley se asiste a una crítica de la doctrina sobre la insuficiencia de esa actuación a *posteriori* reclamando la intervención preventiva propia de estas tesis <sup>116</sup>.

Las propuestas que desde esta perspectiva, análisis de la factibilidad de las leyes, afectan técnicamente a la fase previa al procedimiento legislativo aunque a veces sus propuestas inciden sobre éste, en una suerte de terapia preventiva, insisten también en considerar la formación de las leyes como un proceso decisional donde los planteamientos esencialmente jurídicos son un componente más.

El debate sobre el tema cobra vigor en la década de los setenta y se extiende con rapidez a casi todos los países del ámbito occidental <sup>117</sup>, aunque en su formulación aparecen revestidas estas tesis de un ropaje tecnicista, «El análisis de factibilidad de las leyes puede definirse como una investigación técnica dirigida a verificar preventivamente la idoneidad de un texto normativo, interna... y externamente ... y del contexto del cual va

---

<sup>113 bis</sup> A modo de reseña ver el número monográfico dedicado al tema por *Studi Parlamentari e di politica costituzionale*, 1977, núm. 38. También resume los aspectos sobre los que se centran las propuestas y su instrumentalización G. U. RESCIGNO: «Le tecniche di progettazione legislativa», la misma revista, 1984, núm. 60, pág. 5 y ss.

<sup>114</sup> COCOZZA, *op. cit.*, pág. 5.

<sup>115</sup> BARCELLONA: «Legislazione e consenso sociale», *op. cit.*

<sup>116</sup> R. BETTINI: «Effettività ed efficacia della legislazione», en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*. 1984, núm. 66, pág. 31 y ss., nota 58, analizando la tesis de M. CAMELLI sobre la administración por colegios.

<sup>117</sup> Ver reseña bibliográfica y pronunciamientos parlamentarios sobre el tema en R. BETTINI, *op. cit.*, notas 2 y 3.

destinado a insertarse, a realizar sus objetivos y a conseguir los resultados queridos y perseguidos explícita o implícitamente en el texto»<sup>118</sup>, deben insertarse dentro de esas exigencias del consenso preventivo señaladas. Éstas no hacen sino reproponer los viejos problemas de la relación de la eficacia con la efectividad y, en gran medida, lo hace sobre la base de la implicación de los afectados por la norma.

#### IV. LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN-NEGOCIACIÓN LEGISLATIVA

##### 1. Proceso y procedimiento legislativo

###### 1) *Una concepción flexible del proceso decisonal*

Hemos aludido ya a la recepción doctrinal de la participación en la elaboración de las leyes que se realiza, pese a la preocupación evidenciada, sobre la base de la separación en dos planos distintos, de las cuestiones referidas a la regulación técnica y la propia participación social, de tal manera que el tratamiento de la cuestión permanece en gran medida ajeno a las consideraciones que se realizan sobre el procedimiento legislativo. Se distingue entre procedimiento y proceso y a menudo se contraponen.

Procedimiento es aquella secuencia de actos prevista por las normas sobre la producción normativa, contemplada desde que la propuesta normativa entra en el Parlamento y hasta la definitiva formación de la ley<sup>119</sup>.

Proceso es un término que viene destinado a permanecer en el ámbito de la dinámica social, no contemplable con una óptica normativa y que acontece a espaldas de la previsiones legales.

Proceso y procedimiento coinciden en la descripción de un mismo fenómeno, ambos explican la producción de un mismo acto; sin embargo, el segundo permanece en la esfera de lo normativo y es objeto de precisa regulación.

Las superposiciones continuas que se producen en el contenido de ambos conceptos y la manifiesta insuficiencia de un tratamiento técnico

---

<sup>118</sup> G. U. RESCINGNO, *op. cit.*

<sup>119</sup> A. PREDIERI: *Aspetti del proceso legislativo in Italia, op. cit.*

procedimental debiera llevar a la superación de la división y a una consideración global de ambos, concibiendo el procedimiento como «proceso global de decisión en las leyes».

En nuestra consideración de la cuestión, junto a las tradicionales fases del procedimiento legislativo, introductoria, de liberación y resolución, necesariamente debe contemplarse la formación de la iniciativa, desplazada del procedimiento legislativo por la doctrina tradicional cuyo punto de partida es la presentación de ésta a las cámaras. La formación de la iniciativa entra dentro de lo que hemos denominado proceso en contraposición a procedimiento y resulta ser el lugar informal y privilegiado de la participación en la formación de las leyes. Habitualmente, la formación de la iniciativa está escasamente regulada, por lo que estos procesos acontecen de manera informal.

En el tema que nos ocupa, se evidencia con mayor nitidez que desde otras posiciones la necesidad de ampliar el propio concepto de procedimiento para dar cabida a la reflexión sobre la participación, si no quiere reducirse ésta a los escasos momentos en los que se admite el acceso de órganos y sujetos ajenos a las cámaras y al procedimiento.

Cierto que en un caso la interlocución negociada tiene como protagonista no al órgano legislativo, sino, esencialmente, al gobierno, titular privilegiado de la iniciativa, y en otro es el Parlamento la sede de composición de intereses. Igualmente parece cierto que la colaboración en la formación de la iniciativa acaba por configurar un acuerdo del que nace ésta y condiciona la tramitación y la decisión parlamentaria, funcionando el acuerdo como verdadera fuente de la decisión normativa en el sentido del acto que la origina. De estas consideraciones derivan los problemas, reseñados en parte, en el tratamiento de la cuestión.

Sin embargo, esto no autoriza a prescindir de la consideración de estos comportamientos integrándolos en un esquema analítico global no sólo porque son manifestaciones del mismo fenómeno sino porque el procedimiento legislativo se ve influenciado por estas prácticas de tal manera que obviarlas es tanto como no explicar el resultado legislativo.

## *2) El acuerdo como prerrequisito del resultado normativo*

Lo común a los distintos procesos de negociación legislativa es precisamente que la negociación y su resultado se constituyen como condición del propio acto resultante del proceso legislativo. Aunque la atribución de la función legislativa recae en exclusiva en las cámaras y formalmente le es imputable el acto normativo, su contenido, en gran medida, resulta prefijado en el proceso, de tal forma que la intervención de los órganos parlamentarios cumple funciones de sanción más que ejercicio del poder

normativo autónomo. En otro caso, la mediación que puede realizar el Parlamento se sitúa en la concepción del proceso legislativo como un continuum negocial sobre bases prefijadas.

Puede ser también que el propio acuerdo condicionante del mandato legislativo formal se obtenga en sede parlamentaria pero en ambos casos el acuerdo negocial resulta la base de decisión.

La necesidad racional de fundar la ley en el acuerdo contrasta con la herencia dogmática de la concepción de la ley y el poder legislativo, acabando por escindir la decisión formal del proceso real de establecimiento del contenido de la norma. Permanece todavía el problema de cómo caracterizar el acuerdo y definir sus efectos desde el punto de vista jurídico, de manera que el fenómeno real, admitido en general como una situación de hecho propia de las relaciones políticas del Estado posliberal, carece de una integración jurídica en el sistema. La socialización de la ley en el Estado pluriclase no alcanza a expresarse en términos jurídicos.

