



Universitat de Girona

DERECHO ADMINISTRATIVO Y AUTORREGULACIÓN: LA AUTORREGULACIÓN REGULADA

Ma Mercè DARNACULLETA GARDELLA

ISBN: 84-688-4870-0

Dipòsit legal: GI-I593-2003

<http://hdl.handle.net/10803/7681>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

ÍNDICE

Abreviaturas.....

Introducción.....

CAPÍTULO I.- LA AUTORREGULACIÓN REGULADA EN EL NUEVO ESTADIO DE RELACIONES ESTADO SOCIEDAD.....

I.- Autorregulación regulada y Derecho Administrativo.....

II.- El marco de desarrollo de la autorregulación regulada.....

1. La reducción de la soberanía estatal y los nuevos poderes de la sociedad.....
 - A) El mito de la globalización.....
 - B) Las consecuencias de la integración europea.....
 - C) El desarrollo del neocorporatismo.....
 - D) El aumento de la complejidad social.....
2. La erosión de la legitimidad del Estado Social y Democrático de Derecho.....
 - A) Crisis del Estado social y proliferación de estructuras privadas de carácter prestacional..
 - B) Crisis del Estado Democrático y contractualización de las formas de actuación de los poderes públicos.....
 - C) La tendencia privatizadora.....
3. La pérdida de legitimidad y el nuevo rearme del Estado garante.....
 - A) Crisis del criterio legal-racional de legitimación de la Administración.....
 - B) El descubrimiento de las potencialidades de la autorregulación.....
 - C) La regulación pública de la autorregulación.....

II.- Explicaciones al desarrollo de la autorregulación regulada.....

1. La estructuración y funcionamiento de la sociedad según la teoría de sistemas.....
2. El aumento de confianza en la sociedad.....
 - A) El desarrollo del profesionalismo y de la capacidad técnica de la sociedad.....
 - B) La profesionalización de la gestión empresarial en el nuevo marco transnacional.....
3. La expansión de la función estatal de garante a ámbitos no regulados por el Derecho.....
 - A) El universo técnico y sus riesgos.....
 - B) La ética aplicada.....
4. La nueva sensibilidad social.....
5. Los ámbitos de desarrollo de la autorregulación.....

CAPÍTULO II.- AUTORREGULACIÓN Y RACIONALIDAD TÉCNICA EN EL ÁMBITO DE LA GESTIÓN DE RIESGOS.....

I. De la contraposición entre calidad y seguridad a la gestión de riesgos.....

II. La racionalidad técnica de los sistemas de normalización y certificación.....

1. El papel de las asociaciones de ingenieros y técnicos en la formulación de reglas técnicas.....
2. Los organismos de normalización internacional.....
3. La normalización y la certificación en el ámbito de la Unión Europea.....
4. La normalización y la certificación en España.....
 - A) La intervención pública como rasgo tradicional.....
 - B) La nueva infraestructura de la calidad y de la seguridad.....
 - C) La autorregulación regulada como estrategia de gestión de riesgos.....

III. La responsabilidad social de las empresas y la autorregulación regulada.....

1. Explicaciones a la transformación de las técnicas de regulación de policía.....
 - A) Limitaciones a la intervención estatal directa.....
 - B) Demandas de regulación, estrategia pública e iniciativa empresarial.....
2. El predominio de la autorregulación regulada en la vida empresarial.....
 - A) La ética en las decisiones fundacionales de la empresa.....
 - B) La organización empresarial.....
 - C) El *management* empresarial.....
3. La autorregulación regulada en las empresas del sector industrial.....
 - A) La autorización de instalaciones industriales.....
 - B) La elaboración de productos industriales.....
 - C) La fase de distribución y comercialización de productos.....

CAPÍTULO III.- AUTORREGULACIÓN Y COMPLEJIDAD ÉTICA EN ÁMBITOS DOMINADOS POR LA ESPECIALIZACIÓN TÉCNICA Y PROFESIONAL.....

- I. El profesionalismo como modelo de autorregulación.....**
- II. La autorregulación y el autocontrol en los medios de comunicación.....**
 - 1. La profesionalización del periodismo como antecedente de la autorregulación en el ámbito de la prensa escrita.....
 - 2. El modelo español de regulación y control público de los medios de comunicación.....
 - 3. El nuevo marco europeo de los medios de comunicación: la autorregulación ética como alternativa a la regulación.....
 - 4. Las dificultades de desarrollo de la autorregulación de los medios de comunicación.....
- III. La autodisciplina publicitaria.....**
 - 1. Evolución histórica de la regulación y del control de la publicidad en España.....
 - 2. La vinculación de la publicidad a los presupuestos de desarrollo de la autorregulación.....
 - 3. Estructuras e instrumentos de autorregulación.....
 - A) La Asociación Autocontrol de la Publicidad (AAP).....
 - B) Códigos éticos, sanciones disciplinarias y resoluciones arbitrales.....
- IV. La autorregulación ante el desarrollo de las nuevas tecnologías.....**
 - 1. El origen de Internet y las estructuras de gobierno de la red.....
 - 2. El Estado frente al universo tecnológico de Internet.....
 - 3. Las exigencias de profesionalización de los operadores de la red.....
 - 4. Estructuras e instrumentos de autorregulación.....
- V. La autorregulación en la búsqueda de instrumentos de profesionalización de la función pública.....**
 - 1. El estatuto jurídico de la función pública.....
 - A) La función pública como profesión.....
 - B) El control disciplinario de la función pública.....
 - 2. Explicaciones al impulso de la autorregulación en la función pública.....
 - A) Influencia del desmantelamiento del Estado en la función pública.....
 - B) Problemas derivados de la falta de ejecución de las normas.....
 - C) La internacionalización de la corrupción.....
 - D) Complejidad ética.....
 - E) Presión social y reacción de los poderes públicos.....
 - 3. Los códigos de conducta como instrumento de autorregulación.....

CAPÍTULO IV.- CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA AUTORREGULACIÓN.....

I. Diversos enfoques acerca del concepto de "autorregulación".....

1. La utilización del término “autorregulación” en el Derecho positivo y en la jurisprudencia.....
 - A) Derecho interno: la autorregulación como un término sin concepto.....
 - a) Autorregulación como autorreglamentación.....
 - a)' Actividad de negociación con vocación reguladora.....
 - a)'' Autonomía.....
 - a)''' Autoorganización.....
 - b) Autorregulación como autovinculación.....
 - c) Autorregulación como autocontrol.....
 - B) Derecho comunitario: la autorregulación como estrategia reguladora.....
 - a) Autorregulación como complemento o alternativa a la desregulación.....
 - b) Identificación de los sujetos y de los instrumentos de autorregulación.....
 - c) Regulación indirecta de la autorregulación.....
2. La noción de autorregulación en otras disciplinas.....
 - A) Autorreferencia y autopoiesis (Sociología).....
 - B) Autogobernación y autogestión (Ciencia Política).....
 - C) Autovinculación y autorresponsabilidad (Filosofía).....
3. Aportaciones de la doctrina iuspublicista al concepto de autorregulación.....
4. Una propuesta conceptual: la autorregulación regulada.....

II. La autorregulación regulada y sus elementos.....

1. Sujetos y estructuras de autorregulación.....
 - A) Estructuras simples o primarias de autorregulación.....
 - B) Estructuras complejas o secundarias de autorregulación.....
 - C) Estructuras difusas de autorregulación.....
2. Instrumentos de autorregulación.....
 - A) Instrumentos normativos de autorregulación.....
 - a) Códigos éticos y/o de conducta.....
 - b) Normas técnicas.....
 - c) Códigos y Manuales de Buenas Prácticas.....
 - d) Protocolos y Procedimientos Normalizados de Trabajo.....
 - B) Instrumentos declarativos de autorregulación.....
 - a) Declaraciones de autorregulación o autocertificación de conformidad a normas.....
 - b) Certificados técnicos emitidos por terceros.....
 - c) Sellos, Etiquetas y Marcas.....
 - C) Instrumentos resolutivos de autorregulación.....
 - a) Sanciones disciplinarias.....
 - b) Resoluciones arbitrales.....
 - D) Figuras afines.....
 - a) La autoorganización y la autogestión.....
 - b) Los denominados “convenios de autorregulación”.....

CAPÍTULO V.- LA REGULACIÓN PÚBLICA DE LA AUTORREGULACIÓN.....

I. Concepto e instrumentos de regulación

1. Delimitación del término “regulación”.....
 - A) Regulación como instrumento *versus* regulación como actividad.....
 - B) Regulación económica *versus* regulación de policía.....
2. Formas e instrumentos tradicionales de regulación.....
 - A) La regulación de policía en el Estado liberal.....
 - B) La expansión de los fines y de los instrumentos de regulación en el Estado social.....
3. Nuevas formas de regulación: la regulación pública de la autorregulación.....

II. Características de la regulación pública de la autorregulación.....

1. Objetivos de la regulación pública de la autorregulación.....
 - A) La corresponsabilización de la sociedad.....
 - B) La descarga del Estado y la intensificación de la intervención administrativa.....
2. Formas de regulación pública de la autorregulación.....
 - A) El fomento de la autorregulación.....
 - B) La atribución de efectos públicos a la autorregulación.....
 - C) La regulación del contexto de la autorregulación.....

III. Consecuencias de la regulación pública de la autorregulación.....

1. Transformación de los instrumentos de regulación de policía.....
 - A) Reglamentos.....
 - B) Inspecciones y autorizaciones administrativas.....
 - C) Sanciones administrativas y disciplinarias.....
2. Publicación de la autorregulación.....
 - A) Publicación del régimen jurídico de los sujetos o estructuras de autorregulación.....
 - a) Estructuras secundarias de autorregulación y Administración pública.....
 - b) Figuras afines: la administración participada y la autoadministración.....
 - B) Publicación de los instrumentos de autorregulación.....
 - a) Instrumentos normativos de autorregulación y fuentes del Derecho.....
 - b) Instrumentos declarativos de autorregulación y actos administrativos.....
 - c) Instrumentos resolutivos de autorregulación y garantías procedimentales.....

**CONCLUSIONES.- EL DERECHO ADMINISTRATIVO ANTE LA
AUTORREGULACIÓN REGULADA.....**

BIBLIOGRAFÍA.....

ANEXOS.....

- **Documentos de autorregulación.....**
- **Relación de Sentencias citadas.....**
- **Páginas web.....**

ABREVIATURAS

Diccionarios, enciclopedias y revistas.

AA	Actualidad Administrativa.
AC	Actualidad Civil.
ADI	Actas de Derecho Industrial.
AJDA	Actualité Juridique Droit Administrative.
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts.
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter.
BB	Der Betriebs-Berater.
DA	Documentación Administrativa.
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung.
DS	Documentación Social.
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt.
GAPP	Gestión y Análisis de Políticas Públicas.
ICE	Información Comercial Española. Revista de Economía.
JZ	Juristenzeitung.
NEJ Seix	Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
NZVw	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht.
Publitec.	Publitecna.
RAP	Revista de Administración Pública.
RArAP	Revista Aragonesa de Administración Pública.
RDA	Revista de Derecho Ambiental.
RDM	Revista de Derecho Mercantil.
RDP	Revista de Derecho Privado.
REDA	Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo.
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional.
RDUyMA	Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente.
Reis	Revista Española de Investigaciones Sociológicas.
REP	Revista de Estudios Políticos.

Abreviaturas

REALA	Revista de la Administración Local y Autonómica.
RFAP	Revue Française d'Administration Publique.
RFDA	Revue Française de Droit Administratif.
RGD	Revista General del Derecho.
RGDLJ	Revue Générale de Droit, de la Législation et de la Jurisprudence.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RIEJ	Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques.
RJC	Revista Jurídica de Cataluña.
RPJ	Revista Poder Judicial.
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública.
VerwArch	Verwaltungsarchiv.
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer.

Leyes y reglamentos.

CC	Código Civil.
CE	Constitución Española de 1978.
CP	Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.
ERTV	Estatuto de la Radiodifusión y Televisión, aprobado por Ley 4/1980, de 10 de enero.
LI	Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria.
LIIAA	Ley 3/1998, de 27 de febrero, de Intervención Integral de la Administración Ambiental.
LMV	Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.
LORTAD	Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, Reguladora del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal.
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
RAMNIP	Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre.
RICSI	Reglamento de Infraestructura para la Calidad y Seguridad Industrial, aprobado por RD 2200/1995, de 28 de diciembre.
ROAS	Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades Locales aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio.

Organismos y acuerdos internacionales.

CCI	Cámara de Comercio Internacional.
FAO	Organización Mundial para la Agricultura y la Alimentación.
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade.
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
OMC	Organización Mundial del Comercio.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
OTC	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.
SFS	Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

Asociaciones, organizaciones profesionales y organismos de autorregulación:

AENOR	Asociación Española de Normalización y Certificación.
AFNOR	Association Française de Normalisation.
AAP	Asociación Autocontrol de la Publicidad.
AECC	Asociación Española para la Calidad.
AECOC	Asociación Española de Codificación Comercial.
ASA	Advertising Standards Authority Limited.
ASAI	Advertising Standards Authority for Ireland.
ASE	Asociación Acción Social Empresarial.
BACC	Broadcast Advertising Clearance Centre .
BSI	British Standards Institution.
BVP	Bureau de Vérification de la Publicité.
CEN	Comité Europeo de Normalización.
CENELEC	Comité Europeo de Normalización Electrotécnica.
CIC	Consejo de la Información de Cataluña.
CLEP	Commission Luxembourgeoise pour l'éthique en publicité.
DIN	Deutsches Institut für Normung.
DW	Deutscher Werberat.
EASA	European Standards Alliance.
EAT	European Advertising Tripartite.
EDEE	Enossi Diafimistikon Etairion Ellados.

Abreviaturas

EN	European Standard.
ENAC	Entidad Nacional de Acreditación.
ETSI	Instituto Europeo de normas de Telecomunicaciones.
FAPE	Federación de Asociaciones de Prensa Españolas.
FIV	Federación Internacional de Bolsas de Valores.
FWUM	Österreichischer Werberat.
IAA	International Advertising Assotiation.
IANA	Internet Assigned Number Authority.
IAP	Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria.
IASC	International Accounting Standars Commite.
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.
ICAP	Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade.
IASC	International Accounting Standars Commite.
IFAC	International Federation of Accountants.
IOSCO	Organización Internacional de Comisiones de Valores.
ISO	International Organization for Standadization.
ISOC	Internet Society .
JEP	Jury d'Ethique Publicitaire.
ONG's	Organizaciones no gubernamentales.
TÜV	Technische Überwachung Vereine.
VDE	Verband Deutscher Elektroniker.
VDI	Verein Deutscher Ingenieure.
W3C	World Wide Web Consortium.

Otras abreviaturas utilizadas.

AA. VV.	Autores varios.
ARCPC	Análisis de Riesgos y Control de Puntos Críticos.
Art. (s)	Artículo (Artículos).
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
BPL	Buenas Prácticas de Laboratorio.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CEC	Centro de Estudios Constitucionales.
CEMCI	Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial.

Abreviaturas

CES	Comité Económico y Social de la Unión Europea.
CIS	Centro de Investigaciones Sociales.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores.
Coord. (s)	Coordinador (Coordinadores)
CPE	Comisión Permanente Española de Electricidad.
Dir. (s)	Director (Directores)
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
DOP	Denominación de origen protegida.
Ed. (s)	Editor (Editores)
ed.	Edición.
EMAS	Sistema comunitario de ecogestión y auditoría ambiental.
F.J.	Fundamento Jurídico.
FORPA	Fondo de Ordenación y Regulación de Precios y Productos Agrícolas.
Hrsg.	Herausgeber.
IEA	Instituto de Estudios Autonómicos.
IEAL	Instituto de Estudios de la Administración Local.
IEE	Instituto de Estudios Económicos.
IEP	Instituto de Estudios Políticos.
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública.
IGO	Instituto García Oviedo.
IGP	Indicación geográfica protegida.
IRANOR	Instituto Nacional de Racionalización y Normalización.
IRATRA	Instituto de Racionalización del Trabajo.
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
MAP	Ministerio de Administraciones Públicas.
MOPTMA	Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente.
n.º	Número.
op. cit.	Obra citada.
p. (pp.)	Página (Páginas).
PICS	Platform for Internet Content Selection.
RD	Real Decreto.
Rev.	Revista.
RIC	Reglamentos Internos de Conducta.
RTVE	Ente público Radio Televisión Española.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.

Abreviaturas

ss.	Siguientes.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
t.	Tomo.
TCP/IP	Transfer Control Protocol/Internet Protocol.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
UE	Unión Europea.
UNE	Una Norma Española.
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia.
vol.	Volumen.

INTRODUCCIÓN

Intentar comprender el estado de la cuestión de una realidad jurídico-social altamente cambiante supone siempre la revisión del aparato conceptual mediante el que dicha realidad ha venido siendo descrita. El uso de determinadas clasificaciones que se manejan habitualmente en la literatura jurídica, procedentes de distintos ámbitos del conocimiento, deja de ser apropiado cuando ya no pueden cumplir su función, esto es, cuando no consiguen dar cuenta adecuadamente de la realidad que pretendían clasificar.