Los conceptos de legislación pactada o contratada, con tener cierta aceptación doctrinal, sólo consiguen expresar la sustancia del fenómeno pero no determinar los efectos del acuerdo en la decisión parlamentaria, que permanecen dentro de la lógica política, pues como acertadamente observa APARICIO «el poder público se obliga privatísticamente mas no por ello pierde su condición soberana» (lo cual quería decir, en términos más simples, que no se obliga o que se obliga en condiciones distintas a las propias que rigen en el contrato) <sup>120</sup>.

Las referencias que alguna doctrina hace a la figura de las convenciones constitucionales para dotar de cobertura jurídica al problema fueron un intento de resolver la cuestión <sup>121</sup>, posiblemente no muy exitoso, pues como han señalado algunos autores los caracteres de las convenciones constitucionales propios de la tradición inglesa no son extrapolables a otros ordenamientos <sup>122</sup>.

RESCIGNO sitúa el nacimiento de las convenciones, entre otras causas, en la oportunidad política de que la relación se deje a la autonomía de los sujetos implicados o porque una regla jurídica podría no existir para esas situaciones <sup>123</sup>. Caracteriza específicamente a las prácticas de acuerdo entre gobierno y sindicatos como convenciones constitucionales <sup>124</sup> que

<sup>120</sup> M. A. APARICIO PÉREZ: «¿Hacia una nueva figura de actos políticos del Gobierno?», en *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*. Barcelona 1985, pág. 185 y ss.

<sup>121</sup> E de MARCO: *La negoziazione legislativa*, op cit., pág. 279 y ss., adopta la construcción de Rescigno como fundamento jurídico del fenómeno.

<sup>122</sup> Ver PANUNZIO: «Sulla partecipazione del sindacato alle funzioni pubbliche», en *Diritto e Società*, núm. 1.

<sup>123</sup> G. U. RESCIGNO: *Le convenzioni costituzionali*. Padua 1972, pág. 24.

<sup>124</sup> *Ibidem*, pág. 37-39.

se sitúan junto a reglas legales, formalmente en vigor, pero que con su práctica las vacían de contenido, deviniendo la norma un mero elemento formal. El problema continúa y no se resuelve en la medida en que la norma legal sigue teniendo plenos efectos jurídicos y, en este caso, la convivencia resulta altamente contradictoria.

Distinta óptica de análisis se deriva de considerar el problema desde el punto de vista de las fuentes, aunque en algunos casos tienen cierta coincidencia. Va abriéndose paso, cada vez más, una ampliación del concepto de fuentes, de por sí dúctil, de tal manera que puedan recogerse en él estos fenómenos contradictorios y dotarles de relevancia en este orden, es decir, producción de ciertos efectos en el orden jurídico. La distinción de PIZZORUSSO entre fuentes legales y «fuentes *extraordinem*» tiende a señalar la existencia de convivencias contradictorias entre distintos actos que pueden producir efectos. Estas fuentes no están reguladas por el ordenamiento, sin embargo se presentan «como manifestación inmediata del principio de efectividad»<sup>125</sup>.

A semejante conclusión, consideración como fuente productora de efectos, se llega a través de los planteamientos de RUGGERI, que propone una integración de las fuentes productoras de normas, formalmente definidas, con las que él define como fuentes axiológicas, permeables a los valores propios de las sociedades pluralistas posliberales y, en especial, a la participación de los intereses. Evidencia también la necesidad de traspasar el umbral de la concepción formal del procedimiento, en especial el legislativo por lo que afecta al sistema de fuentes, para pasar a otra sustancial y colocar en esta dinámica el surgimiento del acto normativo<sup>126</sup>.

Parece, pues, que procede sustancializar la concepción de las fuentes. En este nuevo concepto tiene cabida y se explica la colaboración de los acuerdos entre intereses organizados y poderes públicos en la producción de mandato legal. Los acuerdos descritos tendrían una consideración de fuentes negociales (fuente en sentido sustancial) y operarían con ese carácter, actuando en el procedimiento legislativo en un doble sentido: por una parte, materializando el acuerdo en el resultado final normativo, y por otra, permitiendo revisar los términos del pacto de partida.

El acuerdo funciona como fuente sustancial del resultado normativo, que es fuente formal de derecho. Esto de manera similar al complejo de relaciones que cabe establecer entre constitución formal y material, pudiendo además entenderse que es en esta última, como se verá, donde encuentra legitimidad esta fuente sustancial.

<sup>125</sup> A. PIZZORUSSO: *Lecciones de Derecho constitucional*, vol. II. Madrid 1984 pág. 421 y ss.

<sup>126</sup> A. RUGGERI: *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*. Milán 1977, en especial los apartados 13, 14, 15 y 16, pág. 247 al final.

## 2. La participación en el proceso legislativo

A efectos sistemáticos, y en correspondencia con la distinción entre proceso y procedimiento, podemos distinguir entre la colaboración dentro del procedimiento legislativo estricta y formalmente considerado y la que acontece a las puertas del mismo.

La primera está caracterizada por su procedimentalización, más o menos rigurosa, insertada en la previsión de actos ordenados a la producción de la ley, y en este caso el protagonista del consenso preventivo es el propio poder legislativo con lo que los problemas planteados con anterioridad se encuentran más mitigados. La segunda está por lo habitual escasamente regulada; aunque no siempre acontece así, el protagonista en este caso es el Gobierno o incluso, más genéricamente, la Administración.

Como hemos aludido, lo que acontece en las puertas del procedimiento se resume esencialmente en la formación de la iniciativa legislativa. Si bien ésta se regula constitucionalmente, reconociendo a una pluralidad de sujetos institucionales su ejercicio, lo habitual es que la iniciativa del ejecutivo sea la privilegiada, de manera que es en la formación de los proyectos de ley donde se desarrollan estos procesos. La iniciativa legislativa, por contra de lo que sucede con el procedimiento (desde el momento en que las cámaras tienen noticia de ella), está escasamente regulada, las alusiones constitucionales suelen referirse a la delimitación de los sujetos y órganos que pueden ejercerla.

Intentar una tipificación de las fórmulas a través de las cuales se canaliza esta participación en la decisión que dará lugar a la iniciativa legislativa resulta arduo y en gran parte ineficaz, pues de la clasificación hipotéticamente resultante no es posible extraer conclusiones respecto a los efectos condicionantes que ésta tenga en las decisiones gubernativas. Así, la distinción de AMATO<sup>127</sup> entre participación regulada en el interior del procedimiento de formación de la voluntad gubernativa y participación no regulada tiene un valor esencialmente descriptivo. La sistematización que puede realizarse en base a las funciones llamadas a realizar en esta participación, audiencia, emisión de pareceres o propuesta, tampoco expresan el grado de condicionamiento del ejecutivo ni el nivel de contratación de la decisión a que dan lugar. Lo esencial es considerar a todas las previsiones de participación como sedes de contratación política potencial.

---

<sup>127</sup> G. AMATO: «Nuove tendenze nella formazione degli atti governativi de indirizzo», en *Riv. trim. di Dir. Pubb.* 1970, pág. 92 y ss.

Ciertamente, la procedimentalización que se aprecia como tendencia <sup>128</sup> en la formación de la iniciativa referida a la participación de intereses tiene límites fijados de tal manera que no puede pretenderse que como resultado de ésta se configuren verdaderos requisitos procedimentales precisos para la formación de las leyes, aunque haya algunos autores que han explorado esa posibilidad <sup>129</sup>.