En nuestro caso será la vinculación entre las nociones de regulación y Estado y las nociones de autorregulación y sociedad la que nos proponemos analizar críticamente. No es infrecuente considerar la intervención estatal –y, con mayor precisión, la intervención de la Administración pública en la sociedad- como un forma de regulación. Paralelamente, es habitual caracterizar los espacios libres de dicha regulación como manifestaciones de la autorregulación social. Relaciones como estas son las que serán revisadas, en un intento por dotar de contenido a la noción de autorregulación regulada. Podemos ya avanzar que, en el marco de las nuevas formas de articulación entre Estado y sociedad -y como consecuencia de ellas-, parece emerger un nuevo tipo de autorregulación que posee una notable similitud con algunas de las tradicionales técnicas de regulación, en concreto, con la actividad administrativa de policía. Ni que decir tiene que esta situación se convierte en fuente de perplejidades que no pueden ser desatendidas cuando se realiza una investigación en el ámbito del Derecho Administrativo. La estrecha ligazón existente entre la autorregulación regulada y algunas de las instituciones en torno a las cuáles se vertebra nuestra disciplina conlleva que, simultáneamente al desarrollo del fenómeno que pretendemos englobar bajo este término, se produzca también una mutación, casi un derrumbamiento, del instrumental conceptual propio de ésta. Debemos pues advertir de antemano que nuestra aportación, una vez constatado el estado de una cuestión en el que la doctrina iuspublicista apenas ha reparado, puede ser de utilidad para plantear nuevos interrogantes, muchos más de los que pueden ser contestados en un estudio como el que aquí se presenta.

Los primeros y los últimos pasos en la elaboración de esta tesis han sido recorridos en los momentos en los que la palabra “autorregulación” –*Selbstregulierung*- y la expresión “autorregulación regulada” –*Regulierte Selbstregulierung*-, respectivamente, han sido adoptadas por primera vez como objeto de análisis por parte del Derecho Público en Alemania. La dificultad que ello ha supuesto pudo ser paliada gracias a la pertenencia de la autora a un concreto grupo académico. Hace ya algunos años que, desde la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de Girona, mientras ha sido titular de la misma el Dr. José Esteve Pardo, se ha constituido un equipo de investigación dedicado a la reflexión sobre los fenómenos que denotan la intensión de la palabra y de la locución antes mencionadas.

El Director de esta tesis advirtió tempranamente, en una monografía que ha tenido una excelente acogida y una notable repercusión en nuestra doctrina –*Técnica, riesgo y Derecho: Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*-, sobre la incidencia de los riesgos tecnológicos en el surgimiento de nuevas fórmulas jurídicas, entre ellas, la autorregulación. Algunas de las cuestiones más problemáticas que derivan del planteamiento iniciado por este autor han sido tratadas en las tesis doctorales de Dolors Canals Ametller –*El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*- y Marc Tarrés Vives –*Normas técnicas y ordenamiento jurídico*-; y, también, en el trabajo de investigación de Mariola Rodríguez Font –*El régimen de comunicación en la Ley de intervención integral de la Administración ambiental de Cataluña (Ley 3/1998, de 27 de febrero)*-. Más recientemente, el mismo Dr. Esteve, en un trabajo publicado este mismo año –*Autorregulación. Génesis y Efectos*- constata que, no sólo ante la complejidad técnica, sino también ante la complejidad ética, aparecen diversas manifestaciones de la autorregulación que son tomadas en consideración por los poderes públicos y que poseen, con diversos grados de intensidad, relevancia para nuestra disciplina.

Esta tesis doctoral se enmarca en las coordenadas de la línea de investigación expuesta y se fundamenta en la intuición de que la autorregulación regulada está llamada a jugar, en los próximos años, un papel decisivo en la configuración futura del Derecho Administrativo.

Al ser, sin embargo, la autorregulación, un fenómeno de origen social, sus fundamentos y sus principales desarrollos deben buscarse en el marco de disciplinas no jurídicas, cuyas aportaciones son de gran utilidad para este trabajo. No son pocas, pues, las dificultades metodológicas con las que nos hemos tenido que enfrentar derivadas, de nuevo, del carácter borroso con el que se dibujan los contornos de nuestro objeto de estudio. Sobre este aspecto, en concreto, son cuatro las cuestiones que deseáramos destacar.

En primer lugar, como hemos avanzado, la investigación ha exigido un enfoque pluridisciplinar para entender la evolución del concepto de autorregulación y la variedad de significados que se otorga al correspondiente término, lo cual explica las referencias a la Sociología, a la Ciencia Política, y a la Filosofía y la Ética aplicadas. Estas disciplinas complementan también los apartados de este estudio destinados a ubicar el tema que nos ocupa en el marco de la transformación de las relaciones entre el Estado y la sociedad.

En segundo lugar y con la misma finalidad, se han utilizado las aportaciones doctrinales de algunos juristas de la órbita germánica y anglosajona. Con todo no se ha llegado a elaborar, ni se ha pretendido tampoco, un análisis de derecho comparado. Las manifestaciones de la autorregulación regulada que son analizadas en este trabajo derivan de ejemplos tomados, principalmente, del ordenamiento jurídico español. Sólo en la medida en que han podido ser de alguna utilidad para mejorar la comprensión y el alcance de nuestra tesis, se han traído a colación, puntualmente, algunos ejemplos propios de otros ordenamientos de nuestro entorno más próximo. Intuimos, sin embargo, que, de haberse realizado un estudio en profundidad de tales ordenamientos, nuestra línea discursiva no habría sido muy distinta. Los campos en los que opera la autorregulación regulada están directamente influenciados por la normativa comunitaria, que impone claramente, en su desarrollo, la adopción de una estrategia común por parte de todos los Estados miembros de la Unión Europea.

En tercer lugar, debe señalarse que ha sido necesario manejar de una forma poco ortodoxa las fuentes doctrinales, legislativas y jurisprudenciales. En la formulación de las cuestiones conceptuales han prevalecido, como no podía ser de otro modo, las fuentes doctrinales. La legislación y la jurisprudencia, en cambio, se han utilizado de un

modo poco convencional, puesto que las referencias a estas fuentes no tienen por función principal el análisis de relaciones jurídicas concretas, ni la exposición del régimen jurídico de determinados sectores o instituciones. Cuando se han abordado cuestiones conceptuales se ha hecho uso de leyes y sentencias sólo en la medida en que en ellas apareciese el término “autorregulación”. Al enfrentar el estudio de las concretas manifestaciones de la autorregulación, las fuentes normativas y jurisprudenciales se han tomado como una muestra de la confianza depositada por los poderes públicos en este instrumento. No se ha profundizado, pues, ni en el régimen jurídico concreto de tales manifestaciones ni en muchos de los múltiples problemas que de éste derivan.

En cuarto lugar, la inexistencia de estudios que aborden frontalmente el tema propuesto ha acentuado la necesidad de poner de manifiesto el origen y las bases doctrinales de la investigación. De ahí la profusión de notas complementarias, que son desarrolladas con mayor detalle cuando se citan fuentes doctrinales o documentos de autorregulación de uso poco frecuente por la doctrina iuspublicista. Con carácter general, las referencias doctrinales, legislativas y jurisprudenciales se sitúan fuera del texto principal de la tesis. Con esta separación se han pretendido deslindar las ideas y reflexiones propias, sin perjuicio del correspondiente soporte argumental.

El conjunto de constataciones y propuestas con el que hemos tenido la intención de avalar la hipótesis avanzada ha quedado estructurado en un total de cinco capítulos. A su vez, es posible efectuar una distinción entre los propósitos que animaron la investigación en los tres primeros, y aquellos que han servido de motivación para la redacción de los dos últimos. Nos referimos en concreto al carácter prioritariamente descriptivo de los primeros y al carácter más estipulativo en el análisis de los últimos.

El capítulo primero está redactado fija el marco en el que se desarrolla la autorregulación regulada y esclarece las principales razones que explican su actual expansión. Esta introducción ofrece la perspectiva necesaria para contemplar cómo y en que medida se concreta este fenómeno en diversos ámbitos. Esta tarea es abordada en los dos capítulos siguientes, a través de una selección meramente ejemplificativa de los sectores analizados. En el capítulo segundo se describen aquellas manifestaciones de la autorregulación regulada que denotan una peculiar interconexión entre la técnica y el Derecho. La normalización y la certificación de productos, así como la intensa actividad

de adaptación de las empresas a las reglas técnicas formuladas por sujetos privados ofrecen sugerentes y variados ejemplos de gran interés para este trabajo. La especialización técnica y profesional así como la existencia de unas reglas técnicas y de un *ethos* particular en el ejercicio de actividades de destacada incidencia en la sociedad permiten englobar, en una línea similar de reflexiones, las manifestaciones de la autorregulación que tienen lugar en distintos ámbitos relacionados en general con el ejercicio de toda profesión. Entre estos hemos seleccionado los medios de comunicación, la publicidad y las nuevas tecnologías de la información. A su análisis se ha dedicado el capítulo tercero.

En los dos últimos capítulos se realiza un esfuerzo por delimitar, desde un punto de vista conceptual en qué consiste la autorregulación regulada y en qué consiste la regulación pública de la autorregulación, respectivamente, intentando no caer en el esencialismo lingüístico, y destacando algunos de los problemas que plantea este fenómeno desde la perspectiva del Derecho Administrativo. Puede avanzarse ya que, en términos muy generales, la autorregulación se concreta en diversos grupos de normas de origen social –autorregulación normativa- y en una batería de controles privados que avalan y/o garantizan el cumplimiento de tales normas –autorregulación declarativa y resolutoria, respectivamente-. La autorregulación regulada aparece cuando estos fenómenos son tomados en consideración por los poderes públicos, mediante la regulación pública de la actividad normativa y de control que ejercen los sujetos privados. Esta forma de regulación se manifiesta, principalmente, en la existencia de un control estatal sobre los sujetos y los instrumentos de autorregulación así como en la presencia de normas jurídico-administrativas que tienen por objeto vincular la autorregulación a la satisfacción de fines públicos, fijar las garantías necesarias para ello, o atribuir a aquélla concretos efectos públicos.

Las principales líneas por las que discurre esta investigación están relacionadas, como hemos dicho, con la transformación de las relaciones Estado sociedad. Tales relaciones han estado basadas, durante siglos, en la primacía del Estado sobre la sociedad civil. Esta primacía se ha venido manifestando en el aspecto jurídico -atribuyéndose al Estado el monopolio del ejercicio legítimo del poder y de la creación del Derecho-; ha sido destacable en el aspecto técnico -mediante la creación de una burocracia profesional al servicio de la Administración- y se ha apelado a ella, incluso,

en el aspecto ético o moral –mediante la consideración del Estado como portador de un proyecto de justicia social-.

Como es sobradamente conocido, sobre la base de esta primacía, las Constituciones modernas han impuesto a los poderes públicos el cumplimiento de una serie de fines y objetivos de muy difícil materialización. Sobre las espaldas del Estado Social ha recaído la responsabilidad de velar por la protección de la salud y la seguridad de las personas y del medio ambiente, por poner sólo algunos ejemplos, y de compatibilizar estos objetivos con la promoción del progreso social y económico. La consolidación de este tipo de Estado en Europa occidental ha venido acompañada de una dinámica de progresivo aumento de las demandas de la sociedad: puesto que parecía que el Estado lo podía todo, todo se esperaba del Estado. En otras palabras, la primacía del Estado sobre la sociedad se ha sustentado en la confianza en su capacidad para satisfacer los fines públicos que le han venido siendo asignados.

Esta confianza venía avalada en lo jurídico, esencialmente, por el diseño doctrinal de la teoría del Estado y del Derecho Administrativo. La creación de unas estructuras de poder -dotadas de autoridad y titulares de potestades exorbitantes-, sometidas a un régimen jurídico específico -basado en el establecimiento de las garantías necesarias para compensar las prerrogativas atribuidas a la Administración-, permite pensar que el Estado dispone de los medios necesarios para realizar sus funciones y que los ciudadanos gozan de las garantías suficientes para que tales funciones se ejerzan en beneficio del interés común.

Como complemento de estas consideraciones y en el terreno de la actividad técnica del Estado, la confianza en el mismo está estrechamente vinculada a la confianza que la modernidad ha venido depositando en la Ciencia y en las bondades que se han predicado de su desarrollo y de su aplicación. Mediante la creación de cuerpos funcionariales con unos conocimientos técnicos específicos, el Estado asumió como propia la actividad de fomento, de regulación y de control del progreso técnico. La dinámica generada por la confianza en la capacidad técnica del Estado ha conducido a que se apele también a él para regular y controlar los riesgos –para la salud, la seguridad y el medio ambiente- generados precisamente por el desarrollo tecnológico.

Desde otro punto de vista, la correlación histórica existente entre la secularización de la sociedad y la progresiva adquisición de protagonismo de lo público frente a lo privado, hizo que algunos viesen al Estado envuelto en una áurea de bondad –portador de un proyecto de justicia social-. Entendieron así que se producía una progresiva sustitución de la moral universal por una moral pública. Esto es, la confianza depositada en aquél no la entendieron derivada sólo de la estructuración técnico-jurídica a la que nos hemos referido, sino también de la creencia en la superioridad de los intereses públicos definidos por el Estado sobre los intereses privados.

Si se partía de un modelo teórico de sociedad relativamente simple, la superioridad de lo público y, por ende, del Estado, parecía resultar indiscutible. En un contexto tal, tampoco ofrecía dudas el monopolio estatal del ejercicio del poder y de la creación del Derecho. La confianza en la capacidad técnica del Estado no se cuestionó tampoco en una sociedad en la que los daños ocasionados por el desarrollo de la tecnología eran ocasionales, y tenían lugar mayoritariamente cuando los particulares –la industria, las empresas, los profesionales de la medicina o de la construcción, por poner algunos ejemplos- no cumplían la legalidad. En estos casos las técnicas de policía administrativa resultaron las más adecuadas para prevenir tales daños y sancionar a los responsables.

La estructuración de la sociedad en nuestros tiempos, sin embargo, no responde al modelo descrito. El sistema social se caracteriza por su complejidad. Sus protagonistas no son ya, como antaño, los individuos, con sus particulares intereses; el entramado social se articula hoy en torno a grupos profesionales, corporaciones, empresas, asociaciones, agrupaciones en suma, con una elevada capacidad de autorregulación. Las sociedades actuales se caracterizan también por ser sociedades amenazadas por el riesgo. Los daños que puede causar el desarrollo tecnológico no provienen de una aplicación de las nuevas tecnologías al margen de la legislación sino de riesgos intrínsecos, insospechados a veces, de la propia técnica. Tales riesgos no pueden ser eliminados por completo en ningún caso. Su adecuada gestión requiere al menos de la intervención de las organizaciones privadas que los generan, esto es, aquellas que poseen el dominio directo del desarrollo tecnológico y que son, a su vez, depositarias del conocimiento necesario para prever sus consecuencias.

En éstos y muchos otros aspectos, las sociedades actuales son radicalmente distintas a las existentes doscientos años atrás. También los Estados se han transformado.

La primacía moral del Estado se ha desvanecido cuando algunos han constatado la incapacidad de éste para liderar un proyecto de justicia social donde la dilapidación y la corrupción estuviesen ausentes. El Estado social ha entrado en crisis. También la primacía técnica del Estado ha sido puesta en cuestión. Se ha demostrado que el Estado e, incluso, la propia Ciencia, no es capaz de garantizar la seguridad de los ciudadanos frente a los riesgos tecnológicos. No es posible tampoco confiar en el cumplimiento de la legislación y de las reglamentaciones públicas, ni en la certificación administrativa de dicho cumplimiento, para evitar los riesgos ambientales derivados del desarrollo tecnológico o los riesgos para la salud generados por la industria alimentaria. La confianza en las estructuras de la organización administrativa asimismo se debilita cuando se observa que la Administración, y sus técnicas clásicas de actuación, son manifiestamente incapaces para conseguir la ejecución de normas jurídicas de contenido técnico o de marcado carácter ético. En último lugar, también la primacía jurídica del Estado se encuentra socavada. Los procesos de globalización y regionalización, por un lado, y el reconocimiento de la capacidad de autorregulación de la sociedad, por el otro, ponen de relieve la pérdida del monopolio estatal de la creación del Derecho. Este monopolio parece desvanecerse ante la simple constatación de la existencia de un Derecho de origen supraestatal. Es puesto en duda también, con menor fundamento pero con aguda intuición, por aquellos autores que han reflexionado sobre la existencia de un Derecho de origen social -que se manifestaría, de acuerdo con la terminología expuesta en este trabajo, en la autorregulación normativa-.

De hacer caso a los agoreros diríamos que estamos ante una situación terminal no sólo del Estado social sino, también, del Estado mismo. De hecho se predica el fin del Estado, como se predica el fin de una época, y con ello no se hace sino poner de relieve que los referentes que hasta hoy parecían seguros se han desvanecido.

El auge de la autorregulación, su virtualidad para complementar o sustituir la clásica actividad de policía administrativa y el impulso que recibe de la Unión Europea y de la propia legislación estatal, denotan un claro traslado de la confianza antes

depositada en el Estado hacia las estructuras privadas de autorregulación. Con todo ello, si quienes diseñaron el Estado, en sus versiones liberal y social, tenían plena confianza en esta forma de organización política, los nuevos arquitectos parecen poner su esperanza en la sociedad civil: en su capacidad técnica, en su capacidad de reflexión ética y, en definitiva, en su capacidad de autorregulación.

En una tendencia de signo inverso a la que podría derivarse de la exposición precedente, la autorregulación regulada no responde a este proceso de debilitamiento del Estado. Se advierte, por el contrario, que nos encontramos, paradójicamente, ante una intensificación de sus rasgos autoritarios, bajo el manto de una dejación de parcelas de autonomía a la sociedad. La autorregulación regulada no denota una disminución de la intervención y del control estatal. Lo que se está produciendo es, a nuestro entender, una transformación de los instrumentos tradicionales de actuación de los poderes públicos. Los Estados renuncian a algunas de sus formas y estructuras de intervención – significativamente, disminuye notablemente el uso de instrumentos de regulación de policía-, en aras a una potenciación de la actuación de las fuerzas sociales. Se pretende con ello lograr una intervención más intensa de la actividad desarrollada en el seno de organizaciones sociales que, de otro modo, serían inaccesibles a cualquier control público. Los nuevos equilibrios entre el Estado y la sociedad que deben establecerse a partir de estas nuevas realidades ponen a prueba los instrumentos propios del Estado de Derecho, forzando al máximo las nociones mismas de Administración Pública y de Derecho Administrativo.

Para avalar esta tesis deben confirmarse previamente diversas hipótesis. En primer lugar deberá articularse con mayor precisión y fundamento el discurso esbozado. En segundo lugar tendremos que encontrar una vinculación entre la función estatal de garante, propia del Estado policía, con la gestión de los riesgos que hoy es encomendada, en primera instancia, a la sociedad. En tercer lugar deberá hallarse el correspondiente paralelismo entre las diversas manifestaciones de la autorregulación y las técnicas de regulación de policía –reglamentaciones, autorizaciones, inspecciones y sanciones administrativas-. Demostrar la intensificación de la intervención estatal en la sociedad a través de la autorregulación regulada conllevará, a su vez, la necesidad de demostrar otras dos premisas. Deberá probarse, por un lado, que la autorregulación incide en aspectos de la vida social históricamente no intervenidos y, por el otro, que su

desarrollo no se produce, en ningún caso, al margen del Estado. La autorregulación objeto de este estudio es siempre, como se verá, una autorregulación instrumentalizada, fomentada, dirigida y controlada por y desde el Estado.

Sólo la autorregulación regulada llamada a complementar y/o a sustituir la tradicional actividad administrativa de policía es objeto de nuestro interés. Solamente esta concreta manifestación de la autorregulación incide en las bases mismas del Derecho Público. El estudio de la autorregulación regulada plantea cuestiones que no pueden ser todavía contestadas, pero permite también entrever algunas respuestas y abrir nuevos horizontes a una disciplina que, sin lugar a dudas, ha sido articulada en torno al establecimiento de las garantías necesarias frente al ejercicio de poder, el ejercicio de autoridad y la satisfacción de fines públicos –rasgos estos predicables también, en su configuración más novedosa, de la autorregulación regulada de origen social-.

CAPÍTULO I. LA AUTORREGULACIÓN REGULADA EN EL NUEVO ESTADIO DE RELACIONES ESTADO SOCIEDAD.

I. AUTORREGULACIÓN REGULADA Y DERECHO ADMINISTRATIVO.

Desde una lectura algo simplificada de nuestro objeto de estudio, aunque no carente de fundamentos históricos y doctrinales, vale decir que la contraposición entre las nociones de “regulación” y “autorregulación” se correspondería con una concepción tradicional de las relaciones Estado sociedad basada en el principio de estricta separación entre ambas realidades. Los ámbitos materiales, los fines y los instrumentos de regulación estatal serían, en principio, incompatibles y opuestos a los propios de la autorregulación social.

Este planteamiento, a pesar de no haber sido formulado explícitamente en los términos que acabamos de utilizar, ha tenido una notable influencia en el proceso de gestación del Derecho Administrativo, cuyo origen se sitúa, convencionalmente, en el marco de la Revolución francesa y de las sucesivas revoluciones liberales¹. Incluso podría afirmarse que el núcleo duro de esta disciplina sigue siendo heredero de la concepción de las relaciones Estado sociedad que subyace a las afirmaciones precedentes².

¹ Demuestra sin lugar a dudas el carácter meramente convencional de este origen, M. S. GIANNINI, en *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1986 [*Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1980, traducción de M. Baena del Alcázar y J. M. García Madaria]. Sin embargo, el marco ideológico en el que tiene lugar la Revolución francesa permite comprender, sin necesidad de mayores precisiones, muchas de las afirmaciones generales que sostenemos en el texto y que tienen un carácter meramente introductorio.

² En puridad, la oposición conceptual entre Estado y sociedad tiene su origen en la formación del Derecho Administrativo alemán. Dicha oposición reflejaba la confrontación política existente, a lo largo de todo el siglo XIX, entre, por un lado, el príncipe y su aparato –esto es, la nobleza, la burocracia y el ejército– y, por el otro, la sociedad burguesa, con sus pretensiones parlamentarias. El núcleo del Estado estaba formado, pues, por el poder ejecutivo que aparecía, en cierto modo, situado por encima de la sociedad. El proceso de democratización condujo a una relectura de estos postulados, de acuerdo con la cual el Estado, entendido ya como la totalidad de los órganos estatales y del derecho estatal, debía ser soberano frente a la sociedad para poder cumplir con éxito sus funciones. A nuestro entender, es esta relectura de las relaciones Estado sociedad, que sigue manteniendo la supremacía del primero sobre la segunda y la existencia de una frontera de separación entre ambas realidades, como garantía de las libertades individuales, la que se ha mantenido especialmente viva, irradiando su influencia más allá del momento histórico y del entorno geográfico y doctrinal en el que se ha venido desarrollando. Sobre ello véase: E. W. BÖCKENFÖRDE, “Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft in demokratischen Sozialstaat der Gegenwart”, en E. W. Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt, 1976, pp. 185 y ss.; y M. KRIELE, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Verlag GmbH, Hamburg, 1975,

El Estado fue concebido como una forma de dominación política cuya función principal consistía en garantizar el orden y la paz social. Esta función de garante se ejercía mediante la acción reguladora del Estado sobre la sociedad³. Hasta que no se hallaron otros títulos de legitimación de la Administración, sólo la alteración del orden público -la puesta en peligro de la seguridad de los individuos, según la concepción propia de aquella época-, legitimaba su acción reguladora. La protección de otros bienes igualmente valiosos, elevados a la categoría de derechos fundamentales –por aquel entonces, básicamente, la propiedad y la libertad- constituía, asimismo, un título de legitimación estatal reconducible a la noción de seguridad⁴.

[consultado en la versión española, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 433 y ss.].

³ La caracterización del Estado como garante del orden y del sistema social, y como imagen de la unidad de la sociedad, que se reflejaba ya en las obras de Rousseau y Hegel, es una herencia que llega hasta nuestros días. Nos lo recuerda el profesor U. DI FABIO, en *Das Recht offener Staaten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 23. La influencia de esta concepción en la teoría clásica del Estado, que considera el pueblo, junto con el territorio, como elemento definidor del ámbito de validez del orden estatal, es también una muestra de ello. En este aspecto puede verse: H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, Editora Nacional, México, 1979, [*Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlin, 1925, traducción de L. Legaz Lacambra]; y *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Tecnos, Madrid, 1997, [*Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, 1930, traducción de J. A. García Amado]. Según este planteamiento, el Estado es, en suma, la comunidad organizada. Así, por ejemplo, G. JELLINEK, *Teoría general del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1954, [*Allgemeine Staatslehre*, Häring, Berlin, 1914, traducción de F. de los Ríos], pp. 195 y ss; H. HELLER, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1947, [*Staatslehre*, Sijthoff, Leiden, 1934, traducción de L. Tobío], pp. 225 y ss; o G. DEL VECCHIO, *Teoría del Estado*, Bosch, Barcelona, 1956, [*Lo Stato*, Editrice Studium, Roma, traducción de E. Galán y Gutierrez], p. 89.

En definitiva, se concibe la sociedad como un elemento del Estado, o como el destinatario de la acción estatal de ordenación y regulación. Esta sociedad, organizada por el Estado, recibe la designación de “sociedad estatal”. Utilizan esta denominación, según indica A. GALLEGO ANABITARTE, en “Constitución y política. (Estudio sobre la “Teoría de la Constitución”, de Karl Lowenstein)”, incluido en la traducción española a la obra de K. LOWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986, [*Verfassungslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1959, traducción de A. Gallego Anabitarte], p. 566, el propio Lowenstein, pero también M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 1960, p. 17; y PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, París, 1969, pp. 6 y ss.

⁴ La identificación entre la seguridad y la garantía de la libertad y de la propiedad, como fuente de legitimación de la intervención del Estado o, incluso, como fundamento mismo de su existencia, están claramente presentes en el pensamiento de autores como Locke, Hobbes, Rousseau o Montesquieu. M. REBOLLO PUIG, en “La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad”, *RVAP*, n.º 54, 1999, pp. 247-282, p. 251, retoma algunas de las principales ideas de estos autores para explicar el origen y la evolución –así como la presencia permanente en el núcleo del Derecho Administrativo- de la noción de policía. Según este autor: “El lugar preeminente y carácter especial que la teoría política y jurídica del liberalismo confería a la policía obedecía a dos tipos de razones conectadas, pero distintas: por una parte, el mantenimiento del orden público se consideraba misión esencial del Estado y, sobre todo, de su Administración a la que caracterizaba casi por completo; por otra, se aceptaba que la actividad administrativa dirigida al mantenimiento del orden público (actividad de policía) contaba con todos los poderes necesarios para conseguir su fin y, por ello, se adaptaba mal a las exigencias normales del principio de legalidad”.

En suma, la identificación entre seguridad, libertad y propiedad está relacionada con los intereses de la sociedad que reclamaba la protección del Estado. Como señala M. WEBER, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, [traducción del original *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie*, 1922, a cargo de J. Medina Echevarría, J. Roura Parella, E. Ímaz, E. García Maynez y J. Ferrater Mora], Fondo de Cultura Económica, México, 1984. p. 667: “desde un punto de

En cualquier caso, la afirmación del poder y de la supremacía del Estado frente a la sociedad –aunque también frente al poder de otros Estados, según la clásica expresión de la noción de soberanía-, el monopolio estatal del poder legítimo y el monopolio de la definición del interés general, como instrumentos para conseguir la mencionada función, son también rasgos característicos de la construcción doctrinal que hemos heredado⁵.

Es indudable que la Administración pública, en su condición de poder ejecutivo del Estado –en su calidad, incluso, de Estado mismo-, asumió los elementos propios de éste. Es por ello que, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, la noción de “regulación”, en su acepción originaria y nuclear, se identifica con la actividad de intervención administrativa encaminada a garantizar el orden público o la seguridad de los ciudadanos, mediante instrumentos autoritarios o técnicas de policía -reglamentos, inspecciones, autorizaciones y sanciones administrativas-⁶.

Si la regulación se caracterizaba por su origen estatal y, desde el punto de vista de la sociedad, implicaba coacción, obligatoriedad y heteronomía, la autorregulación se predicaba de la sociedad y, más en concreto, del mercado.

vista económico los interesados en la pacificación son ante todo los interesados en el desarrollo del mercado, sobre todo la burguesía de las ciudades”. Y es también esta misma exigencia de orden y protección (“policía”) la que explica el surgimiento de la burocracia estatal, de la Administración del Estado. Así: M. WEBER, *¿Qué es la burocracia?*, [traducción del original *Was ist die Bürokratie?* a cargo de R. Arar], Leviatan, Buenos Aires, 1985, pp. 44-45. Así, M. COLMEIRO *Derecho Administrativo Español*, t. I, Librería de don Ángel Calleja, Madrid/Santiago, 1874, p. 313, se refiere a la policía de seguridad como “la vigilancia que la autoridad ejerce para impedir que el orden público se altere y se atente contra la libertad, la propiedad y la seguridad individual”.

⁵ Como señala R. MAYNTZ, en *Sociología de la Administración pública*, [*Soziologie der öffentlichen Verwaltung*, Müller, Heidelberg, 1978, versión española de J. Almaraz y revisión de J. F. A. Alonso Rodríguez], Alianza, Madrid, 1985, p. 30, la “monopolización del poder” se produce históricamente como consecuencia del proceso de centralización política que caracterizó la aparición de las monarquías absolutas y el desarrollo de los Estados territoriales y es un rasgo que, jurídicamente, se ha mantenido inalterado hasta nuestros días. Otras expresiones han venido a identificar este proceso de centralización de poder por parte del Estado. Entre otras, puede resaltarse la utilizada por M. WEBER, la “monopolización de la violencia legítima”: M. WEBER, *Economía y Sociedad*..., op. cit.

También sigue inalterada la concepción según la cual sólo al Estado, o a los poderes públicos, les corresponde definir los intereses generales. No obstante, la facultad de decisión última del Estado no ha impedido reconocer que el desarrollo del Estado Social comporta, necesariamente, una colaboración de la sociedad en la consecución de tales fines. Así lo ha admitido incluso el Tribunal Constitucional, en la STC 18/1984, de 7 de febrero, en la que se afirma que “la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad”. En la misma línea, pueden consultarse las SSTC 23/1984, de 20 de febrero, y 67/1985, de 24 de mayo.

⁶ En el Capítulo V, al analizar la evolución sufrida por la noción de “regulación”, intentaremos confirmar esta afirmación.

La autorregulación era entendida, en pleno auge del liberalismo, como la capacidad del mercado para encontrar sus propios equilibrios, sin injerencia alguna de los poderes públicos⁷. La identificación entre las nociones de sociedad y mercado, propiciada por el protagonismo alcanzado por la burguesía, es indicativa del único ámbito, el de las relaciones económicas, en el que existía o del que se predicaba una mínima autorregulación social. Sólo la autorregulación del mercado, en su condición de elemento delimitador de la intervención estatal, poseía cierta relevancia para el Derecho público. Dicha relevancia no provenía, sin embargo, de su carácter jurídico. Con el término “autorregulación” se pretendía justificar la existencia de una racionalidad económica -propia del mercado- distinta de la racionalidad jurídica –propia del Estado-.

En este marco ideológico, pues, los fines, los instrumentos y las funciones del Estado y de la sociedad estaban claramente delimitados. Dicho en otros términos, la correlación existente entre las nociones de Estado, regulación, policía y Derecho Administrativo se opone, en el contexto que venimos describiendo, a las nociones de sociedad, autorregulación, mercado y Derecho privado.

Ahora bien, hemos advertido ya que, a pesar de ello, la antinomia semántica con la que hemos empezado este epígrafe responde a una visión simplificada de la realidad. Para ser más exactos, dicha antinomia responde a una forma histórica de estructuración de las relaciones Estado sociedad que no había alcanzado, ni de lejos, el grado de complejidad que caracteriza dichas relaciones en nuestros tiempos.

Para comprender cómo se estructura la sociedad contemporánea y cómo se relacionan los poderes públicos con ella, nos parece especialmente acertada la reconstrucción de la teoría del Estado que ofrece Niklas Luhmann a partir de la

⁷ Esta noción de autorregulación, propia del Estado liberal, fue defendida contundentemente por los ideólogos de la época, sobre la base de las teorías elaboradas por el filósofo y economista escocés Adam Smith en su obra *The Wealth of Nations*, London, 1904, [Consultada *La riqueza de las Naciones*, Traducción de Carlos Rodríguez, Alianza, Madrid, 1995]. El liberalismo en lo económico tuvo, como es conocido, una notable incidencia en el liberalismo político, que extendió el principio de no intervención estatal a todos los ámbitos de relación entre Estado y sociedad. En el Capítulo IV de este trabajo, con ocasión del análisis de la utilización que del término “autorregulación” se hace en diversas disciplinas, retomaremos de nuevo estas ideas e intentaremos ampliar lo que hasta aquí ha sido expuesto tan someramente.

aplicación de su teoría de sistemas⁸. Este autor parte de la idea de que no existe una diferenciación entre Estado y sociedad, sino una distinción funcional entre diversos subsistemas que se comunican entre sí. Los subsistemas jurídico, político y administrativo, integrantes de la noción de Estado, forman parte, junto con otros subsistemas sociales -como la cultura, la economía, o la ciencia-, de la sociedad o sistema social. La relación entre subsistemas no se define por la supremacía de unos sobre otros, sino por la especialización funcional y por la prestación mutua de recursos⁹.

Para caracterizar este nuevo modelo se ha sostenido que nos hallamos ante un “Estado abierto, hacia el exterior y hacia el interior”¹⁰. Se trata de un Estado que ha dejado de ser la cúspide de la sociedad estatal, para convertirse en una estructura más de una sociedad que no conoce fronteras. Este modelo de Estado está hoy integrado en una sociedad “policéntrica”, una “sociedad sin vértice y sin centro”¹¹, “abierta” y altamente autorregulada¹².

⁸ N. LUHMANN, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, G. Olzog, München, 1981 [se ha consultado la versión española, traducida por F. Vallespín, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Alianza, Madrid, 1993].

⁹ La misma idea es expresada por J. HABERMAS, *El discurso filosófico de la Modernidad*, Taurus, Madrid, 1989, [*Der Philosophische Diskurs der Moderne: zwölf Vorlesungen*, traducción de M. Jiménez Redondo], pp. 422-423, en los siguientes términos: “el mundo de la vida se ha descompuesto sin residuo alguno en subsistemas funcionalmente especificados”. Estos subsistemas “tienen que servirse mutuamente de contrapeso porque ninguna de las funciones necesarias para la sociedad global, que cada una de ellas cumple, alcanza un primado capaz de determinar la sociedad global. Ninguno de los subsistemas podría ocupar la cúspide de una jerarquía y representar el todo, como antaño, en las sociedades estratificadas, el rey representaba a su reino”.

¹⁰ Esta es la expresión que utiliza U. DI FABIO, en *Das Recht offener Staaten*, op. cit., pp. 5 y ss., para dar cuenta de la mutación que han sufrido los Estados nacionales en los últimos años. Si estos surgieron en un contexto de autoafirmación interna y externa, vinculada a la noción de soberanía, su apertura actual, hacia el interior y hacia el exterior, exige, según este autor, una nueva teoría del poder público. Sobre ello puede verse la recensión a este libro, por M. DARNACULLETA GARDELLA, en *REDC*, n.º 57, 1999, pp. 360 a 364.

¹¹ Como es sobradamente conocido, esta es la expresión utilizada por N. Luhmann para plasmar gráficamente las consecuencias de la diferenciación funcional en las sociedades contemporáneas y, en especial, su incidencia en las relaciones entre los subsistemas sociales no estatales y el poder -la política, la Administración pública y el Derecho-. Según este autor, “una sociedad organizada en subsistemas *no dispone de ningún órgano central*. Es una sociedad *sin vértice ni centro*. La sociedad no se representa a sí misma por uno de sus, por así decir, propios subsistemas genuinos”: N. LUHMANN, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, op. cit., p. 43.