Habitualmente, la procedimentalización de la fase de formación de la iniciativa, referida a la participación de intereses, viene concretada en la obligación de oír a éstos para los proyectos de ley que afecten a materias de su interés, o bien a la emisión de pareceres por parte de estas organizaciones.

Excepcionalmente, intereses locales u órganos auxiliares, con representación de organizaciones de intereses, tienen capacidad de propuesta, conectando esta fase previa al procedimiento legislativo con la contratación de los contenidos de la ley.

La experiencia de estas prácticas ha sido especialmente amplia en el ámbito de la política económica y social en general, constituyendo una constante, hasta tiempos recientes, en el marco de la planificación económica <sup>130</sup>. También en determinados casos la regulación de las condiciones de trabajo y retributivas de los empleados públicos ha brindado un campo de experiencias muy significativo <sup>131</sup>. Desde finales de los sesenta, en Italia, la contratación entre Gobierno y Sindicatos en este sector permite hablar de la introducción de un tipo de normación contratada <sup>132</sup>, en la medida en que la disciplina de estos aspectos se adopta sobre la base de acuerdos previos y periódicamente renovables, incluso se consagra positivamente a éstos como momento decisivo en la determinación del contenido legislativo. La normativa actual en la materia, en gran parte deslegalizada, consagra ese principio negociador y constituye un ejemplo del proceso aun a pesar de no caer ya dentro del ámbito legislativo. Junto a estas formas procedimentalizadas de participación aparece la contratación directa sobre proyectos de ley con el Gobierno. Ciertamente, a pesar de las tendencias a la procedimentalización señaladas sigue siendo esta relación flexible e informal el canal preferente de comunicación de los inte-

<sup>128</sup> D. A. CERRATI: *Comentario della costituzione* (a cuera de G. Branca), art. 71, tomo I.1. Roma 1985, pág. 61 y ss.

<sup>129</sup> CERVATI, *op. cit.*, recoge la alusión a alguna doctrina alemana que ha estudiado la posibilidad de recurrir al T. Constitucional federal, en base al art. 93.1 de la Constitución, por parte de las asociaciones que tengan reconocida la potestad de ser oídas en la fase preparatoria de la iniciativa. Nota 3.

<sup>130</sup> E. DE MARCO: *La negoziazione legislativa*, *op. cit.*, pág. 217 y ss.

<sup>131</sup> M. PATRONO, voz «Procedimiento legislativo», en *Novissimo digesto apendice*, 1984, pág. 1343 y ss.

<sup>132</sup> E. DE MARCO, *op. cit.*, pág. 240.

reses con los poderes públicos, precisamente por su falta de rigidez en la articulación de la relación.

Posiblemente la utilización de esta vía así como las otras soluciones descritas tengan su origen en la insuficiencia crónica de los Consejos económicos y sociales para realizar esas funciones de condicionamiento-participación en la legislación. Estos órganos no funcionan como sedes privilegiadas para articular la relación entre los poderes públicos y los intereses, como pudieron haber sido concebidos, sino que desempeñan en este sentido un papel de escasa relevancia frente a la inmediatez de los contactos directos<sup>133</sup>. Por otra parte, tampoco la procedimentalización intra-parlamentaria ha previsto mecanismos de participación privilegiada de los intereses como para evitar y privar de atractivo a la relación directa. La ausencia de estos canales y las preferencias por la contratación directa ha llevado a ambos interlocutores, Gobierno y agentes sociales, a evitar al máximo la mediación parlamentaria, prefiriendo en ocasiones la vía del decreto-ley a la pura negociación de la iniciativa legislativa.

La preferencia demostrada por la relación directa con el ejecutivo no debe sorprender por concordar con fenómenos ya aludidos en la crisis de la ley como son la deslegalización cada vez más amplia de un mayor número de materias y la despoticación del Parlamento.

### 3. La participación en el procedimiento legislativo

Es lugar común admitir<sup>134</sup> que el procedimiento legislativo comienza con la presentación de la iniciativa a las cámaras. Excluidos del mismo los actos conducentes a la formación de aquélla, nos referimos ahora a la participación en sede parlamentaria en la deliberación de la propuesta, que ha podido presentarse por una pluralidad de sujetos autorizados.

Es hora de recordar la relación existente entre normación concreta del Estado Social y la participación de los intereses en el procedimiento legislativo. Ésta se explicaba en virtud de la relevancia del contenido legislativo respecto a los intereses y a su eficacia inmediata en orden a la distribución de recursos, en contraposición con la ley general y abstracta. Es esta específica caracterización de las leyes medida lo que, en opinión

<sup>133</sup> Para una historia de la contratación de la iniciativa legislativa en Italia y algunas reflexiones en este sentido, F. COCOZZA: «Negoziazione dell'esecutivo e formazione delle leggi», en *Le istituzioni nella recessione*, VV. AA. Bolonia 1984, pág. 193 y ss.

<sup>134</sup> F. SANTAOLALLA: *Derecho parlamentario español*. Madrid 1984, pág. 215; M. Asunción GARCÍA MARTÍNEZ: *El procedimiento legislativo*, op. cit., págs. 22-24; GALEOTI: *Contributo alta teoria...*, op. cit., pág. 186, etc.; en contra, C. MALBERG: *Le loi, expression...*, op. cit.

de MORTATI, autoriza un tratamiento diferente del proceso de elaboración. El principio representativo se configuraba como exclusivo en la lógica de la legislación general. En la normación concreta decae la exclusividad de ese principio, reclamando la intervención de los intereses afectados y la incompatibilidad de los principios clásicos del procedimiento legislativo. Así, la participación de intereses cumpliría una función garantista dentro de la lógica de la intervención, tarea ésta no contemplada en la concepción liberal del procedimiento. Se introduce también en este ámbito el problema de la procedimentalización como necesaria regulación de un concurso, que por el ámbito donde se desarrolla es más proclive a su formalización <sup>135</sup>. Desde este punto de vista se postula la extensión de criterios del procedimiento administrativo, en lo referido a la presencia de los interesados, en el proceso de elaboración de la ley.

Los modelos en los que ha fijado su atención la doctrina para articular esa participación en el interior del procedimiento son esencialmente dos. Por una parte, el modelo de las audiencias públicas previstas en el procedimiento legislativo de los Estados Unidos (*hearings*) y, por otra parte, el procedimiento inglés seguido respecto a los *private bills*, a las que en virtud de su especialidad se les reserva un procedimiento excepcional.

Las primeras se sitúan en una relación más directa con el tema estudiado. En definitiva, afectan a la participación de intereses en la elaboración legislativa, entendido según la peculiar tradición americana de la institucionalización de los grupos de presión. La segunda, más forzada en su relación, en la medida que establece procedimientos semiprivados, menos aptos para la regulación de los intereses en los mecanismos de decisión de los poderes públicos, aunque quizá respondieran mejor a la lógica de la tutela de intereses propuesta por MORTATI <sup>136</sup>.

Los *private bills* son decisiones de las cámaras cuyo procedimiento es iniciado por intereses privados o por órganos públicos generalmente, locales o semipúblicos, y tienen en común, en lo que a nosotros se refiere, que los intereses afectados, sea cual fuere el sujeto iniciador del procedimiento, no son homologables con los intereses de categoría protagonistas de los episodios de negociación legislativa habitual. La especificidad y concreción de aquéllos justifica el procedimiento cuasi judicial utilizado en su tramitación, existiendo una fase contradictoria entre intereses contrapuestos respecto a la medida estudiada, actuando cada parte presente en

<sup>135</sup> C. MORTATI: *La leggi-provedimento*, op. cit., cap. IV, pág. 125 y ss.

<sup>136</sup> Véase I. JENNINGS: *Parliament*, Cambridge, 1970, pág. 454 y ss. También, Erskine MAY: *Parliamentary practice*, London 1983, parte III, pág. 891 y ss.; y Joe JACOB: «El procedimiento legislativo en el Parlamento británico», en *R. Española de Derecho Constitucional*, 1986, núm. 16, pág. 179 y ss.

el procedimiento con formas de representación y defensa similares al proceso jurisdiccional <sup>137</sup>.

Como puede observarse, ni la naturaleza de los intereses insertados en el procedimiento de los *private bills* explicados por su tradición histórica <sup>138</sup>, ni el procedimiento son fácilmente utilizables en nuestro discurso. La administrativización de los contenidos de la ley en la ley-medida no autoriza una simetría de discurso.

El modelo inspirador de la introducción de estos mecanismos de participación ha sido el de las audiencias públicas del procedimiento americano (*hearings*). Como se sabe, se establece la posibilidad de que las comisiones parlamentarias llamen para escuchar a representantes de intereses afectados por las disposiciones legislativas en tramitación <sup>139</sup>. Aunque las consideraciones sobre la eficacia real de este instituto han sido muy dispares, lo cierto es que en torno a él y a la regulación del *lobbying* se ha consolidado una práctica de negociación de intereses en la regulación legislativa de un gran número de materias.

La recepción de la práctica norteamericana en la Europa continental ha sido parcial, en primer lugar, porque el marco ambiental que rodeaba a este instituto es, en este caso, notablemente diferente, de la misma forma que lo era también el jurídico-cultural. En segundo lugar, el alcance con que se introdujo esta medida era originariamente distinto y menor que el que tiene en la práctica política americana.

En los ordenamientos europeos estas fórmulas se enmarcan dentro de los instrumentos de información del Parlamento y su regulación formal tiene ese carácter, ello a pesar de que la práctica política ha desbordado las previsiones positivas <sup>140</sup>.

La inclusión de las *indagine conoscitive* en la reforma de los reglamentos parlamentarios en Italia se realiza atendiendo a las consideraciones doctrinales que en ese sentido se venían haciendo desde tiempo atrás. Su positivización ha resultado en exceso rígida <sup>141</sup>. Sin embargo, la práctica

<sup>137</sup> I. JENNINGS: *Parliament*, op. cit., págs. 456-472; E. MAY: *Parliamentary practice*, op. cit.

<sup>138</sup> E. MAY, op. cit., págs. 891-892.

<sup>139</sup> Ver VITTORIO DI CIOLO: «Riflessioni interlocutorie sul lobbyings parlamentare», en *Foro amministrativo* 1969, núm. 12, pág. 727 y ss. También del mismo autor: *Il diritto parlamentario nella teoria e nella pratica*.

<sup>140</sup> Ver E. DE MARCO: *La negoziazione legislativa*, págs. 52-53.

<sup>141</sup> Ver regulación en V. DICILO, voz «procedimento legislativo», *Enciclopedia del diritto*, XXXV, 1986, pág. 949 y ss. Una visión restrictiva de las posibilidades de las *udienze e indagine* en relación con la participación sindical, S. FOIS: *Sindacato e sistema politico*. Milán 1978, pág. 82. En contra, y aludiendo a las posibilidades, PERONE: *La partecipazione del sindacato alle funzioni pubbliche*. Padua 1972, págs. 143-144.

se ha encargado de flexibilizar las previsiones reglamentarias <sup>142</sup>, reduciendo el formalismo del procedimiento, en especial de las *indagine*, de las comisiones senatoriales y habilitando foros informales de negociación (sub-comisión, etc.). Lo cierto es que la dimensión de negociación política se ha impuesto y con ello la utilidad del instrumento, posiblemente facilitado por la especial configuración política y el papel institucional del Parlamento en el sistema italiano.

#### 4. Participación legislativa y Constitución

Se ha aludido anteriormente a varios de los problemas jurídicos que plantea la participación de intereses en el proceso legislativo, así como al núcleo conceptual de donde derivan estos problemas; parece, de todas formas, necesario abundar más en la articulación de estos problemas generalmente descritos con las previsiones constitucionales, tanto de nuestro ordenamiento como de nuestro entorno jurídico-cultural.

Ciertamente, no nos resistimos a recordar las palabras de BERTI, para abordar la cuestión: «La valoración en el justo sentido de la participación del privado y de la sociedad no es sólo, ni esencialmente, un hecho de legislación sino de estructuras idóneas que sólo adecuadas construcciones sistemáticas llegan a proporcionar y hacer utilizables. Del ordenamiento positivo y en particular de la Constitución provienen abundantes autorizaciones para esta participación» <sup>143</sup>. Como ya hace tiempo afirmaba GUELI, una adecuada comprensión de la Constitución material en este sentido necesariamente despliega efectos sobre las reglas del procedimiento legislativo <sup>144</sup>.

Es un dato común a las experiencias constitucionales del Estado Social la interiorización de los principios políticos que se derivan de la integración que se produce en esta forma de Estado. De esta manera esos principios forman parte integrante de la Constitución material de aquélla. Desde esta perspectiva, el reconocimiento de los intereses económicos y sociales, así como el otorgamiento a éstos de un *status* relacional con los poderes públicos forma parte del conjunto de reglas propio de las nuevas condiciones que sanciona el Estado Social <sup>145</sup>.

<sup>142</sup> P. SANTOMAURO: «*Udienze e indagine* conscitive. Linee regolamentari e soluzioni informali», en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1981, núm. 52-53, pág. 109 y ss.

<sup>143</sup> G. BERTI: «Procedimento, procedura, partecipazione», *op. cit.*

<sup>144</sup> V. GUELI: «Concezioni dello Stato e del diritto e tecnica giuridica nella teoria del procedimento legislativo», en *op. cit.*

<sup>145</sup> Sobre la Constitución material del Estado social. En estos términos ver BARCELLONA y CANTARO: *La sinistra e lo Stato Sociale...*, *op. cit.*

Así pues, es frecuente no sólo la constitucionalización de estos sujetos sociales otorgándoles un *status* público sino también el reconocimiento de funciones en consonancia. Se constitucionalizan tanto a las organizaciones de intereses de especial relieve (sindicatos y organizaciones empresariales) como su acceso-participación a los procesos públicos de decisión.

La participación y el pluralismo político-social se articulan constitucionalmente como principios jurídicos que comprenden esta realidad de los que se derivan específicos efectos jurídicos respecto al resto del ordenamiento. Recientemente, y en el campo específico del procedimiento legislativo, se recordaba cómo la finalidad de éste consiste, además del lógico garantismo, y quizá por ello, en la realización del pluralismo político <sup>146</sup>.

En este sentido, nuestra Constitución en su formulación respecto a la forma de Estado y en la articulación de estos principios se muestra heredera de la tradición del constitucionalismo del Estado Social, aunque sólo sea en la afirmación teórica de ciertas fórmulas y principios.