¹² V. PÉREZ DÍAZ, en *La primacía de la sociedad civil*, Alianza, Madrid, 1993, p. 69, advierte que se debe a K. POPPER [*The Open Society and Its Enemies*, Londres, 1966] la calificación de la sociedad actual como una sociedad abierta. En una línea parecida, E. GIL CALVO, “Desinstitucionalización”, en R. Ramos Torre y F. García Selgas (Eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, CIS, Madrid, 1999, p. 277, destaca que, “del anterior predominio de un orden basado en instituciones centrales, jerárquicas y cerradas -como los Estados-, se habría pasado a otro orden basado en instituciones libres, abiertas, descentradas y altamente

La transformación de los subsistemas que integran el Estado y la sociedad, conduce también a una mutación de los instrumentos de actuación propios del uno y de la otra y de los mecanismos de interacción entre ambos. Tenemos ante nosotros un nuevo modelo de Estado que, en su función de garante de bienes tales como la salud, la seguridad o el medio ambiente –actuales versiones de la tradicional noción de orden público, como se defenderá más adelante-, ensaya nuevas formas de regulación que toman en consideración la capacidad autorregulativa de la sociedad, instrumentalizándola al servicio de los intereses generales. La peculiar articulación de la regulación pública con la autorregulación social, en los términos que serán analizados en este trabajo, da lugar a la autorregulación regulada¹³.

Si se confirma esta tendencia, la autorregulación regulada no responde a una contradicción intrínseca, a una antinomia insalvable, rechazable de plano, sino que es fruto de una nueva estructuración de las relaciones Estado sociedad que no puede ser desconocida por el Derecho Administrativo, aunque ello ponga a esta disciplina en una situación difícil, calificada incluso como dramática por algún autor¹⁴.

II. EL MARCO DE DESARROLLO DE LA AUTORREGULACIÓN REGULADA.

El tránsito de una teoría clásica del Estado, basada en el principio de separación entre éste y la sociedad, hacia la teoría de la sociedad policéntrica, formulada por Luhmann, se produce en un marco de pérdida de soberanía y de pérdida de legitimidad de los poderes públicos y, en concreto, de la Administración.

autorreguladas -como los mercados-”. Sobre los contenidos de esta obra colectiva véase la recensión de M. DARNACULLETA GARDELLA, en *RAP*, n.º 153, 2000, pp. 576 a 579.

¹³ La expresión “autorregulación regulada” ha sido introducida recientemente en el ámbito del Derecho Público por la doctrina alemana, a raíz de la publicación, en la revista *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, de las ponencias presentadas en el Seminario de celebración del sesenta aniversario del profesor Wolfgang Hoffmann-Riem, bajo el título, “Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates: Ergebnisse des Symposiums aus Anlass des 60. Geburtstages von Wolfgang Hoffmann-Riem [am 24./25. März 2000 in Hamburg]”. Vale decir que la adopción en este trabajo de la expresión mencionada se produce estipulativamente puesto que lo relevante será el concepto asociado a su uso y que, a su vez, conformará nuestra propuesta. Esto es, nada impide que venga a ser sustituida por cualquier otra menos confudente o más adecuada a la luz de ulteriores argumentaciones.

Soberanía y legitimidad constituyen dos conceptos clave de toda teoría del Estado que se hallan íntimamente relacionados entre sí. Un estudio preliminar de ambas nociones nos permite sostener que la soberanía hace referencia a la capacidad de imposición del poder estatal –capacidad del Estado para adoptar decisiones vinculantes y capacidad del Estado para imponer a la sociedad tales decisiones-, mientras que la legitimación está relacionada con su justificación¹⁵. La evolución de los criterios de legitimación de los poderes públicos, la pérdida de consistencia de algunos de los argumentos que han justificado, hasta fechas muy recientes, su misma existencia, así como la pérdida de importantes cuotas de soberanía estatal, dan razón de la transformación de las relaciones Estado sociedad en la que se enmarca la autorregulación regulada¹⁶.

En términos generales, es correcto afirmar que la pérdida de poder y la pérdida de legitimación del Estado tienen como contrapartida un aumento de poder de los subsistemas sociales no integrados en el Estado. Esta tendencia puede observarse desde distintos ángulos. En primer lugar, y a título de ejemplo, la pérdida de capacidad del Estado para adoptar determinadas decisiones, junto con la búsqueda de nuevas formas de legitimación democrática de la Administración, se ve contrarrestada por un aumento de la capacidad de decisión de la sociedad respecto de materias eminentemente públicas –el fenómeno de la participación y la organización corporativa de la sociedad dan razón de ello-. En segundo lugar, la pérdida de capacidad del Estado para imponer coactivamente sus decisiones se encuentra en el origen de la proliferación de formas de actuación administrativa que se caracterizan por la voluntariedad. Este fenómeno está, a

¹⁴ Esta expresión es utilizada por W. HOFFMANN-RIEM, en “Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung”, *DÖV*, Heft 11, 1997, p. 433.

¹⁵ Así lo entiende M. KRIELE que, en su *Introducción a la Teoría del Estado...*, op. cit., p. 13, sostiene: “Dos conceptos representan la clave para la comprensión de casi todos los problemas de la teoría del Estado, referentes al Estado moderno. En una primera y provisional caracterización, el problema de la soberanía hace referencia a la fuerza de imposición del poder estatal; el problema de la legitimidad, a su justificación. Ambas preguntas están íntimamente entrelazadas, pues forman, en cierto modo, dos lados del mismo problema”.

¹⁶ La búsqueda de criterios de justificación del poder estatal se remonta al primer momento en que tal poder comienza a ejercerse. Ello explica que podamos encontrar, en la literatura jurídica y en los estudios de las Ciencias Políticas, una gran diversidad de justificaciones del poder estatal, fruto del enfoque dogmático de estas disciplinas, del origen del poder soberano y del momento histórico en que se ejerce. Nos centraremos sólo –y ello es ya una tarea harto compleja-, en los problemas de legitimidad que aparentan tener una mayor relación con el surgimiento de la autorregulación regulada. Intentaremos distinguir, en cuanto sea posible, los problemas de legitimación del Estado –en general-, de los problemas relacionados, por un lado, con la legitimidad de la Administración pública y, por el otro, con su actuación. Sin embargo, hemos de señalar de antemano que el esclarecimiento de estas cuestiones requeriría un planteamiento mucho más profundo del que es posible asumir desde los objetivos de este trabajo.

su vez, directamente relacionado con la búsqueda de la aceptación previa de tales decisiones por parte de los ciudadanos –la actuación convencional de la Administración, la negociación previa de ésta con los ciudadanos y las diversas formas de actuación administrativa informal, son una manifestación de esta tendencia-. Y, en tercer lugar, la pérdida de legitimación del Estado social impone importantes restricciones a la intervención directa del Estado en la economía y supone un correlativo aumento del ámbito de actuación del mercado y, por ende, una extensión del Derecho privado –las empresas públicas pasan a manos privadas, aumenta el número de organizaciones privadas que cubre ámbitos prestacionales antes monopolizados por el Estado y parece aumentar, también, el ámbito de decisión autónoma de tales organizaciones-.

Algunos autores e, incluso, algunos documentos oficiales de la Unión Europea, parecen identificar la autorregulación con esta capacidad de actuación de la sociedad. Se utiliza el término “autorregulación” para describir ciertas manifestaciones de la participación, de la negociación entre Administración y particulares, y del aumento de la capacidad de decisión y de autoorganización de los sujetos privados que operan en el mercado. Se viene a establecer, así, una equivalencia entre, por un lado, la autorregulación y, por el otro, un ámbito de decisión autónomo de la sociedad, la ejecución voluntaria, preferentemente pactada, de la legislación y/o la extensión del ámbito de actuación del mercado¹⁷. De ser ello cierto no resultaría aventurado afirmar

¹⁷ La identificación entre la capacidad de decisión autónoma de la sociedad –la “autogobernación” o *Selbststeuerung*- con la autorregulación –*Selbstregulierung* o *Selbstregelung*-, se deduce principalmente de las aportaciones de la Ciencia Política alemana, entre las que cabe citar de los trabajos contenidos en R. MAYNTZ y F. W. SCHARPF, (Hrsg.), *Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung*, Campus Verlag, Frankfurt am Main/New York, 1995.

El elemento de la voluntariedad, como característico de la autorregulación, es tomado en consideración por la mayor parte de las aportaciones doctrinales a este fenómeno. La identificación, sin embargo, entre ciertas actuaciones administrativas presididas por la voluntariedad –actuación convencional y actividad informal de la administración- y la autorregulación, es explícita en la definición de “autorregulación” contenida en el Libro Blanco de la Unión Europea sobre la Gobernanza [DOCE C 287, de 12 de octubre de 2001, p. 17] y en las aportaciones, entre otros, de: M. SCHMIDT-PREUSS, “Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung un staatlicher Steuerung”, *VVDStRL*, Heft 56, 1997, pp. 163 y ss.; y D. GRIMM, “Regulierte Selbstregulierung in der Tradition des Verfassungsstaats”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, p. 18.

También es el elemento de la voluntariedad pero, esta vez, relacionado con la extensión del ámbito de actuación de la sociedad civil y del mercado, el que permite afirmar a la doctrina que las asociaciones de carácter voluntario que complementan la actividad prestacional de la Administración y las organizaciones voluntarias creadas para gestionar determinados residuos son una manifestación de la autorregulación. Esta opinión es unánime en la doctrina alemana. Por citar algunos de los trabajos que se refieren explícitamente a estos dos fenómenos, pueden verse: U. DI FABIO, “Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung un staatlicher Steuerung”, *VVDStRL*, Heft 56, 1997, pp. 248 y 249; y KH LADEUR, “Die Regulierung von Selbstregulierung und die

que la autorregulación se correspondería con un proceso de desintervención del Estado en la sociedad y de privatización de las formas e instrumentos de actuación de la Administración pública. La autorregulación sería entonces un fenómeno estrechamente vinculado a un retroceso del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo perdería su protagonismo frente a la expansión del Derecho privado debido, por un lado, a la extensión del radio de acción de la sociedad -que ocuparía espacios anteriormente intervenidos o monopolizados por el Estado- y, por el otro, a la proliferación de la utilización, por parte de la Administración Pública, de formas e instrumentos privados.

Con todo, tales manifestaciones de la nueva correlación entre lo público y lo privado no van a ser el objeto preferente de nuestro estudio. Creemos que, si se confirma que la autorregulación regulada se inscribe en una tendencia de la que tiene que dar cuenta el Derecho Administrativo, va a resultar necesario distinguir la autorregulación de los fenómenos próximos a ella. Tan sólo con esta finalidad se traerán a colación en este trabajo aquellos instrumentos y formas de actuación de las Administraciones públicas que, sólo mediante una extensión innecesaria de la utilización de esta noción, pueden ser incluidas en la extensión del término “autorregulación”¹⁸.

Si nuestras intuiciones son ciertas, la autorregulación regulada no puede ser calificada como una manifestación más de la privatización y de la pérdida de protagonismo del Derecho Administrativo frente al Derecho privado. Por el contrario, lo que se produce es, como se irá viendo, un proceso de publicación del régimen jurídico de subsistemas sociales no integrados en el Estado; un proceso, en definitiva, de administrativización de la sociedad.

Herausbildung einer “Logik der Netzwerke”. Rechtliche Steuerung und die beschleunigte Selbsttransformation der postmodernen Gesellschaft”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, p. 59.

¹⁸ Se ha señalado acertadamente que los conceptos dogmáticos tienen la función de explicar unificadamente determinadas realidades y de abrir preguntas comunes, sin que necesariamente deban ofrecer una respuesta a las mismas. La fuerza, en este caso, del concepto de autorregulación regulada reside en la posibilidad que ofrece de explicar un conjunto de fenómenos que difícilmente encajan en las figuras dogmáticas tradicionales. También es claro, sin embargo, que en ello mismo radica su principal peligro. Las distintas perspectivas teóricas bajo las que puede ser analizado este concepto permiten una ampliación de su radio de actuación hacia ámbitos en los que, o bien ya operan instituciones que gozan de notable arraigo, o bien se plantean cuestiones sobre la relación con dichas instituciones radicalmente distintas a las que pueden ser planteadas mediante una utilización estricta de este término. Esta línea de

En cualquier caso, y retomando el hilo que nos ha conducido hasta este punto, podemos sostener que la autorregulación regulada se ve impulsada, en primer término, por una reducción de la soberanía estatal, entendida como una pérdida de la capacidad de los poderes públicos para adoptar determinadas decisiones y para imponerlas a la sociedad. No cabe dudar tampoco que, en segundo lugar, la pérdida de legitimación del Estado social –basada en su capacidad para liderar un proyecto de justicia social– tiene una notable influencia en la eclosión de instrumentos de autorregulación. La proliferación de tesis de corte neoliberal en la búsqueda de soluciones alternativas a esta deslegitimación del Estado social y la tendencia hacia la desreglamentación y la disminución de controles administrativos impulsada por dichas tesis, crea un caldo de cultivo adecuado para el desarrollo de la autorregulación regulada. Esta técnica, sin embargo, no responde sólo a estos impulsos. Sus mayores desarrollos y su previsible expansión se explican, en tercer y último lugar, por la pérdida de legitimación de la Administración pública, basada en su autoridad técnica y en el criterio de la racionalidad legal. Es, precisamente, la voluntad de reducir la incontrolada producción normativa de los poderes públicos –generada en parte por la propia racionalidad democrática del sistema– y el intento de superar las limitaciones cognitivas de la Administración, lo que conduce a reparar en las potencialidades de la autorregulación.

También sobre esta cuestión es necesario realizar algunas puntualizaciones. Si la autorregulación regulada se produce en un contexto de pérdida de poder y de pérdida de legitimación del Estado y de la Administración, podría deducirse que el resultado último de este proceso conduce a una menor intervención del Estado en la sociedad. Incluso el término “autorregulación”, entendido como un margen de actuación de la sociedad, sin ingerencia estatal alguna, parece confirmar esta intuición. Esta percepción se vería confirmada si fuesen ciertas las tesis que sostienen que los perfiles de la relación Estado sociedad se caracterizan por un retorno a la estructuración de estas relaciones propia del Estado liberal. Hemos apuntado ya que estas relaciones son, en la actualidad, mucho más complejas. Como consecuencia de ello lo que se produce es, precisamente, un movimiento de signo contrario al apuntado por dichas tesis. En aquellos ámbitos en los que el Estado debe mantener indiscutiblemente una posición de garante –esto es, fundamentalmente, en materia de protección de ciertos bienes de

reflexión ha sido apuntada con acierto por A.VOSSKUHLE, “Regulierte Selbstregulierung. Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, p. 200.

carácter colectivo, como la salud o el medio ambiente-, la autorregulación regulada es una técnica que permite a los poderes públicos reequilibrar su poder, frente al creciente poder de la sociedad, legitimar su actuación, utilizando los propios argumentos de legitimación de la sociedad, y estructurar las relaciones sociales con una intensidad desconocida históricamente.

1. La reducción de la soberanía estatal y los nuevos poderes de la sociedad.

La moderna idea de Estado surge con la aparición de la noción de soberanía estatal. Ello supone, de acuerdo con la terminología empleada por Niklas Luhmann, la institucionalización de la diferenciación del poder político frente a los demás subsistemas sociales. La función específica de este poder, calificado de soberano, consiste en el monopolio de la facultad de adoptar decisiones vinculantes¹⁹.

El poder soberano, personificado en la figura del monarca, la nación, el pueblo o el mismo Estado²⁰, se afirma mediante el reconocimiento de su exclusividad en el

¹⁹ La existencia, en el orden estamental pre-moderno, de diversos subsistemas sociales –como la iglesia o la nobleza-, dotados de poder político, no permite identificar en esta época una realidad que pueda ser calificada de Estado. El Estado surge con la diferenciación del sistema político respecto de los demás subsistemas sociales, mediante su monopolización de una función específica. En concreto, “La función que ha provocado la diferenciación del sistema político puede caracterizarse como el *empleo de la capacidad de imponer decisiones vinculantes*”: N. LUHMANN, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, op. cit., p. 94. La misma idea es sostenida por H. WILKE, en *Ironie des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, pp. 85 y ss.

Estas aproximaciones a la noción de poder estatal, como puede observarse, no presentan diferencias sustanciales con las aportaciones clásicas a la noción de poder. Puede advertirse, por ejemplo, el paralelismo de las mismas con la definición ofrecida por K. LOWENSTEIN, en *Teoría de la Constitución*, op. cit., pp. 26-27: “En la sociedad estatal, el poder político aparece como el ejercicio de un efectivo control social de los detentadores de poder sobre los destinatarios de poder. Por control social, en el sentido estricto de la ciencia política contemporánea, se debe entender la función de tomar o determinar una decisión, así como la capacidad de los detentadores de poder a los destinatarios del poder a obedecer dicha decisión”. Lo que distingue los dos primeros autores de este último, no es, pues, su visión sobre la función del Estado, sino las distintas concepciones que tienen sobre la noción de sociedad.

²⁰ Las referencias introducidas en el texto al monarca –o al príncipe, en la versión de Maquiavelo-, a la nación, al pueblo y al Estado, responden, naturalmente, al desarrollo de la noción de soberanía formulada por autores y tradiciones histórico-culturales diversas. La soberanía se formula, con el surgimiento del Estado absoluto, como una supremacía indiscutible del poder del monarca frente a los señores territoriales (aspecto interno) y frente a la idea de Imperio (aspecto externo). Como es sobradamente conocido, al dogma de la soberanía del monarca sucedería el dogma de la soberanía nacional y, con la universalización del derecho al voto, el mismo lugar ocuparía la soberanía popular. En la órbita germánica las tensiones existentes entre monarquía y soberanía popular fueron reducidas mediante el reconocimiento de la soberanía estatal –del Estado como persona jurídica-. Sobre ello, véase: J. ESTEVE PARDO, “La personalidad jurídica en el Derecho Público y la dialéctica Estado-sociedad. Perspectiva histórica”, *Administración instrumental. Libro Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. II, Civitas, Madrid, 1994, en especial pp.872 y ss.

interior y su delimitación territorial, su cierre, hacia el exterior²¹. Lo que se mantiene inalterado en todas las formulaciones sobre la soberanía es la afirmación de la supremacía del Estado sobre cualquier otra organización existente en el país, así como la afirmación de que ningún poder externo es superior al poder del Estado²².