Desde una perspectiva genérica entonces nada impide afirmar la compatibilidad de representación de intereses en los procesos de decisión política, incluso legislativos, con la Constitución, y declarar la cobertura que a estos efectos despliegan los principios del pluralismo y la participación.

El debate doctrinal se situaría en nuestro caso, como en gran medida en otros, en el valor y alcance a dar a los principios consagrados en el artículo primero de la Constitución definidos como «valores superiores del ordenamiento»; a los artículos 7 y 9.2, en orden a entender que legitiman un pluralismo social al que se otorgan, cuando menos, genéricas funciones en orden a coadyuvar a las tareas contenidas en el artículo 9.2.

Sobre la eficacia jurídica de los valores superiores del ordenamiento hay una coincidencia general en la doctrina concediéndoles una capacidad de influenciar el ordenamiento en virtud de los efectos que en orden a la interpretación despliegan <sup>147</sup>. De la misma manera, ya de forma específica el Tribunal Constitucional, referido a los intereses organizados, ha hecho un explícito reconocimiento de su función coadyuvante con los poderes públicos dirigidos a materializar las exigencias de igualdad no sólo a través de sus instrumentos clásicos de acción colectiva <sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> Paloma BIGLINO CAMPOS: «Los vicios en el procedimiento legislativo: la postura del Tribunal Constitucional en la sentencia 99/87,» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, núm. 24, pág. 211 y ss.

<sup>147</sup> Ver GARCÍA ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica*, op. cit., S. BASILE: «Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en *La Constitución Española de 1978*, op. cit., pág. 263 y ss.

<sup>148</sup> S.T.C. 8 de abril 1981.

De esta forma se puede articular un soporte positivo en los principios constitucionales sobre la participación y el pluralismo que permita un genérico reconocimiento de la participación en este ámbito de las organizaciones de intereses, en especial aquellas que por su relieve constitucional están llamadas a desarrollar un papel sustancial en la dinámica de relaciones políticas y sociales del sistema. Sobre el papel de determinados principios constitucionales, como marco general habilitador de esta participación de intereses, no parece que deban existir demasiados obstáculos; en definitiva, éstos responden a una dinámica constitucional coherente con las implicaciones integradoras de la fórmula de Estado Social reconocida en este modelo constitucional.

Parece que el problema surge cuando estos principios interpretados con esta lógica son considerados contradictorios con determinadas exigencias derivadas de otros herederos de la tradición jurídica liberal que conviven contradictoriamente en estos textos y actúan, a su vez, como limitadores de la potencialidad expansiva de los primeros.

La escasa positivación concreta de los principios sobre la participación hace que más allá de esta cobertura genérica encuentren dificultad de traducción inmediata, de tal manera que sobre el alcance del propio término y su significado se crea una inagotable fuente de debate <sup>149</sup>, especialmente sobre los límites de corrección a la democracia representativa que pueden deducirse a través de éstos.

De hecho, superados los problemas conceptuales que en torno a la ley-medida se crearon como rotura del modelo tradicional de ley y admitidos los caracteres de la normación del Estado interventor, nada obligaría a mantener principios procedimentales que eran funcionales a esta concepción de la norma legislativa. Semejante afirmación está implícita en la tesis de MORTATI, justificando la exigencia de introducir modificaciones en el procedimiento legislativo de suerte que puedan atenderse las exigencias de participación.

En su opinión, la participación de intereses se sustenta en los principios generales establecidos como garantía de los derechos <sup>150</sup>, la administrativización de los contenidos de la ley obliga, en este caso, a trasladar las garantías previstas en el procedimiento administrativo al legislativo. De esta manera se revalida el papel garantista del procedimiento en la medida en que el acceso al mismo de los intereses afectados tiene por objeto asegurar los derechos de éstos.

Si puede entenderse resulta la conformidad constitucional con la participación de intereses en el procedimiento legislativo, el alcance de ésta

---

<sup>149</sup> F. LEVI: «Partecipazione e organizzazione, en *Rev. trimestrale di Diritto Pubblico*, 1977, núm. 4, pág. 1625 y ss.

<sup>150</sup> MORTATI: *La leggi-procedimento*, op. cit., pág. 132.

es una cuestión distinta, la cuestión se plantea en torno a los efectos que puede producir esta participación por sujetos formalmente no admitidos al proceso decisonal (extraños a las cámaras) en una decisión que típicamente sólo les está reservada a éstos según la formulación clásica recogida, todavía, en los textos constitucionales. La resolución del tema viene en parte dada por la propia regulación positiva. La función de la participación permanece en el ámbito genérico de la audiencia o de la recepción de información, manteniendo la autonomía decisonal el órgano detentador de la función. Lo que no obsta para que realmente se produzca una separación entre imputación de la decisión y formación real de la misma que acontece en otro plano difícilmente disciplinable jurídicamente. La negociación legislativa es, en este sentido, un resultado final que ilustra el nuevo proceso de normación surgido tras el fin del Estado de Derecho liberal, favorecido institucionalmente, en cuanto se crean sedes potenciales de negociación con la inserción auxiliar, en su regulación formal, de los intereses en estos procesos.

La conformidad constitucional se garantiza, en opinión de AMATO, por la autonomía decisonal última salvaguardada en la regulación de la participación <sup>151</sup>. Las contradicciones que, en definitiva, se presentan entre la difusión del poder político que presentan estas prácticas y la atribución constitucional del monopolio decisonal reflejan la convivencia contradictoria de principios difícilmente reconducibles a expresiones armónicas, desde una perspectiva de análisis como es la dominante en el derecho público actual. «Esta visión elemental, que no tiene ninguna credibilidad en el campo de la ciencia política con referencia al poder político..., permanece todavía siendo el soporte del discurso que hacen los juristas en la materia» <sup>152</sup>, dirá este autor.

## V. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

### 1. En las relaciones poderes públicos-intereses

#### 1) *La colaboración en la formación de la iniciativa*

No pretendemos un estudio positivo sobre la recepción española de la participación de intereses en el procedimiento legislativo, sino ejempli-

<sup>151</sup> AMATO: «Nuove tendenze...» *op. cit.*

<sup>152</sup> *Ibidem.*

ficar con algunas muestras en qué sentido las tendencias mencionada se registran en nuestro ordenamiento y los niveles cualitativos de las mismas, así como sus rasgos específicos.

A falta de un estudio sistemático sobre estas cuestiones, el primer dato a constatar es la tendencia que generalmente se ha advertido a situar la contratación legislativa en los momentos de formación de la iniciativa, es decir, en la elaboración de los anteproyectos de ley. Ésta, por lo demás, transcurre por canales escasamente institucionalizados en los ámbitos de las relaciones políticas informalizadas.

Separando, por sistematizar las referencias, la participación en el proceso de formación de la iniciativa de la insertada en el procedimiento legislativo, las observaciones que cabe realizar son similares a las contenidas en apartados anteriores.

Como es notorio, la disciplina general de la formación de la iniciativa gubernativa, esencialmente la que aquí interesa, está contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo, artículo 131, y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, artículos 10.2 y 14.2, en concordancia con las disposiciones constitucionales genéricas que otorgan al Gobierno la iniciativa legislativa (artículos 87 y 88)<sup>153</sup>.

Las citadas disposiciones otorgan la competencia de acordar la redacción de los proyectos de ley al Consejo de Ministros, que deberá acompañarlos, al remitirlos al Congreso, de una exposición de motivos y antecedentes necesarios para pronunciarse sobre el mismo.