Esta afirmación de la supremacía estatal se ve afectada en la actualidad, por un lado, por el impacto de la globalización y de la integración europea, que impiden afirmar el poder supremo del Estado, su independencia efectiva y su capacidad de control frente a las influencias del exterior y, por otro, por una estructura social altamente compleja, de corte neocorporativo, que limita y condiciona la capacidad de actuación del Estado en su propio territorio.

En el ámbito externo el Estado se enfrenta a una pérdida jurídica y a una pérdida real de soberanía. La primera deriva de la cesión voluntaria, por parte de los Estados, de parcelas de soberanía a instituciones y organizaciones supraestatales, como es el caso, en nuestro entorno, a la Unión Europea. La segunda se pone de manifiesto al observar que las decisiones de un Estado, con un poder limitado territorialmente, no pueden hacer frente a los retos planteados por una economía globalizada, dominada por las grandes corporaciones que operan en el ámbito internacional.

En todo caso, soberanía y Estado son realidades paralelas: “Porque, en fin, la soberanía es la forma que da origen al Estado, y así se ve incluso que son sinónimos el Estado y la soberanía, tomados en concreto, y al Estado se le llama sí porque la soberanía es el límite y la cúspide de poder en el que es necesario que el Estado se detenga y establezca”: B. DE JOUVENEL, *La soberanía*, Rialp, Madrid, 1957, p. 320.

²¹ U. DI FABIO, en *Das Recht offener Staaten*, op. cit., pp. 16 y ss., realiza una sugerente reconstrucción de la teoría del Estado, inspirada en la obra de Luhmann, a través de una nueva lectura de las aportaciones de Bodino, Hobbes, Rousseau y otros clásicos. Su línea discursiva tiende a destacar que el Estado, históricamente, aparece como un sistema jerárquico y cerrado, tanto hacia las interferencias internas de la sociedad como ante las agresiones externas de otros Estados.

²² Según R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría general del Estado*, Facultad de Derecho UNAM/ Fondo de Cultura Económica, México, 2000, [*Contribution à la Théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Société du Recueil Sirey, París, 1922, traducción de J. Lión Depetre], p. 81: “La soberanía del Estado se presenta habitualmente como doble: se la divide en soberanía externa y soberanía interna. La primera se manifiesta en las relaciones internacionales de los Estados. Implica para el Estado soberano la exclusión de toda subordinación, de toda dependencia respecto de los Estados extranjeros (...) En la expresión “soberanía externa”, la palabra soberanía es, pues, en realidad sinónima de independencia: no tiene así sino un alcance completamente negativo. Por el contrario, la expresión “soberanía interna” parece tomar una significación positiva. La soberanía interna implica en efecto que el Estado posee, bien en las relaciones con aquellos individuos que son miembros suyos o que se hallan dentro de su territorio, o bien en sus relaciones con todas las demás agrupaciones públicas o privadas formadas dentro de él, una autoridad suprema, en el sentido de que su voluntad predomina sobre todas las voluntades de estos individuos o grupos”.

En el ámbito interno no se discute la soberanía jurídica del Estado, pero sí se pone de relieve la falta de concordancia entre su reconocimiento formal y la capacidad real del Estado para imponer sus decisiones²³. El poder del Estado, los recursos que posee para procurar sus objetivos, se ven empequeñecidos frente a los nuevos poderes sociales. La capacidad de influencia de éstos sobre el Estado, la dimensión de su poder, es cada vez mayor en comparación con el poder estatal. Esta acepción amplia del término “poder” nos permite sostener que no es cierto que el Estado posea su monopolio²⁴. El Estado se enfrenta a un preocupante déficit de ejecución de sus decisiones y ello a pesar de que estas, cada vez con mayor frecuencia, son adoptadas en colaboración con sus destinatarios. Visto a la inversa, la capacidad de influencia de determinados sectores o grupos sociales en las decisiones del Estado pone de relieve, también en el ámbito interno, la disminución de su poder frente al aumento de poder de la sociedad. Esta situación no es del todo nueva. Los denominados “poderes fácticos” han existido siempre. Los poderes fácticos son poderes no jurídicos, surgidos en el seno de subsistemas sociales no integrados en el Estado, que, por un lado, influyen en las decisiones de los poderes públicos y, por el otro, tienen una capacidad de incidencia

²³ Este problema ha sido abordado por la Ciencia Política y la Sociología en los estudios sobre “governabilidad” y/o “governanza” (*Steuerung* o *Governance*, en sus versiones alemana e inglesa, respectivamente). En la medida en que estos estudios analizan no sólo el problema relativo a la capacidad de imposición de las decisiones del Estado –soberanía–, sino también el de su justificación –legitimación–, así como sus posibles vías de solución –entre las cuáles se recomienda la adopción de nuevas formas de regulación–, sus principales aportaciones van a ser retomadas en diversas ocasiones en este trabajo. Una primera aproximación a este tema hace recomendable la lectura de la monografía de X. ARBÓS, y S. GINER, *La gobernabilidad. Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid. Por su parte, R. MAYNTZ, en “Nuevos desafíos de la teoría de la *Governance*”, *Instituciones y Desarrollo*, n.º 7, 2000, pp. 35 a 52, ofrece una visión general de las evoluciones más importantes de la denominada *Steuerungstheorie*. Para clarificar el sentido de los términos “governabilidad” y “governanza” resulta útil la lectura de J. PRATS CATALÀ, “Gobernabilidad democrática para el desarrollo humano. Marco Conceptual y Analítico”, *Instituciones y Desarrollo*, n.º 10, 2001, pp. 103 y ss. y A. SOLÀ, “Governança i governabilitat: una proposta terminològica”, *Revista de Llengua i Dret*, n.º 35, 2001, pp. 9 a 30.

²⁴ La noción de poder manejada en este trabajo responde a la ofrecida por R. F. ENTELMAN, en *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Gedisa, Barcelona, 2002. Significativamente, este autor inicia sus reflexiones sobre esta tema con las siguientes palabras: “Es insólito y realmente desalentador el panorama que ofrece el término “poder” ante cualquier intento serio de precisar su significado” (p. 117). En un intento de englobar en él sus diversas acepciones, entiende por poder el “conjunto de recursos de cualquier índole de que dispone cada actor, o cree disponer, para procurar su objetivo”. Así, “las amenazas, las ofertas, las propuestas combinadas que contienen amenazas y ofertas (...), la influencia en cualquier de sus acepciones, la persuasión, la posibilidad de una alianza con terceros, el poder de convicción, la autoridad moral o el prestigio frente al adversario”, integran el conjunto de recursos a los que se refiere este autor (pp. 125-126). Algunos de estos recursos, entre ellos, el uso de la violencia legítima son indiscutiblemente monopolizados por el Estado. Sin embargo, ello no implica que su poder sea superior al de otros actores sociales. Siguiendo nuevamente al citado autor: “Un criterio de medición reside en la probabilidad de que se produzca el efecto que se procura obtener con los recursos de poder. Cuanto mayores sean las probabilidades de que *B* reaccione positivamente a las directivas de *A*, mayor será el poder de *A* sobre *B*”. (p. 129)

efectiva en el tejido social²⁵. Se ha reconocido, incluso, la existencia de ciertos poderes jurídicos al margen del Estado²⁶. Lo que queremos poner ahora de relieve es el asombroso aumento, cuantitativo y cualitativo, del poder social²⁷.

Cada vez son más, y más poderosos, los sujetos, los grupos y las organizaciones privadas que tienen acceso a los poderes públicos y que influyen sobre sus decisiones. Analizaremos con más detalle esta influencia al exponer el impacto de la globalización en la soberanía estatal y los problemas que genera el desarrollo del neocorporatismo. Pero también se intensifica la capacidad de influencia de algunos de estos sujetos en el conjunto de la sociedad. Piénsese, por ejemplo, en el poder de los profesionales, que se deriva de la autoridad que les otorga el dominio de unos conocimientos especializados²⁸; en el poder de la ciencia, que le permite modificar el destino del

²⁵ La sumisión del aparato estatal a los poderes económicos, por ejemplo, es puesta de manifiesto en la monografía de F. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1984, p. 67. Por su parte, K. LOWENSTEIN, en *Teoría de la Constitución*, op. cit., pp. 36 y ss., distingue entre los detentadores de poder oficiales y visibles –gobierno, parlamento, partidos políticos y tribunales de justicia–, y los detentadores de poder invisibles, no oficiales y no legítimos, cuya identificación es mucho más compleja. Según T. PARSONS, *Estructura y proceso en las sociedades modernas*, IEP, Madrid, 1966, [*Structure and process in modern societies*, Free Press, Glencoe, 1960, traducción de D. Garzón y Garzón], p. 33: “la utilización del poder constituye uno de los imperativos funcionales fundamentales de cualquier subsistema social”.

²⁶ Un ejemplo de ello es el poder de dirección y control que se concede al empresario y que se considera un presupuesto necesario de la organización de la actividad productiva. El poder de organización y administración del empresario, cuyo fundamento se encuentra en la propia estructura de la relación jurídica laboral y en la naturaleza de las empresas, constituye, según la doctrina laboralista, una exigencia organizativa de toda empresa. El reconocimiento jurídico de este poder puede hallarse en los artículos 1, 5.c) y 20.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET), que se refieren a la sumisión del trabajador al ámbito de organización y dirección del empresario. Entre las diversas manifestaciones del poder empresarial, basadas en estos preceptos cabe citar: la facultad de organización técnica del trabajo; la potestad de ordenación de los lugares del trabajo, el *ius variandi* del empresario o poder de modificación unilateral de las condiciones contractuales; el poder de vigilancia y control de la actividad de los trabajadores; y la potestad disciplinaria, en base a la gradación de faltas y sanciones establecidas en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que resulte aplicable (art. 58 LET). Cabe señalar, en fin que, con la conversión de la empresa familiar tradicional en una organización empresarial fuertemente estructurada e institucionalizada, el poder empresarial ha aumentado considerablemente. Sobre estos aspectos puede verse, entre otros: M. ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, Madrid 1985; A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Madrid 1988; del mismo autor, “Comentario al artículo 20 del Estatuto de los trabajadores: Dirección de la actividad laboral”, *Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los trabajadores*, EDERSA, Madrid, 1985, p. 243 y ss.; y M. F. FERNÁNDEZ, *El poder disciplinario de la empresa*, Civitas, Madrid, 1991.

²⁷ El aumento del poder social es de tal magnitud que se refleja claramente en la percepción del mismo que tiene la sociedad. J. A. MARINA, “La indecencia del poder”, en: E. Bonete Perales (Coord.), *Ética de la comunicación audiovisual*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 257, pone de manifiesto que, “según una encuesta reciente de *Le Monde*, el 64 por ciento de las personas preguntadas estiman que el mayor poder lo detentan los mercados financieros, que aventajan a los políticos (52 por 100) y a los medios de comunicación (50 por 100). Suponiendo que esto fuera verdad, la situación ofrecería un aspecto bueno y otro malo. El bueno: no hay poderes absolutos. El malo: que los poderes no representativos –economía y medios– están en mayoría”.

²⁸ Según U. BECK, “La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva”, U. BECK, A. GIDDENS, y S. LASH, *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética*

hombre y de la naturaleza²⁹; o en el poder real que ejercen los medios de comunicación sobre el comportamiento de los individuos, las formas de vida o las relaciones sociales³⁰. Una influencia parecida es predicable de las nuevas tecnologías³¹; y ello por no hablar del papel de las grandes multinacionales³², a las que nos referiremos a continuación.

en el orden social moderno, Alianza Universidad, Madrid, 1997 [*Reflexive Modernization. Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order*, Polity Press, 1994], p. 68: “Los oficios y profesiones –entendidas como “productos de marca” en el mercado laboral, como competencia titulada y mercantilizada- son los guardianes de una cierta forma de subpolítica normalizada (...) Los grupos profesionales poseen la inteligencia productiva y el poder de organizar las cosas de la sociedad”. También reflexionan sobre el poder de las profesiones, entre otros, V. CAMPS, *Virtudes públicas*, Espasa Calpe, Madrid, 1993; así como los diversos autores que colaboran en la obra colectiva, *Ética de las profesiones*, (Coord. J. L. Fernández Fernández y A. Hortal Alonso), Universidad P. Comillas, Madrid, 1994. Como acertadamente señala O. BOSCH, en “Reflexions epistemològiques inacabades sobre el coneixement i la competència professional”, [publicado en la web de las profesiones sanitarias: <<http://www.fdps.org>> :última consulta: 10/12/2001], el poder social de las profesiones “es proporcional a la distancia o diferencial de comprensión de la base de conocimiento ente el profesional y el lego”.

²⁹ Hemos asistido ya a las modificaciones que ha introducido la aplicación de los descubrimientos científicos en la esperanza de vida de las personas, alargando la de los individuos presentes y limitando las posibilidades de supervivencia de las generaciones futuras. En la actualidad, se augura todavía una capacidad mayor de influencia de la ciencia y la tecnología en nuestro destino, gracias al desarrollo de la biotecnología, la mutación genética de los alimentos o el descubrimiento del genoma humano. Sobre ello véase: H. JONAS, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995, [Versión castellana de *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Etik für die technologische Zivilisation*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, traducción de J. M. Fernández Retenaga]; y, del mismo autor, *Técnica, medicina y ética. La práctica del principio de responsabilidad*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1997, [Título original, *Technik, Medizin und Ethik, Zur Praxis des Prinzips Verantwortung*, Insel, Frankfurt am Main, 1985, traducción de C. Fortea Gil].

³⁰ Los medios de comunicación tienen una influencia decisiva en el desarrollo de la cultura, la sensibilidad de los menores, la socialización de los individuos, la determinación de los valores y, como no, en la actuación de los poderes públicos. Como señala H. AZNAR, en “La autorregulación de la comunicación: entre el Estado y el mercado”, *Cuadernos Electrónicos del Derecho*, n.º 1. <<http://www.uv.es/-afd/CEFD/1/Aznar.html>> [última consulta: 1/2/2002] “Hablemos de poder o de influencia, lo cierto es que son ellos los que disponen ahora de una enorme capacidad para seleccionar los asuntos y las informaciones que centran la atención de la sociedad, y para modificar las concepciones simbólicas y los sistemas de valores de los individuos, influyendo así de un modo esencial en sus conductas”. La influencia de los medios, no sólo en la sociedad en general, sino también en la vida política y en la conducta de los poderes públicos ha sido resaltada, entre otros, por M. CASTELLS, *La era de la información*, vol. 3, *El fin del milenio*, Alianza, Madrid, 1998. Este mismo autor, hablando del poder mediático en “La mediocracia”, *Ética de la comunicación audiovisual*, (Coord. E. Bonete Perales), Tecnos, Madrid, 1999, p. 254, sostiene que: “En las sociedades democráticas desarrolladas los medios de comunicación no son el cuarto poder, sino el espacio en el que se genera, se mantiene y se pierde el poder”.

³¹ La influencia de las nuevas tecnologías incide en todos los aspectos de la vida social, puesto que comporta la aparición de nuevas formas de trabajo, nuevas formas de relación personal entre individuos, nuevas posibilidades de negocios, incluso nuevas formas de relación entre la Administración y el ciudadano. Estos aspectos han sido destacados por la mayoría de los estudios que han abordado este fenómeno. Profundizan en ellos, entre otros, M. DÁVARA RODRÍGUEZ, M. A.: “Las tecnologías de la información y las comunicaciones y sus implicaciones socio-jurídicas”, *Sociedad y Utopía*, n.º 9, 1997, pp. 171 a 182; y S. DORMIDO BENCOMO, “Tecnologías de la Información: Reflexiones sobre el Impacto Social y Humanístico”, en *Informática y Derecho. Revista iberoamericana de Derecho informático*, n.º 19-22, 1998, pp. 57 y ss.

³² Gracias a su actividad estamos asistiendo a un proceso de modificación de las relaciones de producción a nivel mundial, que afecta directamente al mercado de trabajo. Además, las decisiones de las

A) *El mito de la globalización.*

Con el término “globalización” –utilizado a veces como sinónimo de mundialización o transnacionalización- se pretende describir un fenómeno –predicable en primer lugar de la economía y extensible también a la cultura, la ciencia, la política o la misma sociedad-, que impide tratar ciertas realidades sin concebir y analizar el mundo como un todo, esto es, sin tomar en consideración las interacciones entre los actores que operan en diversas partes del planeta³³.

Después de la Segunda Guerra Mundial se empezó a hablar de la economía global para poner de manifiesto la intensificación de las relaciones económicas internacionales que tenían lugar a partir de las acciones de los Estados aislados. En la actualidad, los protagonistas de la globalización ya no son los Estados, sino las empresas y las organizaciones que operan, indistintamente, en diversos lugares del mundo. La participación de los Estados en la economía global se mide, hoy, a partir de la participación de sus empresas en ella³⁴. El volumen económico con el que operan este tipo de empresas supera, en mucho, el presupuesto que manejan tradicionalmente los Estados, e incluso el PIB de algunos de ellos³⁵. Su actividad pone de relieve la

multinacionales tienen indudables efectos en la determinación de los precios de los productos y, por tanto, inciden también en los consumidores, así como en los beneficios de las pequeñas empresas. El poder de las multinacionales incide también en las decisiones económicas de los poderes públicos, en la política ambiental e, incluso, en la política social de tales poderes. A ello se refiere P. GARCÍA VEGA, en “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *REP*, n.º 100, 1998, p. 34, cuando afirma que “como consecuencia de la mundialización económica, una serie de poderes políticos reales que la Constitución debería controlar se convierten en poderes ocultos, y las agresiones a sus normas en fatales y misteriosos acontecimientos del destino”. Debemos resaltar, además, que el imparable aumento de este poder no se detiene aquí. El marco organizativo en el que se desarrollan estas realidades pone a su alcance unos medios que permiten que esta capacidad de influencia se transforme, además, en poder jurídico. Relacionando algunos de los aspectos que venimos tratando, puede observarse el efecto multiplicador que tiene el ejercicio del poder empresarial cuando se atribuye a los directivos de las grandes multinacionales, -o a los propietarios de los medios de comunicación, que también son, en muchos casos, empresas multinacionales-.

³³ Una clara exposición sobre las principales aportaciones doctrinales a este tema pueden consultarse en J. M. GARCÍA BLANCO, “De la mundialización y la globalización al sistema de la sociedad mundial”, R. Ramos Torre y F. García Selgas (Eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, CIS, Madrid, 1999, pp. 21 y ss., y la bibliografía allí citada.

³⁴ Así lo señala M. TOSCANO FRANCA FILHO, en “Integración regional y globalización de la economía: las dos caras del nuevo orden mundial”, *REP*, n.º 100, 1998, pp. 113 y ss.

³⁵ Nos asombran los datos que, a este respecto, nos ofrece Manuel Castells. Según este autor, la revista Forbes de agosto de 1999 informaba que las cuatrocientas personas más ricas de Estados Unidos poseen unos activos acumulados de un billón de dólares. Esta cantidad en manos de dichas personas casi duplica el PIB de España y, además, es el triple de lo que constituye el ingreso anual conjunto de los treinta millones de pobres que existen en Estados Unidos. Es obvio que la justificación de estas diferencias se hace difícil desde la teoría ética e, incluso, desde la propia teoría económica. Sin embargo, las tendencias de la economía actual, en la era de la información, tienden a potenciar estas desigualdades

existencia de una vida económica, a escala planetaria, que se ventila entre técnicos al servicio de grandes compañías, prescindiendo totalmente de los poderes tradicionales y de sus controles institucionales³⁶. Estos rasgos, que afectan cada vez con más intensidad al mercado de productos y de servicios, son especialmente evidentes en un mercado, totalmente globalizado, como es el mercado de valores³⁷.

Frente a los Estados nacionales, con poderes limitados territorialmente, se consolida, al paso de la globalización, la denominada “sociedad transnacional”³⁸. La sociedad transnacional, impulsada por el desarrollo de los avances técnicos en el campo de los transportes, las telecomunicaciones y los medios de transmisión de la información³⁹, ha comportado, claramente, una desradicación estatal de las decisiones económicas.

incluso dentro de los tradicionales Estados de bienestar: M. CASTELLS, *La era de la información*, vol. I, *La sociedad red*, Alianza, Madrid, 2000, p. 140.

³⁶ M. CASTELLS, *La era de la información*, vol. I, op. cit., p. 152.

³⁷ En este ámbito, las decisiones adoptadas por la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO), integrada por las autoridades reguladoras de los diversos Estados, la Federación Internacional de Bolsas de Valores (FIBV) y la International Accounting Standards Committee (IASC), entre otros, dejan sin voz propia a los Estados. Más aún teniendo en cuenta que, desde tales instancias, se propugna, por un lado, un aumento de la capacidad de autorregulación de las Bolsas, como “el único medio normativo y consensual eficaz de estas instituciones a la hora de concretar los entendimientos que posibilite su integración operativa en un contexto de creciente internacionalización de las transacciones y globalización de los mercados”, y, por el otro, se fomenta la autorregulación como herramienta de cooperación internacional “de las entidades regulatorias estatales entre sí y de ellas con las entidades privadas autorreguladas en los diferentes países”. Estas son algunas de las conclusiones fundamentales del Seminario sobre Autorregulación de la federación Iberoamericana de Bolsas de Valores, que tuvo lugar en San Pablo, los días 9 y 10 de mayo de 1995, y que pueden consultarse en la página web: <http://www.fiabv.org/fiabv/archivos/pdf/Recomendaciones-Autorregulacion.PDF>. Ello explica que las normas aprobadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en España así como las aprobadas por las sociedades rectoras de las Bolsas españolas se adaptan constantemente a las resoluciones del IOSCO y, especialmente, a las relacionadas con las Normas de Conducta. En concreto, la adaptación del Reglamento General de la Bolsa de Madrid a las Normas de Conducta aprobadas por la IOSCO en 1990 es analizada en AA. VV., *Ética en la información. Códigos de conducta y estatutos profesionales*, APIE, Madrid, 1996, pp. 219 y ss.

³⁸ Según M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1987, p. 151, la sociedad transnacional es “el conjunto social resultante de las interacciones directas entre actores pertenecientes a sociedades de distintos Estados. Entre tales interacciones pueden contarse los tráficos o flujos monetarios y financieros, de mercancías, de personas, de ideas y de patrones culturales, de modelos tecnológicos, de acciones políticas, etc.; sus actores son los individuos o entidades cuyas acciones eventual o permanentemente trascienden las fronteras de sus Estados”.

³⁹ La influencia de los avances científico-tecnológicos en la globalización ha sido destacada, entre otros, por: J. MAJEM, “El derecho como regla de convivencia humana”, en F. Arasa (Dir.), *La ciencia y la técnica ante la ética y el Derecho*, Fundación Letamendi-Forns, Barcelona, 1988, p. 40; L. ORTEGA, “El Estado como instrumento de la sociedad”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 118-119, 1994, pp. 207 a 217; y M. A. VIDAL, y M. CLEMENTE, en “El pensamiento social único en la aldea global”, *Sociedad y Utopía*, n.º 12, 1998, p. 232. En este último artículo puede leerse lo siguiente: “Los avances tecnológicos de los últimos años han supuesto el final de los distanciamientos geográficos y sociales. Los satélites, la informática, los aviones supersónicos, entre otros muchos avances, permiten en la actualidad que cada vez más hombres, ideas y bienes atraviesen más deprisa que nunca el espacio y el tiempo”.

Las empresas multinacionales adoptan decisiones sobre su propia política que poseen una destacada influencia en la economía de los Estados en los que operan⁴⁰. Como contrapunto, los Estados poseen una escasa capacidad de influencia sobre las empresas multinacionales, pudiendo observarse que, en la actualidad, se encuentran cada vez más incapacitados para incidir en cualquier aspecto relacionado con su conducta⁴¹.

La globalización, sin embargo, no sólo afecta a la capacidad de intervención de los Estados en la economía. Otros factores globalizadores, como las crisis ecológicas y el correlativo surgimiento de una “sociedad mundial del riesgo” ponen de manifiesto que “la unidad de Estado nacional y sociedad nacional se derrumba”⁴². Las posibilidades de éxito de cualquier intervención estatal se encuentran limitadas por unas fronteras territoriales que no constituyen, en cambio, barrera alguna para la contaminación, para los sujetos que la generan, ni para los diagnósticos científicos que pueden remediarla.

La globalización de la economía y la globalización del riesgo corre paralela también a la de los profesionales que desempeñan su actividad en estos ámbitos. El

También se debe a las nuevas tecnologías, y muy especialmente a las tecnologías de la información, que las corporaciones multinacionales puedan “crear bancos y empresas de servicios que a su vez estén conectados con las plantas productivas y con los distintos lugares a través del mundo”: E. ROBLES y C. ANDRÉS, “De la internacionalización a la globalización de la ciencia y la tecnología”, *Economía Industrial*, n.º 281, 1991, pp. 87 a 91. Respecto a ello, L. JOYANES AGUILAR, en “Globalización de la información y la comunicación ¿Hacia un nuevo orden mundial?”, *Sociedad y Utopía*, n.º 12, 1998, p. 173, sostiene: “La globalización de la economía se está produciendo debido precisamente al hecho de ser una *economía digital*.”

⁴⁰ “Tal hecho se debe tanto a la formación de los bloques económicos, cuanto a la necesidad de adaptación de las economías nacionales a las migraciones internacionales de los factores productivos. Las políticas de cambio y salariales, por ejemplo, pasan a depender mucho más de las reglas externas que de la voluntad exclusiva de las autoridades monetarias o fiscales”: M. TOSCANO FRANCA FILHO, “Integración regional y globalización de la economía...”, op. cit., p. 112.

⁴¹ M. CASTELLS y N. BOSCH, en *El futuro del Estado del bienestar*, Civitas, Madrid, 1998, p. 35, señalan que “uno de los principales problemas a que debe hacer frente el Estado del bienestar es el desajuste creciente entre el ámbito político y económico, es decir, entre el área territorial sobre la que tiene competencia el poder político y aquella sobre la que se extienden realmente los efectos de la actividad económica”.

⁴² Esta línea de reflexiones se encuentra desarrollada en U. BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1998 [*Was is Globalisierung? Irrtümer des Globalismus- Antworten auf Globalisierung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt del Meno, 1997]. Este mismo autor, en *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1998, [*Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt del Meno, 1986], p. 53, ya puso de manifiesto que: “Mientras que las sociedades de clases son organizables en forma de Estados nacionales, las sociedades del riesgo hacen surgir “comunidades objetivas de amenaza” que en última instancia sólo se pueden alcanzar en el marco de la sociedad mundial”.

desarrollo del profesionalismo, su unificación en busca de referentes válidos en la esfera internacional y la aparición de asociaciones profesionales que cubren este ámbito, limita también el control estatal sobre los contenidos y las técnicas que derivan de la aplicación de conocimientos especializados⁴³.

A la internacionalización de los circuitos de información científica y tecnológica cabe añadir también la de los circuitos de información cultural⁴⁴. Desde este punto de vista, puede señalarse que la unificación de los referentes culturales comporta importantes limitaciones para la incidencia real de las políticas públicas encaminadas a mantener ciertas identidades. Ello está directamente relacionado con el surgimiento, al paso del desarrollo de los medios de comunicación, de la denominada “aldea global”⁴⁵. En la misma línea, se viene indicando con insistencia que la globalización que caracteriza este mundo paralelo generado en torno a las redes informativas, escapa también del control de los Estados⁴⁶.

El mantenimiento estatal del monopolio de la adopción de decisiones vinculantes no garantiza, pues, la efectiva incidencia de las decisiones públicas en el desarrollo de subsistemas sociales globalizados. Por si ello fuera poco, la intervención de los Estados en tales subsistemas se encuentra notablemente limitada, no sólo por el

⁴³ A título de ejemplo puede citarse la existencia de la *International Federation of Accountants* (IFAC), que agrupa diversas organizaciones profesionales nacionales de la contabilidad, que representan a contables tanto de las Administraciones públicas como del sector privado, así como a grupos especializados relacionados con la profesión véase: <http://www.ifac.org>. Más notable es todavía la *International Organization for Standardization* (ISO), en cuyo seno se encuentran representados los organismos de normalización de numerosos países que, a su vez, provienen, en la mayoría de los casos, de la asociación de ingenieros y técnicos del sector industrial.

⁴⁴ La globalización cultural, entendida como la extensión, más allá de las fronteras estatales, de los referentes científicos y culturales, así como la intensificación de la conciencia del mundo como un todo, es otro de los rasgos característicos de nuestra época. Véase J. M. GARCÍA BLANCO, “De la mundialización y la globalización...”, en *Globalización, riesgo...*, op. cit., pp. 21 y ss.

⁴⁵ La expresión “aldea global”, que hoy forma parte del acervo común, la acuñó McLuhan con el objeto de resaltar las potencialidades globales de la televisión, destacando que, a través de este medio, se anulan las distancias visuales, permitiéndonos ver, en tiempo real, acontecimientos de cualquier parte del mundo. Sobre las aportaciones de este autor, véase J. M. GARCÍA BLANCO, “De la mundialización y la globalización...”, *Globalización, riesgo...*, op. cit., pp. 21 y ss. McLuhan consideraba que, de este modo, la televisión intensificaría al máximo las responsabilidades del género humano. En contra de sus predicciones, M. A. VIDAL, y M. CLEMENTE, en “El pensamiento social único en la aldea global”, op. cit., p. 234, ponen de manifiesto que “lejos de cumplirse las ideas de este autor, los medios no sólo no han responsabilizado al género humano, sino que ha cambiado totalmente nuestro sistema de socialización, homogeneizándolo y volviéndonos más triviales, debido fundamentalmente, al tipo de información que recibimos”.

⁴⁶ Puede señalarse así que, con el desarrollo de Internet, por ejemplo, “también se globaliza el crimen y las mafias de todo tipo”: F. RUIZ ALONSO, en “Globalización y gobernabilidad”, *Sociedad y Utopía*, n.º 12, 1998, p. 213.

creciente poder de las empresas y de las organizaciones privadas que operan en diversos países, sino también por las decisiones adoptadas por organizaciones públicas, regionales e internacionales⁴⁷.

Con todo ello ya no parece posible seguir sosteniendo que el Estado es una manifestación de poder que no está sometido a ningún poder externo. La noción misma de soberanía se encuentra, en la actualidad, realmente afectada por el proceso de globalización⁴⁸.

B) *Las consecuencias de la integración europea.*

Una de las tendencias que acompaña la globalización de la economía es, también, su regionalización, mediante el surgimiento de instituciones que garantizan la unidad de mercado en un territorio delimitado por las fronteras de diversos países⁴⁹.

⁴⁷ Entre estas instituciones públicas de ámbito internacional con creciente influencia en las políticas estatales cabe citar el papel de la ONU (Organización de las Naciones Unidas), y de las suborganizaciones que de ella dependen –como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente y el Desarrollo Sostenible (UNCED)-; la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico); la OMC (Organización Mundial del Comercio); la FAO (Organización Mundial para la Agricultura y la Alimentación) y la OMS (Organización Mundial de la Salud); así como de organismos especiales tales como la Comisión del Codex Alimentarius, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Entre las organizaciones internacionales y transnacionales de carácter privado cabe citar las grandes empresas multinacionales, las ONG's (*Worldwide Fund for Nature, Greenpeace, Cruz Roja, Médicos sin Fronteras, Amnistía Internacional, etc.*); las asociaciones transnacionales de profesionales; las organizaciones de intereses; y las organizaciones científicas.

⁴⁸ S. MUÑOZ MACHADO, en *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1993, p. 161, después de exponer los cambios a los que acabamos de aludir, advierte que “se está afectando a la noción misma de soberanía. Porque la soberanía no se afecta si se pierde voluntariamente parte de ella, pero sí queda afectada si las limitaciones vienen impuestas por el ejercicio de un poder externo a la misma”.

En la misma línea, J. R. CAPELLA, “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, *Mientras Tanto*, n.º46, 1991, p. 64, afirma que: “el nuevo “sistema político (con pretensión) mundial”, y el capital multinacional, falsan ahora todo discurso político limitado por el concepto de “Estado soberano” –y no hay que olvidar que ese concepto era básico para el pensamiento político del siglo pasado, incluido el emancipatorio-: lo falsan en el sentido de hacerlo ideológico, falsa representación de lo que se da en el mundo de la experiencia”. Por su parte, F. RUIZ ALONSO, en “Globalización y gobernabilidad”, op. cit., p. 201, señala: “El concepto de soberanía actual no se centra tanto sobre el territorio y la población sino sobre los nexos que relacionan unos Estados con otros. Es una soberanía desplazada, descentralizadora, compartida. La forma de desplazarse de la soberanía adquiere la forma de disolución o usurpación. Se entremezcla con otras soberanías y se comparte”.

⁴⁹ Se ha señalado que la globalización económica tiene como contrapunto la regionalización (también calificada de integración, minilateralismo o asociación restringida), entendida como la creación de estructuras que integran diversos Estados, próximos o semejantes en desarrollo socioeconómico, con reglas propias y bien definidas en el ámbito económico. En este sentido, M. TOSCANO FRANCA FILHO, “Integración regional y globalización de la economía...”, op. cit., pp. 114 y ss. Aunque la más importante manifestación de este proceso es el que ha tenido lugar en el ámbito de la Unión Europea, la tendencia hacia la regionalización de la economía mundial también se da en otras partes del mundo, como muestran el Acuerdo del Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA, *North American Free Trade*

Para garantizar tal unidad, los Estados miembros de una región económica ceden voluntariamente cotas de soberanía a estas instituciones las cuales, a su vez, imponen importantes restricciones a la adopción de decisiones estatales en materia de circulación de bienes, productos y servicios⁵⁰. Desde las instancias supraestatales se impone la liberalización del comercio en el interior de la región y la desregulación de los mercados, lo cual implica la supresión de las normas que supongan trabas innecesarias al comercio y la reducción de los controles de carácter estatal –si tales controles ya han sido realizados en otro país-⁵¹. Cuando a la integración económica se le añade la integración política, la soberanía estatal se encuentra, si cabe, todavía más limitada. En nuestro entorno es palpable la omnipresencia de la Unión Europea en las decisiones que afectan a la política alimentaria, la salud y la seguridad de consumidores y usuarios, los medios de comunicación, o la protección del medio ambiente. La intervención de la

Agreement), Mercosur, y el Consejo Económico del Pacífico Asiático (APEC, *Asian Pacific Economic Council*). También destaca esta tendencia introduciendo, sin embargo, algunos datos que ponen en duda la tesis de la regionalización, M. CASTELLS, *La era de la información*, vol. I, op. cit., pp. 146 y ss.

⁵⁰ Se limita extraordinariamente la adopción de medidas de fomento por parte de los Estados; las organizaciones regionales sustituyen la actividad estatal de unificación de normas relativas a las características de tales bienes, productos o servicios; se impone la obligación de reconocimiento mutuo; o, según las tendencias más actuales impulsadas por la Unión Europea, las instituciones comunitarias establecen los objetivos de seguridad que deben garantizar los productores y se permite a éstos que demuestren su cumplimiento a través de diversas técnicas –autocertificación, o certificación por tercero de acuerdo a normas técnicas-. Sobre estos aspectos, pueden consultarse, entre otros: G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1993; M. LÓPEZ ESCUDERO, *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1991; del mismo autor, “La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario”, *Gaceta Jurídica de la CEE*, Serie D, vol. 19, 1993, pp. 138 y ss.; A. MATERA, *El Mercado Único Europeo. Sus reglas de funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991; L. PALACIO GARCÍA NIETO, “Los acuerdos de reconocimiento mutuo: acceso al mercado y camino hacia la aproximación legislativa”, *Boletín Económico de ICE*, n.º 2584, 1998, pp. 31 y ss.