La propuesta al Consejo la realiza el ministro a cuyo Departamento corresponde la materia objeto del proyecto. Ésta es toda la regulación general que se realiza de la formación de la iniciativa con este carácter, pues no existe ninguna previsión de participación de intereses en este proceso. Sin embargo, y por el contrario, habría que decir los amplios márgenes que se establecen para la actuación gubernamental en semejante regulación permiten que por la vía de hecho se canalice en la fase de elaboración del anteproyecto la contratación política de las disposiciones. La práctica indica que los problemas esenciales que se presentan en cada disposición sean resueltos en los contactos entre las asociaciones de intereses y el ministro correspondiente, de manera que lo habitual sea que el Consejo sancione acuerdos tomados en sede ministerial.

Si con carácter general no se establece ninguna inclusión procedimental de los intereses, en esta fase del proceso es posible observar la regulación del acceso selectivo en algunos casos al procedimiento de ela-

---

<sup>153</sup> Ver M. ARAGÓN: «La iniciativa legislativa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1986, núm. 287 y ss.

boración de la iniciativa. Para confirmar las consideraciones anteriores, cuando esta inclusión se produce, acontece en sede ministerial <sup>154</sup>.

Sólo a título de ejemplo se pueden reseñar las regulaciones ocasionales del acceso a la formación de los proyectos de ley de determinados órganos consultivos. El Consejo Superior de la Función Pública, definido como órgano de participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, que informa los anteproyectos de ley en esta materia (Ley 30/1984, art. 6); los Colegios profesionales, organizaciones de intereses corporativos, tienen igualmente acceso a la formación de estos proyectos mediante la fórmula del informe preceptivo de los que afecten a la regulación de las condiciones generales del ejercicio de las funciones profesionales y otros extremos que afecten a estas materias (Ley 74/1978, art. 2). La admisión de intereses difusos está marginalmente reconocida en la regulación de las organizaciones de usuarios y consumidores (Ley 26/1984, de 19 de julio).

Curiosamente, el ámbito dentro del cual tradicionalmente se ha materializado la contratación legislativa, tanto en nuestro país como en nuestro entorno político-cultural, aparece, en nuestro caso, más falto de procedimentalización. Desde este punto de vista hay que destacar que la política económica y social, objeto de una dilatada historia de negociación política entre sindicatos, organizaciones empresariales y ejecutivo, se ha desarrollado dentro de la libertad procedimental que reina en la regulación de la formación de la iniciativa.

Las relativamente frecuentes referencias legislativas a la participación de las organizaciones sindicales y empresariales en decisiones públicas recaen en el ámbito administrativo y sólo incidentalmente tienen consecuencias en la legislación formal, ello a través de los efectos que estas relaciones procedimentalizadas administrativamente tienen en la elaboración de los presupuestos. La actividad negociadora de la Administración con los empleados públicos contemplada en la Ley 30/1984, art. 3.2.B, y en el Real Decreto 1522/1977, sobre derecho de asociación sindical de los funcionarios públicos, se inscriben en este marco.

De manera semejante se puede conseguir indirectamente efectos extra-administrativos en el orden legislativo, a través de las normas de procedimentalización dictadas al amparo de los artículos 105 y 129 de la Constitución, en virtud de la trascendencia económico-presupuestaria de los eventuales acuerdos. En cualquier caso, hay que advertir la escasa virtualidad de estos mecanismos de procedimentalización administrativa

---

<sup>154</sup> Ver Ley Reforma de la Función Pública, 30, 1984, artículo 6.2; también la alusión en la 26, 1984, 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios, artículo 22.1, 2 y 3.

en orden a lograr una participación en los procesos de elaboración de la iniciativa, siquiera por vía indirecta.

El mecanismo que tradicionalmente se ha utilizado y donde se ha enmarcado la relación entre intereses económicos y sociales y poderes públicos, que ha dado lugar a una vasta experiencia de contratación legislativa en estas materias, ha sido sin duda alguna la actividad de programación económica del Estado.

En torno al reconocimiento en diferentes formas del concurso de los sujetos económico-sociales en la planificación se ha articulado un sistema con ámbitos regulados (procedimentalizados) y otros de contratación informal que ha dado lugar a la consolidación de la negociación legislativa como fenómeno típico de la normación del Estado Social.

En nuestro caso, la herencia de estas experiencias se recogen escuetamente en el artículo 131.2 de la Constitución, de acuerdo con una tradición que ha demostrado una escasa funcionalidad, aludiendo a la constitución de un consejo a través del cual se articula la colaboración de los intereses organizados más relevantes en este campo. La previsión constitucional de que la actividad de planificación económica se realizará mediante Ley (131.2) y el establecimiento de la colaboración de los agentes sociales con el Gobierno en la elaboración de los proyectos en este sentido articularía una sede de relación entre intereses y ejecutivo en la fase de elaboración de la iniciativa que puede tener evidente significación en este sentido, la inactuación de las previsiones constitucionales hasta el momento ha frustrado la creación del mecanismo más relevante, que se constituía como sede de contratación general en materia de política económica, capaz de desplegar una influencia legislativa ampliada por la propia influencia expansiva que en el campo genérico de la política económica y social puede desplegar la actividad programadora normada por ley.

De frustrada hay que calificar la ocasión que brindan las disposiciones constitucionales si se materializa el proyecto del Real Decreto para la creación de un Consejo Económico y Social confeccionado por el Gobierno. La miniaturización del diseño constitucional que realiza el ejecutivo obliga a olvidar las previsiones del artículo 131. Del establecimiento de una sede potencial de contratación política de la programación económica, con un importante papel adjudicado al legislativo en este proceso, se pasa a constituir un órgano administrativo de carácter consultivo sin presencia de la Administración y sin funciones en materia de planificación general, a la vez que se opera la desconexión del Parlamento en los procesos de negociación que puede propiciar.

El Consejo previsto se crea con funciones consultivas sobre un conjunto heterogéneo de actividades del ejecutivo entre las que se encuentran la consulta preceptiva (emisión de pareceres) de anteproyectos de ley, decretos legislativos y normas reglamentarias de carácter socio-económico. El detalle de materias que se incluyen dentro de la categoría genérica so-

cio-económica es revelador del carácter subalterno de las funciones llamadas a desempeñar. Hay que añadir que la propia constitución de este órgano se realiza sobre la renuncia a la planificación general constitucionalmente contemplada que obligaría a una configuración y procedimiento de creación diferentes de este órgano, en lugar de utilizar la genérica alusión del artículo 105 de la Constitución <sup>155</sup>.

No es éste el lugar para una crítica del proyecto gubernamental, por ello nos limitamos a insertarlo en el cuadro del Derecho positivo existente en lo que se refiere a la cuestión tratada.

## 2) *La participación en el procedimiento legislativo*

Debemos aludir finalmente a las formas de participación intraprocedimiento legislativo que se contemplan. Hemos aludido a que la recepción en los ordenamientos más próximos del modelo americano (*hearings*) se realiza con una finalidad formal diferente, no tanto como mecanismo regulador de la actividad de los grupos de presión ante el Parlamento sino como mecanismos de información de las Cámaras. Sin embargo, puede decirse que este instrumento de las audiencias de sujetos extraños a las Cámaras y a la propia Administración han tenido una funcionalidad política evidente contribuyendo a acercarlas al modelo original.