⁵¹ Ello afecta, por un lado, a los servicios públicos tradicionales -a los que se les impone la aplicación de las reglas de la competencia- y, por otro, al ejercicio de funciones de regulación y control de los poderes públicos –que se encuentran limitadas, o sustituidas, por el ejercicio de estas funciones por parte de otros Estados o de sujetos privados-. En lo que atañe a este segundo aspecto, y en el ámbito de la Unión Europea, es paradigmática la política, iniciada con la sentencia “Cassis de Dijon”, relativa a la libertad de circulación de mercancías y que estableció el llamado “principio de país de origen”. Según este principio, una mercancía que ha sido introducida lícitamente en el mercado de un Estado miembro –de acuerdo con su legislación y superando los controles previstos-, puede circular libremente por los demás Estados miembros, en tanto no se halle en oposición con determinados bienes jurídicos del Estado receptor, tales como, la salud pública, la protección de consumidores y usuarios, o la protección del medio ambiente. Esta política comunitaria cristaliza en el Libro Blanco de 1985, sobre el “nuevo enfoque” en materia de armonización de productos, cuyo contenido analizaremos con mayor detalle al hablar de la normalización. Sobre ello, J. BASEDOW, “La política de la competencia en los sectores exceptuados (un balance de la desregulación en Alemania y en Europa)”, *RDM*, n.º 210, 1993, pp. 1277 a 1303; M. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, vol. I. *Los fundamentos*, vol. II. *Las Telecomunicaciones*, vol. III. *La Televisión*, vol. IV. *El Sistema eléctrico*, Civitas, Madrid, 1998, en especial, al vol. I, *Los fundamentos*, pp. 139 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, en *La Unión Europea y las mutaciones...*, op. cit.; y J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, IGO/Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.

Unión Europea en estos ámbitos es jurídicamente vinculante, de modo que los Estados deben limitarse a ejecutar las decisiones adoptadas por un poder exterior a ellos⁵².

Más allá de estos aspectos, sobradamente conocidos por lo demás, nos interesa destacar que no sólo las decisiones vinculantes adoptadas por órganos de la Unión Europea afectan a los Estados. Los peculiares modos de actuación de las instituciones comunitarias y los principios de Derecho Público que de ellas se derivan influyen también de un modo decisivo en aquéllos⁵³. Sus reflexiones, incluso, acerca de los problemas derivados de la falta de ejecución de decisiones públicas y las concretas técnicas de regulación propuestas como solución, son adoptadas como propias por los Estados miembros. En este sentido es, precisamente, la política impulsada desde las instituciones comunitarias la que mayor incidencia tiene en la adopción de nuevas formas de regulación estatal y, en especial, en el desarrollo de la autorregulación regulada. La utilización de término “autorregulación” como una forma de instrumentación de la sociedad al servicio de los fines del Estado, las principales líneas de regulación del contexto de la autorregulación y el establecimiento del principio de corresponsabilidad, entre la sociedad y el Estado, en la satisfacción de fines públicos, surgen de las iniciativas de la Unión Europea⁵⁴.

C) *El desarrollo del neocorporatismo.*

Mientras que la globalización y la europeización afectan a la soberanía externa del Estado, la organización corporativa de la sociedad afecta a su soberanía interna. Con el desarrollo del neocorporatismo los poderes públicos ven menguar su capacidad de decisión –su capacidad de definir los intereses generales- y su capacidad para ejecutar

⁵² Véase: S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, op. cit., pp. 160 y ss.; y R. ARNOLD, *Rechtsstaatlichkeit und aktuelle Entwicklungen im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, Haus Sudetenland, München, 1980. En la misma línea, R. MAYNTZ, en “Nuevos desafíos de la teoría de la *Governance*”, op. cit., p. 42, afirma que “(...) para los gobiernos nacionales esto implica una pérdida –esta vez auténtica- de capacidad de control”.

⁵³ Pueden consultarse al respecto las diversas aportaciones al número especial de la revista *Actualité Juridique Droit Administrative*, Droit administratif et droit communautaire, 1996 y, destacadamente, R. ARNOLD, “L’influence du droit communautaire sur le droit administratif allemand”, pp. 110 a 117.

⁵⁴ Las iniciativas de la Unión Europea relacionadas con la autorregulación, que, en un principio, parecían tener solamente carácter puntual, se engloban en una política de mayor alcance, mediante la cuál se pretende mejorar las estrategia y la capacidad de regulación de los poderes públicos. Son sumamente ilustrativas de esta tendencia las reflexiones contenidas en el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea

sus decisiones –su capacidad para materializar tales intereses- debido a la injerencia de los intereses particulares. En este sentido, con la voz “neocorporatismo” se pretende distinguir los rasgos del corporatismo clásico, caracterizado por su dependencia del Estado⁵⁵, de los propios de las sociedades corporativas actuales, donde es el Estado quien parece depender de las corporaciones.

En términos generales, por “corporatismo” se entiende “la presencia hegemónica de corporaciones en una sociedad”⁵⁶. Esta forma de organización social está estrechamente relacionada con un modo de egoísmo grupal o gremialista, calificado de “corporativismo”⁵⁷.

Se han identificado los orígenes del corporatismo moderno, por un lado, con la fase de desarrollo del capitalismo industrial y la transformación de la empresa individual en gran empresa y, por otro, con la burocratización, de estas organizaciones y del Estado. La estructura corporativa, articulada en función de “criterios de jerarquía interna, coordinación imperativa y normas para el acceso, reparto, partición y exclusión

[DOCE C 287, de 12 de octubre de 2001, pp. 1 y ss.] y en el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema “Simplificación” [publicada en el DOCE C 48, de 21 de febrero de 2002, pp. 134 y ss.].

⁵⁵ Según S. GINER, y M. PÉREZ YRUELA, “Sobre el origen, naturaleza y modalidades del corporatismo”, en S. Giner y M. Pérez Yruela (Eds.), *El corporatismo en España*, Ariel Sociología, Barcelona, 1988, pp. 23 y ss., los rasgos del corporatismo clásico pueden sintetizarse en las siguientes notas: La representación los intereses de la sociedad civil debían canalizarse a través de cámaras, asociaciones o sindicatos funcionalmente especializados, únicos en su ámbito de actuación y coordinados a través de órganos colegiados en los que estaban representados todos ellos; en este sistema no existía la libertad de asociación y era obligatoria la pertenencia a las agrupaciones que representaban monopolísticamente los distintos intereses sociales; la composición del Parlamento, cuando existía, solía responder a criterios estamentales, gremiales y corporativos y tenía un papel secundario en el sistema político; los administradores del Estado pertenecían a un partido único o a las asociaciones monopolísticas existentes; finalmente, era destacable el direccionismo estatal de la economía y potenciación del nacionalismo estatal.

⁵⁶ X. ARBÓS, y S. GINER, *La gobernabilidad....*, op. cit., p. 43. Para ser más precisos, según pone de manifiesto M. PÉREZ YRUELA, “Corporatismo y Estado del bienestar”, en S. Giner y S. Sarasa (Eds.), *Buen gobierno y política social*, Ariel, Ciencia Política, Barcelona, 1997, p. 117: “En la literatura del corporatismo pueden identificarse al menos dos posiciones claramente distintas. Una de ellas entiende el corporatismo exclusivamente como un proceso de intercambio y negociación entre organizaciones de intereses -principalmente sindicatos y patronales- y el Estado, para la toma de decisiones sobre políticas económicas, sociales o u otro tipo (podríamos denominar a ésta, concepción restringida del corporatismo). La otra concepción entiende el corporatismo básicamente como un proceso social caracterizado por la creciente predominancia de los actores colectivos, las organizaciones de intereses de todo tipo, que mediatizan la acción social individual, y las formas de estructuración y conflicto”. Para profundizar en estos temas, una obra de referencia obligada es *Patterns of corporatist policy-making* (Eds. G. Lehmbruch y P. C. Schmitter), Olie, CEC, 1994.

⁵⁷ Giner prefiere distinguir ambos términos, para reservar la noción de “corporativismo” a las manifestaciones del corporatismo relacionadas con el clientelismo, el amiguismo y, en definitiva, el egoísmo de un cuerpo o colectivo en la persecución, fomento y protección de sus intereses comunes: S.

diferenciales de los bienes escasos que se pretenden controlar (...), se encuentra también en el mundo financiero, mercantil, industrial y de servicios”⁵⁸. De este modo, se entiende por corporación cualquier institución social asociativa o cualquier grupo organizado, estructurado según los rasgos que acabamos de mencionar, y que tiene por finalidad la producción, satisfacción y fomento de unos intereses colectivos sectoriales específicos. Con el desarrollo del corporatismo, los principales actores de la sociedad no son, como antaño, los individuos, sino las organizaciones⁵⁹.

La organización corporativa de la sociedad está, por lo demás, directamente relacionada con las ofertas de participación brindadas por los poderes públicos a los particulares. Estas ofertas se traducen en la posibilidad de que los particulares -en este caso, las corporaciones privadas- participen en la toma de decisiones administrativas, manifestando sus propuestas en los procesos de elaboración de leyes, reglamentos o actos administrativos, o integrándose en la organización administrativa. Esta es, por lo demás, una participación organizada, que difiere de aquella que se canaliza a través de procedimientos de comunicación entre Estado y sociedad que tienen lugar, de facto, fuera de los cauces mencionados⁶⁰. Así, de un modo u otro, y aunque la ideología liberal barrió todos los espacios intermedios entre el Estado y el individuo, los cuerpos sociales y los intereses sectoriales integrados en la sociedad han sabido cómo mantenerse y acercarse a las esferas de poder⁶¹. El modelo pluralista propio del Estado social ha sido

GINER, y M. PÉREZ YRUELA, “Sobre el origen, naturaleza y modalidades...”, *El corporatismo en España*, op. cit. , pp. 25 y ss.

⁵⁸ Así lo ponen de manifiesto X. ARBÓS, y S. GINER, *La gobernabilidad...*, op. cit., pp. 47 y ss.

⁵⁹ M. GARCÍA PELAYO, en *Las transformaciones del Estado...*, op. cit., p. 108, ha señalado, en este sentido que, bajo estos presupuestos “no es de extrañar que la “revolución organizacional” (es decir, en resumen: el crecimiento, diversificación, independencia y complejidad de las organizaciones y la necesidad histórica del proceso organizativo para satisfacer y promover las demandas sociales) haya sido considerado como uno de los rasgos característicos de nuestro tiempo [Boulding, *The Organizational Revolution*, Chicago, 1953], ni que Drucker [*The Age of Discontinuity. Guideline to our Changing Society*, London, 1969] afirme que el historiador de aquí a doscientos años considerará como concepto y característica central de nuestra época “el surgimiento de una sociedad de organizaciones, en la que cada tarea social de importancia es confiada a una institución”, y con ello estimará como el hecho más importante de nuestro tiempo “el surgimiento de un pluralismo nuevo y distinto, es decir, de una sociedad de diversidad de instituciones y de difusión del poder”.

⁶⁰ Véase, por todos, M. SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, CEC, Madrid, 1980; y, el mismo autor, “Participación, neocorporativismo y Administración económica”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3943 y ss.

⁶¹ Según P. DE VEGA GARCÍA, “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social”, en J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera (Eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 125: “el individuo aislado no va a limitarse a buscar en el Estado, y a reclamar del Estado, lo que en la sociedad no encuentra, sino que, además, para hacer más efectivas sus reclamaciones

determinante también en la reducción del número de grupos que participan en esta liza, lo cual ha potenciado la autoorganización y agrupación de intereses⁶².

Sucede, sin embargo, que estas ofertas de participación generan, a su vez, nuevas demandas y con ello se produce una especie de contaminación entre intereses públicos y privados⁶³, y una contractualización de la actividad y de la organización administrativa que comporta, muchas veces, una difuminación de responsabilidades, una quiebra del principio democrático y un alejamiento de los intereses generales⁶⁴. Este contexto permite observar que la complejidad generada por un corporatismo excesivo -y la presión que sufren los poderes públicos ante demandas organizadas, que pueden ser contradictorias entre sí- constituye una de las principales causas de los problemas de gobernabilidad y de la falta de confianza y de legitimación actual de los poderes públicos.

y para defender mejor sus intereses, será en el propio ámbito de la sociedad donde ha de proceder a constituirse en grupos y a organizarse”. Estas consideraciones enlazan con las vertidas por M. GARCÍA PELAYO, en *Las transformaciones del Estado...*, op. cit., p. 40: “De este modo, el Estado social va dialécticamente unido con lo que los alemanes denominan “Estado de asociaciones” (*Verbändestaat*), es decir, un Estado en cuyas decisiones toman parte en una medida decisiva no solamente los partidos, sino también las grandes organizaciones o asociaciones que, a su vez, pueden influir en los partidos o ser influidas por éstos.”

⁶² Una crítica a esta limitación del número de organizaciones que acceden al gobierno la encontramos en A. NIETO GARCÍA, *La organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 66: “Los grupos mejor organizados, los más poderosos o los que cuentan con la benevolencia del gobierno se introducen en la Administración por las rendijas participativas, sacando ventaja a quienes no pueden hacer uso de esta posibilidad, que son la inmensa mayoría”.

⁶³ Según B. BADIE, y P. BIRNBAUM, “Sociología del Estado: nuevas interpretaciones”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, n.º 140, 1994, p. 195: “el corporatismo instaura en el centro del Estado una gestión casi privada de intereses públicos, una confusión creciente que acompaña la interpenetración cada vez más importante de los ámbitos públicos y privados que ponen en peligro las fronteras del Estado y su existencia misma, ya que esta imbricación amenaza con reducir su independencia dejando penetrar cada vez más en su seno a los “intrusos” de la sociedad en general”.

⁶⁴ La doctrina viene advirtiendo sobre los peligros que estas formas de participación comportan para la democracia, la determinación de responsabilidades y el cumplimiento efectivo de los intereses generales. Así, por ejemplo, X. ARBÓS y S. GINER, en *La gobernabilidad...*, op. cit., p. 60, nos recuerdan que “la democracia representativa lo es de toda la sociedad con la participación formal de los electores individuales, y no de diversas organizaciones de intereses”.

Por lo que se refiere a los intereses generales, no está de más recordar las palabras de A. NIETO GARCÍA, en *La organización del desgobierno*, op. cit., pp. 18: “bien está contar con los interesados. Pero el fallo del sistema se encuentra en la circunstancia de que, de ordinario, los afectados son todos los ciudadanos y no sólo este grupo que negocia con la administración”. Este autor también señala que, en un principio, la participación tenía por finalidad proporcionar información a la Administración, mediante la tramitación formal de consultas o descentralizar un ámbito de gestión y conseguir colaboraciones puntuales de la sociedad, mediante la creación de organismos públicos con fuerte representación de intereses corporativos o sectoriales. En cualquier caso, la decisión y la responsabilidad quedaban siempre claramente ubicados en una Administración. Ahora, en cambio, la participación a través de la integración de grupos de intereses en órganos de la Administración y a través de la consulta de estos grupos de interés

D) *El aumento de la complejidad social.*

Se alude a la complejidad de la realidad social en la que debe incidir el Estado, por lo menos, en un doble sentido: por la complejidad de la estructura y del entramado socio político; y por la complejidad técnica de los ámbitos de intervención estatal. Ambos aspectos se encuentran, a su vez, relacionados entre sí.

La complejidad que se predica de la amplitud y la diversidad de demandas a las que debe hacer frente el Estado es fruto, a su vez, de la propia complejidad del entramado social. Son muchos y muy diversos los ámbitos en los que se exige su actuación del Estado. La simple enumeración de algunos de estos ámbitos es, a la vez, superflua por conocida, aunque suficientemente significativa: la inmigración, la cultura, la industria, el medio ambiente, el tráfico, la alimentación, la investigación científica, la sanidad, los transportes, o las obras públicas, son sólo algunos de los múltiples sectores regulados e intervenidos por el Estado. En todos estos sectores de intervención pública el Estado debe hacer frente a las demandas organizadas de grupos sociales representativos, a su vez, de intereses diversos⁶⁵. La proximidad de los grupos y las corporaciones sociales con el Estado, hace que éste se vea invadido por una explosión de demandas de todo tipo en cuestión de salarios, de salud, de educación, de medio ambiente, o de asistencia económica a favor de las empresas, las asociaciones, o las colectividades territoriales. Por ello, el Estado, a pesar de mantener el monopolio jurídico del poder, está perdiendo su capacidad para incidir efectivamente en las relaciones sociales. El impacto de la regulación estatal es cada vez menor -a pesar de su proliferación- y ello es debido, en gran medida, a una pérdida de control, por parte de los poderes públicos, de la realidad que les envuelve. Si antes analizábamos las consecuencias de la complejidad en la toma de decisiones estatales, interesa ahora destacar que ésta influye también en su ejecución. En muchos casos, son los

en la elaboración de normas jurídicas, esconde verdaderos procedimientos de codecisión, pero con la peculiaridad de que los participantes no asumen siempre de modo formal la decisión.

⁶⁵ Como atinadamente señalan S. GINER, y M. PÉREZ YRUELA, (Eds.), en *El corporatismo en España*, op. cit., p. 20: “La división del trabajo, la aparición de nuevas profesiones, el crecimiento de las burocracias públicas y privadas, ha creado fracturas en la hipotética unidad de la clase trabajadora, que no puede presionar el mismo frente que antaño en cuanto a demandas y estrategias de actuación. La aparición a su vez de segmentaciones sociales de base no estrictamente clasista: feminismo, pacifismo, ecologismo, divisiones étnicas, religiosas, culturales y territoriales (nuevos nacionalismos), que se entremezclan con los grupos de interés más o menos tradicionales, han hecho mucho más complejo el entramado social y las características de los conflictos sociales”.

destinatarios de la actuación estatal quienes se oponen abiertamente a su implementación⁶⁶.