Pues bien, en nuestro caso la recepción de la figura es si cabe más precaria que la realizada en nuestro entorno. Simplemente se realiza una mención genérica en los Reglamentos del Congreso y del Senado sobre la admisión a los efectos informativos de las comisiones de la presencia de personas distintas de las pertenecientes a la Administración, también contempladas.

El Reglamento del Congreso, en su artículo 44.4, prevé la «comparecencia de otras personas competentes en la materia a efectos de informar y asesorar a la Comisión. Semejante regulación se contiene en el artículo 67 del Reglamento del Senado. Sobre la virtualidad de estos mecanismos para los fines mencionados ha reparado escasamente la doctrina <sup>156</sup>. El problema no es sólo la precariedad de la regulación de las audiencias informativas en nuestro derecho parlamentario, que dificulta la utilización de este mecanismo para la relación intereses-Parlamento, sino también la utilización, o mejor, la no utilización del mismo, evitando que funcionase políticamente en este sentido, como lo ha hecho en otros sistemas. La presencia de intereses en las Cámaras durante los procedimientos legislativos

---

<sup>155</sup> Ver el dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de Real Decreto por el que se crea el Consejo Económico y Social de fecha 6 de octubre de 1988.

<sup>156</sup> J. SOLÉ TURA y M. A. APARICIO PÉREZ: *Las Cortes Generales*. Madrid 1984, pág. 168

en las legislaturas democráticas ha sido una laguna difícilmente explicable. De hecho, el Parlamento ha admitido pasivamente el desplazamiento al Ejecutivo de los momentos de relación con los sujetos sociales en los procesos de elaboración normativa, renunciando a una conexión social directa.

## 2. En las relaciones Estado-Comunidades Autónomas

Junto a la participación de intereses, el otro ámbito donde se han desarrollado con amplitud los fenómenos de negociación legislativa es en el campo de la relación entre Estado y poderes territoriales. Hasta ahora no hemos hecho referencia a ello por considerar notablemente diferentes ambos casos. La contratación legislativa entre intereses y poderes públicos transcurre dentro de los márgenes del discurso realizado hasta ahora sobre la transformación de la normación en el Estado interventor. La que se produce en el plano de la relación Estado-poderes locales tiene conexiones evidentes con la anterior, la incapacidad que en la forma Estado Social se produce para atender a las necesidades de regulación pública de los procesos económicos está en la base de las dinámicas de colaboración propias del federalismo cooperativo donde se desarrollan estos fenómenos<sup>157</sup>. Que son procesos paralelos lo tiene bien presente la doctrina cuando, referido al problema de las fuentes, advierte que las novedades más relevantes son precisamente, junto a la que nos ocupa, los ordenamientos territoriales autónomos.

A pesar de las relaciones evidentes entre ambas formas de contratación legislativa, las exigencias que atienden responden a otra lógica y por ello no ha sido tratado en este trabajo. Pero también por la indudable relación formal entre ambas prácticas parece difícil evitar una referencia a éstos; en definitiva, de esta manera se contribuye a evidenciar la amplitud del fenómeno general de la negociación de la normación legislativa. Además, en cuanto legitimada con mayor facilidad en estos ámbitos, la relación entre sujetos institucionales de distinto ámbito territorial contribuye a consolidar políticamente el propio fenómeno en el sistema.

Desde esta perspectiva completaremos las referencias al ordenamiento español con la constatación de regulación favorable a esta dinámica en este campo normativo.

---

<sup>157</sup> Ver E. ALBERTI ROVIRA: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*. Madrid 1986.

Escapa a nuestra consideración actual toda referencia a la participación de las CC. AA. en la legislación estatal a través de la, en nuestro caso, impropriamente denominada Cámara de Representación Territorial <sup>158</sup>, ésta no es propiamente encuadrable en el esquema conceptual de la participación-negociación.

En el plano de las relaciones Estado-CC. AA. los fenómenos de negociación se manifiestan de manera mucho más diáfana que en la participación de intereses. Se evidencia, en este caso, la mayor admisibilidad del sistema hacia fenómenos de relación interinstitucional en clave formal negocial. La armonización de intereses públicos de distinta dimensión y naturaleza resulta netamente distinta y se desenvuelve dentro de la lógica institucional, con las distorsiones que se quiera, que le facilita.

Como anteriormente hemos indicado, también aquí la contratación legislativa aparece en la fase previa al debate parlamentario en la formación de la iniciativa, salvo cuando es la propia Comunidad Autónoma la que la ejerce (artículo 87.2), entonces puede insertar la dinámica negociadora en el seno del órgano legislativo.

Quizá los mecanismos de relación-participación-negociación más relevantes sean los que contemplan la iniciativa legislativa «impropia». El establecimiento de la posibilidad de solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley procedimentalizando la contratación de la iniciativa.

Similares ejemplos, en el mismo sentido, pueden encontrarse en la Ley 12/1983, del proceso autonómico, que establece la consulta previa a las Comunidades Autónomas antes de la elaboración de un proyecto de ley de armonización. Ya en el ámbito de la financiación, las posibilidades de contratación legislativa que contiene el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las CC. AA., en especial en lo referido a los criterios de distribución del Fondo de Compensación Interterritorial (art. 3.2. Ley Orgánica de Financiación de las CC. AA. 8/1980, y Ley 7/1984, del Fondo de Compensación Interterritorial, art. 2), permiten hablar de procedimentalización de la contratación legislativa en estos casos. Más evidente todavía son las peculiaridades de financiación de la C. A. del País Vasco con el sistema de concierto (disposición adicional 1.ª de la Ley Orgánica de Financiación, art. 41 del Estatuto Vasco, y Ley de Concierto 12/1981). La regulación contiene una expresa referencia al acuerdo previo como base para la determinación del contenido de la ley que cada cinco años se aprobará por las Cortes Generales. Los artículos 48 y 49 de la Ley 12/1981 establecen que la determinación de la metodología y señalamiento del cupo se hará mediante Ley de Cortes, previo acuerdo de la Comisión mixta de cupo, órgano éste compuesto paritariamente por representantes de la C. A. y de la Administración

---

<sup>158</sup> Ver mi trabajo de próxima aparición en el número 65 de la *Revista de Estudios Políticos* con el título «Senado y Comunidades Autónomas. Algunas propuestas funcionales».

Central. Quizá sea éste el único caso de reconocimiento expreso de acuerdo como determinante del contenido de la ley en el ordenamiento español.

Dentro del procedimiento legislativo y, por tanto, en sede parlamentaria, las posibilidades de contratación son las que se derivan de la regulación de la iniciativa legislativa de las Comunidades Autónomas ejercitada por éstas en la fase de la toma en consideración.

No entramos a considerar, a modo de experiencia histórica, el modelo de aprobación estatutaria, por lo que las referencias a las relaciones Estado-CC. AA. las agotamos aquí.

## VI. CONCLUSIONES

Como hemos reiterado el marco que permite comprender la participación y negociación de las decisiones legislativas es la transformación que se produce en la normación del Estado Social dentro de un nuevo diseño de las relaciones Estado-sociedad. La nueva dinámica de relaciones políticas que producen estos cambios hace posible comprender que una parte de la acción estatal se sustraiga a los procedimientos de formación decisional tradicionales. La democracia consociacional implicaba, por una parte, la autolimitación de los sujetos sociales y políticos en su acción de acomodar la acción estatal a las exigencias de consenso y la necesidad del sistema. El resultado fue durante cierto tiempo el establecimiento de una vasta zona de consenso genérico e integración que posibilitaba la contratación decisional también en materia legislativa.

La crisis del Estado Social y agotamiento de los mecanismos propios de la democracia consociacional reformuló las necesidades del consenso y operó una fragmentación de intereses que se materializó en una fractura de las relaciones políticas propias de esta fase y una fragmentación también de la política <sup>159</sup>.

Ni los intereses expresan contenidos contratables en la lógica anterior, ni su aporte consensual aparece exigido y otorgado en un juego político similar al anterior. Fragmentación equivale en esta óptica a microsectorialización de los intereses y a esta microsectorialización operada corresponde un acentuamiento autoritario y ensanchamiento de la libertad estatal que

---

<sup>159</sup> Aldo GARZIA: «Le carte dei diritti e la frantumazione de la politica», en *Democrazia e diritto*, 1988, núm. 2 y 3, pág. 97 y ss.

influye en estos procesos <sup>160</sup>. La procedimentalización aludida, deja de tener el sentido integrador anterior en muchos casos y la selección de intereses a contratar se realiza bajo formas de más abierta libertad procesal en una tendencial línea autoritaria. Los intereses que subsisten, con capacidad contractual son aquellos que no han quedado subalternizados en esta reformulación del modelo. El resto permanece con más dificultades de acceso decisonal.

Las propuestas que respecto a nuestra cuestión se han realizado en el sentido de potenciar la contratación entre intereses y Gobierno en la fase previa a la iniciativa primando este momento frente al parlamentario <sup>161</sup> no haría más que agudizar las tendencias de autonomización política del ejecutivo transcurriendo esta fase de contratación por caminos oscuros y falta de control, acentuando los efectos perversos de la fragmentación política señalada.

Parece, por el contrario, que frente a estos procesos sea más conveniente una recomposición de los términos participación y democracia, introduciendo elementos correctores en orden al control tanto institucional como social. La procedimentalización de estas formas de participación aun a sabiendas de los efectos esencialmente legitimadores que cumplen (especialmente el propio procedimiento legislativo) <sup>162</sup> y de la imposibilidad de cifrar en inclusiones procedimentales la solución a los problemas apuntados <sup>163</sup>. Una reconsideración de la sede parlamentaria como lugar de integración y mediación tiene indudablemente la ventaja de la publicidad (control social) y de la posibilidad de un control institucional de las dinámicas de contratación legislativa. La necesidad de que no escapen a formas de control hace que se plantee la revalorización de la sede parlamentaria y la procedimentalización <sup>164</sup>, incluso soluciones dentro de este marco tendrían consecuencias preventivas frente a la incidencia de los microintereses corporativizados más proclives a contactos directos en sedes no sujetas a control <sup>165</sup>.

Sin embargo, no se puede caer en una ingenua reivindicación del Parlamento como lugar central de producción normativa que conduciría a su hipertrofia; por el contrario, rescatar su papel de dirección normativa del gobierno de la sociedad exige descargar de trabajo y concentrarlo en

<sup>160</sup> C. DE CABO: *La crisis del Estado Social*. Barcelona, 1986, págs. 57-60, esta última en especial.

<sup>161</sup> A. PORRAS NADAL: *Introducción a una teoría del Estado Postsocial*, op. cit., págs. 234-235.

<sup>162</sup> I. DE OTTO: «La función política de la legislación», en *Parlamento y Sociedad Civil*. Barcelona 1980, pág. 49 y ss.

<sup>163</sup> P. BARCELLONA: «Legislazione e Consenso Sociale», op. cit.

<sup>164</sup> F. COCOZZA: *Negoziazione dell'esecutivo...*, op. cit.; también G. COTTURRI: *Intervención en el seminario ¿Quale Riforma delle rappresentanza politica?* Milán 1985, pág. 81 y ss.

<sup>165</sup> A. CERRATI: «Riflessioni su alcuni orientamenti costituzionali in tema di procedimento legislativo», en *Critica dello Stato Sociale*. Bari 1982, pág. 175 y ss.

decisiones fundamentales de efectiva relevancia política y social. La deslegalización controlada y realizada por el propio Parlamento puede ser un instrumento si se opera a través de técnicas que aseguran el control de la dirección de esos procesos <sup>166</sup>.

La participación en el establecimiento de las condiciones que presiden la delegación, debe, en este caso, tener una continuidad en el ámbito gubernativo para garantizar esa apertura del procedimiento preconizada.

Hasta aquí, una reflexión general que resulta válida para la situación española; sin embargo, también aquí convendría realizar algunas precisiones. La peculiar fase histórica en que se abordó la construcción del Estado democrático ha condicionado la materialización de las alusiones constitucionales al Estado Social.

Los procesos descritos se han desarrollado muy escasamente en nuestro país; normativamente, la procedimentalización de estas formas de participación son insuficientes y, sobre todo, las existentes no han servido para vehicular una dinámica de este tipo.

La relativamente densa historia de concertación económico-social que dio lugar a verdaderos episodios de negociación legislativa como lo fue la aprobación de la Ley 8/1980, Estatuto de los Trabajadores, no fue capaz de lograr siquiera unos espacios de participación administrativa eficaces. Al final de este período, salvo la lógica contratación en torno a los presupuestos, los frutos en el campo legislativo eran poco relevantes. La explicación, con todo, no tiene que ver con la regulación de la participación. Sin embargo, tanto las razones de índole genérica como la precaria canalización normativa existente hacen aconsejables proponer una mayor atención a la procedimentalización de la participación en el procedimiento legislativo que permita una apertura de éste a los sujetos sociales.

Sobre la base de la necesidad del otorgamiento al Parlamento de un papel central como sede de mediación de intereses parecen insuficientes las posibilidades reglamentarias actuales. El modelo de inclusión de los intereses en el procedimiento legislativo, las audiencias públicas, con ofrecer posibilidades ya ensayadas en Derecho comparado, resulta cuestionable como fórmula capaz de abrir a los sujetos sociales el proceso decisional normativo, pero dado que en estos momentos resulta difícilmente pensable otra intervención habría que pensar en regular una audiencia preceptiva para determinadas materias. También con el objetivo de evitar acentuar los procesos de microcorporativización sería deseable discriminar el acceso de intereses generales respecto a los primeros, en este sentido, no cabe duda que las organizaciones sindicales en nuestro país se constituyen como mecanismos de agregación y generalización de in-

---

<sup>166</sup> G. FERRARA: «Sulle delegificazione e per la riforma del processo legislativo», en *Politica del diritto*, 1988, núm. 3, pág. 427 y ss.

tereses que han realizado tareas de suplencia política en el sistema en especial en los últimos tiempos.

Por último, con objeto de limitar en lo posible la discrecionalidad en la contratación de intereses por el ejecutivo resultaría conveniente una reglamentación de la formación de la iniciativa con mayores vínculos en la relación intereses-Gobierno al menos de determinados ámbitos de materias.

Las líneas genéricas, como no podía ser de otra forma, de reflexión apuntadas no eximen de la necesidad de expresar que éstas u otras propuestas se insertan en un debate, ya emergente, sobre la reformulación de la política y las instituciones en la actual fase histórica del Estado.