No obstante, como hemos advertido, la complejidad de la sociedad no es sólo una complejidad organizativa, sino también de contenidos. La especialización que requiere la realización de muchas actividades, el nivel de abstracción, en unos casos, y de concreción, en otros, que comporta el dominio de los conocimientos científicos y técnicos, conduce a que se produzca, en el seno de la sociedad, una progresiva diferenciación funcional, con el correlativo surgimiento de numerosos subsistemas sociales cada vez más organizados y más especializados. Estos subsistemas, situados extramuros del Estado, gozan de su propia racionalidad y de su propio lenguaje, y poseen en exclusiva el dominio de un caudal de información que, cada vez de forma más habitual, es esencial para la adopción de decisiones públicas. El Estado se encuentra, así, desbordado por la realidad que le envuelve, por falta de control sobre su entorno, por falta de conocimiento, y por la imposibilidad de penetrar en unos subsistemas cada vez más opacos y encapsulados en su propia autorreferencialidad⁶⁷.

El carácter cerrado, ininteligible y opaco de algunos subsistemas sociales -fundamentalmente aquellos que dicen relación con el manejo de conocimientos expertos- los hace inmunes a cualquier actuación estatal que pretenda incidir sobre el comportamiento de sus miembros.

Los autores que acogen la teoría de sistemas explican las dificultades a las que se enfrentan los poderes públicos y el Derecho para ejecutar sus decisiones a partir de la dinámica de diferenciación de las diversas partes del sistema social. El carácter

⁶⁶ La imposibilidad de implementar las políticas estatales ha sido analizada desde la Ciencia política y la Sociología por los estudios de la gobernanza (*Steuerungstheorie*, por utilizar la terminología alemana). De acuerdo con la exposición de R. MAYNTZ, en “Nuevos desafíos de la teoría de la *Governance*”, op. cit., pp. 35 y ss., los estudios de la gobernanza analizaron, en un primer momento, las dificultades de ejecución legislativa, desde la perspectiva de la propia ineficiencia del Estado, sus errores cognitivos, la falta de planificación o las ineficiencias de las Administraciones responsables de su puesta en práctica, esto es, desde el cuestionamiento de su capacidad de dirección (*Steuerungsfähigkeit*). En la actualidad, tales estudios han tomado también en consideración las actitudes y comportamientos de “sujeto” de la dirección política, reubicando su atención en la “posibilidad de ser dirigidos” (*Steuerbarkeit*). Con ello, se ha puesto de manifiesto que uno de los principales obstáculos a la implementación de decisiones públicas es la “resistencia obstinada” por parte de los destinatarios de las políticas, así como su capacidad para obstaculizar y subvertir el logro de los objetivos programados.

⁶⁷ Esta línea explicativa se encuentra desarrollada, entre otros, por N. LUHMANN, en *Teoría política en el Estado de Bienestar*, op. cit.; y H. WILKE, en *Ironie des Staates. Grundlinien...*, op. cit.

autorreferencial y la capacidad autorregulativa de los subsistemas económico, científico, educativo, cultural o tecnológico, dificulta enormemente la implementación de cualquier política que pretenda ser ejecutada en alguno de estos ámbitos; más aún teniendo en cuenta que la política, y el Derecho como instrumento de la misma, constituyen, a su vez, subsistemas diferenciados, que se sitúan al mismo nivel que los mencionados en primer lugar. Esta exposición es plausible si se acepta que los distintos sistemas que forman la sociedad tienen una posibilidad de influencia mutua limitada. Ello explicaría las dificultades del Derecho, y de la Administración como instrumento de su ejecución, para producir cambios en un sentido preciso en otros subsistemas sociales caracterizados por su autonomía operacional⁶⁸.

Si se aceptan estos presupuestos no es de extrañar que, ante la complejidad de la sociedad moderna y ante la incapacidad estructural de la ley para regular “subsistemas sociales funcionalmente diferenciados” y “autorreferentes”, diversos autores abandonen la clásica exigencia de una noción de una responsabilidad social global del Estado y aboguen por aumentar las cotas de responsabilidad de los subsistemas sociales -a través, precisamente, de la regulación pública de la autorregulación⁶⁹.

2. La erosión de la legitimidad del Estado Social y Democrático de Derecho.

Los argumentos y contraargumentos esgrimidos, a favor y en contra respectivamente, de la legitimación del Estado son tantos y proceden de fuentes tan variadas que es imposible realizar aquí una mínima sistematización al respecto. No es sólo que tales argumentos sean utilizados en momentos históricos distintos, respondiendo, por tanto a una realidad socio-política variable, sino que también son diversas las disciplinas que intervienen en su formulación, son múltiples los enfoques posibles y diferentes las conclusiones que pueden extraerse, en función de si tales

⁶⁸ Por citar al autor que ha popularizado estas ideas, pueden verse, entre muchos otros, N. LUHMANN, *Fin y racionalidad en los sistemas*, Editora Nacional, Madrid, 1983, [traducción de J. Nicolás Muñiz de *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1968]; y *Teoría política en el Estado de Bienestar*, op. cit. Estas ideas son claramente expuestas también por C. Morales de Setién Ravina, en el Estudio Preliminar que recoge dos importantes artículos de P. BOURDIEU y G. TEUBNER, publicados en *La fuerza del Derecho*, Siglo del Hombre Editores/Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes/Ediciones Uniandes/Instituto Pensar, Santafé de Bogotá, 2000, p. 37.

⁶⁹ Explícitamente, U. PREUSS, “La crisis del mercado de trabajo y consecuencias para el Estado social”, en J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera (Eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, op. cit., p. 82, y la bibliografía allí citada.

argumentos se refieren al Estado en general o a alguna de sus instituciones –Gobierno, Administración o Parlamento-. Tales argumentos son, además, utilizados de forma combinada por la mayoría de los autores. Por todo ello nos vamos a limitar, en un primer momento, a apuntar algunas de las corrientes que parecen tener mayor incidencia en la recurrida tesis de la “crisis del Estado” para centrarnos luego en las consecuencias más evidentes de la misma. Estas, en contra de los postulados neoliberales que con mayor ahínco la sustentan la mencionada tesis, parecen conducir a un extraordinario reforzamiento del protagonismo del Estado en la sociedad. En otros términos, la erosión de la legitimidad del Estado Social y Democrático de Derecho –basada en criterios teleológicos y/o de inclusión- está siendo compensada por un reforzamiento de la legitimidad estatal en base a criterios funcionales.

Para entender esta afirmación es necesario aceptar ciertas generalizaciones. En concreto, aceptamos que, desde una aproximación muy general a los diversos argumentos de legitimación del Estado, podrían estos ser reducidos a los tres siguientes: el argumento funcional, según el cual el Estado es necesario para garantizar el funcionamiento de la sociedad; el argumento teleológico, que implica la aceptación de que el Estado es portador de un proyecto de justicia y felicidad; y el argumento de la inclusión –basado en el principio democrático-, que justifica el poder del Estado sólo en la medida en que, a través de las elecciones, pueden participar en él todos los ciudadanos⁷⁰.

Tales argumentos se han utilizado de forma combinada a lo largo de la historia. Así, por ejemplo, los fundadores de la teoría del Estado liberal, como Hobbes o Rousseau, a través de la noción de soberanía, utilizan una combinación entre el primer y el tercer argumento para defender la legitimidad del poder estatal. Locke y Montesquieu, por su parte, ponen el acento especialmente en el argumento de la inclusión, desarrollando, al mismo tiempo, la teoría de la separación de poderes. El desarrollo del Estado social, impulsado en lo económico por Keynes y en lo jurídico por Forsthoff, aun manteniendo siempre el criterio de la inclusión, ha llevado a poner el acento en argumentos teleológicos de legitimación.

⁷⁰ Esta sistematización es ofrecida por U. DI FABIO, en *Das Recht offener Staaten*, op. cit., pp. 16 y ss.

A) *Crisis del Estado social y proliferación de estructuras privadas de carácter prestacional.*

No está de más observar que, también acudiendo al criterio funcional, podría argumentarse que el Estado social está en crisis. Como es sobradamente conocido, la vinculación del ejercicio del poder estatal a la satisfacción de las demandas de la sociedad es un rasgo que poseen tanto el Estado liberal como el Estado social. Sin embargo constituye una evidencia que, entre uno y otro modelo de Estado se ha producido una mutación radical en el tipo de demandas. Mientras que al Estado liberal se le exigía que garantizase la seguridad -la libertad, la propiedad y el mercado-, al Estado social se le ha pedido una extensión de estas garantías respecto a todas las posibles contingencias y a todas las esferas de la vida de los ciudadanos, en cumplimiento de una función de “procura asistencial” –según la traducción más habitual del término de *Daseinvorsorge*, acuñado por Ernst Forsthoff⁷¹.

Hemos señalado ya que esta extensión de las demandas de la sociedad, junto con el aumento de su complejidad y su actual estructuración corporativa, ha acabado por desbordar la capacidad de respuesta de los poderes públicos. La crisis económica que azota las haciendas públicas constituye una dificultad añadida, que justifica, según la doctrina más autorizada, el actual proceso de desestructuración y desmantelamiento de la organización pública de carácter económico y prestacional, e impide reforzar e incrementar la organización burocrática con el fin de aumentar su capacidad de respuesta⁷².

⁷¹ E. FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial (El modelo de la República Federal Alemana)*, [traducción del original *Der Staat der Industriegesellschaft*, C. H. Beck, München, 1971, a cargo de L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz], IEP, Madrid, 1975. Sobre ello véase también: M. GARCÍA PELAYO, en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, op. cit., pp. 27 y ss. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de “Daseinvorsorge””, *RAP*, n.º 38, 1962, reimpresión 1972, p. 43 y p. 54.

⁷² Resulta, cuanto menos, sintomático, que exista un amplio consenso sobre la imposibilidad de mantener la configuración de las estructuras públicas y los modos de actuación que han caracterizado el Estado social. En términos generales, y a pesar de las abismales diferencias entre los enfoques y las soluciones aportadas, coinciden en este punto tanto quienes defienden el mantenimiento del Estado social –subrayando la necesidad de introducir modificaciones a sus modos de actuación, como consecuencia de la pérdida de legitimidad de este modelo de Estado-, como quienes propugnan su desmantelamiento –poniendo el acento en la vertiente económica de la crisis estatal-.

Entre los primeros cabe subrayar las aportaciones de C. OFFE, *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, Alianza Universidad, Madrid, 1990, [*Contradictions of the Welfare State*, Hutchinson, London, 1984, traducción de A. Escotado]; y J. HABERMAS, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Cátedra, Madrid, 1999, [*Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1973].

Ante este panorama y aproximadamente a partir de los años setenta empieza a difundirse con cierta fuerza la idea de que el Estado social está en crisis. Esta crisis se manifiesta en tres aspectos principales⁷³: en la pérdida de competitividad económica, en el mercado global, de aquellos países que asumen mayores costes sociales⁷⁴; en las limitaciones presupuestarias de los poderes públicos, derivadas de la distancia creciente entre los ingresos obtenidos y las demandas y obligaciones retributivas; y en la pérdida de apoyo social y político del Estado del bienestar. Los dos últimos aspectos mencionados se encuentran estrechamente relacionados entre sí. Desde un punto de vista estadístico, se pone de manifiesto el creciente descontento de los ciudadanos ante las prestaciones del Estado⁷⁵. Y ello se imputa a la incapacidad de los poderes públicos para hacer frente, desde un punto de vista económico, a algunas de las políticas más características del Estado del bienestar, como el problema del desempleo, las pensiones o la asistencia social. Además, se ponen de manifiesto problemas de eficiencia en el gasto público y problemas de corrupción⁷⁶.

Las tesis neoliberales o neoconservadoras, partidarias de un Estado mínimo, han sido abanderadas, por autores como R. NOZICK, en *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, New York, 1974, consultada en la versión española *Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988, traducida por R. Tamayo; y F. A. HAYEK, en *The Road to Serfdom*, Londres, 1979, [traducida al español como *Camino de servidumbre*, Alianza, Madrid, 1985]; y en su obra *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1. *Rules and Order*, vol. 2. *The Mirage of Social Justice*, y vol. 3. *The Political Order of a Free People*, Routledge, London, 1973, 1976, 1979, [*Derecho, legislación y libertad*, vol. I, *Normas y orden*, vol. II, *El espejismo de la justicia social*, y vol. III, *El orden político de una sociedad libre*, Unión Editorial, Madrid, 1985, 1979, 1981.

⁷³ Sintetiza la crisis del Estado del bienestar en estos tres aspectos, M. CASTELLS, en “El futuro del Estado del bienestar en la sociedad informacional”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, n.º131, 1996, p. 42. Las diversas manifestaciones de esta tendencia pueden verse también en: M. CASTELLS, y N. BOSCH, en *El futuro del Estado del bienestar*, op. cit., pp. 26 y ss.

⁷⁴ Según M. ÁLVAREZ RICO e I. ÁLVAREZ-RICO GARCÍA, “La crisis del Estado de Bienestar en el marco de la globalización: incidencia en el sector público”, *Sociedad y Utopía*, n.º12, 1998, p. 125: “Otra de las causas de la crisis del Estado de Bienestar está constituida por el proceso de globalización en los aspectos económicos, sociales y culturales de la sociedad actual (aldea global). El más visible es el aspecto económico que se traduce en el imperativo para todos los países en ser competitivos, pues se piensa que las naciones que asumen altos gastos sociales ven disminuida su capacidad de competir en los mercados mundiales. Los agentes económicos pueden cambiar de escenario, estructura empresarial con gran facilidad para competir en mejores condiciones. La capacidad creciente de producir y vender en cualquier lugar del mundo trae como consecuencia que aquellos países que ofrecen niveles más bajos de protección social dispongan de ventajas en materia de competitividad”.

⁷⁵ Después de un análisis económico de la fundamentación de la intervención del Estado en la economía, sostiene que la denominada crisis del Estado del bienestar es una crisis ideológica, que parte del descontento generalizado de los ciudadanos, R. MUÑOZ DE BUSTILLO, *Crisis y futuro del Estado de bienestar*, Alianza, Madrid, 1989.

⁷⁶ En este sentido, J. PÉREZ ROYO, “Crisis del Estado social: un falso debate”, en J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera (Eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, op. cit., p. 45, sostiene que, bajo la crisis del Estado social, lo que se encubre es una falta de confianza en la acción política, aludiendo específicamente a una “quiebra de confianza en el Estado, en su capacidad para ser un gestor eficaz, para no generar dilapidación y corrupción”. También alude a la corrupción como una de las causas de la crisis del Estado del bienestar, trayendo a colación la recomendación del Consejo Europeo sobre la mejora del comportamiento ético en el servicio público, de 23 de abril de 1998, J. RODRÍGUEZ-

El actual desbordamiento del Estado social frente a las demandas de los ciudadanos es fruto, a nuestro entender, de un proceso reflexivo, que carga al Estado con las consecuencias de su propia actuación⁷⁷. La superposición de títulos de legitimación del Estado es lo que produce, hoy día, a su deslegitimación.

La búsqueda de títulos de intervención de los poderes públicos –títulos jurídicos de legitimación de tal poder-, que se vio saciada con las Constituciones que instauraron un modelo social de Estado, se transformó en la imposición de una serie de deberes y obligaciones positivas de actuación que son hoy reclamadas por los ciudadanos⁷⁸. La proliferación, la diversificación y la extensión de las demandas de la sociedad desborda la oferta de servicios públicos y las garantías de seguridad que puede alcanzar el Estado a través de su intervención directa, lo cual genera, como hemos anunciado, una crisis de confianza y, en definitiva, una crisis de legitimación del Estado social⁷⁹. En otras palabras, la vertiginosa ampliación de las tareas estatales, fruto del tránsito a un Estado pluriclasista y a una Constitución material, la progresiva imbricación de la sociedad y del Estado, explican el proceso de “constante degradación de la credibilidad de las estructuras estatales a ojos del ciudadano y, consecuentemente, de la confianza del mismo en la capacidad de dichas estructuras, en su conjunto, para afrontar, analizar y resolver con racionalidad y eficacia los cada vez más complejos e intrincados problemas sociales y comunitarios; proceso que se traduce, en definitiva, en una pérdida de

ARANA MUÑOZ, *Nuevas claves del Estado del Bienestar (Hacia la Sociedad del Bienestar)*, Temas Básicos de Derecho Administrativo, Comares, Granada, 1999, pp. 58 y ss.

⁷⁷ El término “reflexivo” es utilizado en el texto no como sinónimo de “reflexión”, sino como una especie de *efecto boomerang*, debido al cual, el Estado debe hacer frente a las consecuencias de la propia actuación. Hacemos, con ello, un paralelismo con las aportaciones de Beck, Giddens y Lash, que califican de reflexiva la modernidad, por encontrarse sometida a los efectos de la intensificación de su propio desarrollo. Esta argumentación se encuentra en la obra, ya citada: U. BECK, A. GIDDENS y S. LASH, *Modernización reflexiva...*, op. cit. Sin embargo, se ha destacado también, que el problema del Estado para hacer frente a las demandas, consecuencia de este proceso de reflexibilidad, deriva también de una “crisis de reflexión”, entendida ahora como la “imposibilidad de las instancias públicas centrales del sistema para generar un conjunto unitario de respuestas racionales al espectro creciente y progresivamente complejo de demandas producido desde el sistema social”: A. PORRAS NADALES, “Derecho constitucional y evolucionismo jurídico”, *REP*, n.º 87, 1995, p. 117.

⁷⁸ Los derechos fundamentales, con el desarrollo del Estado social, ya no son meras barreras de acción de los poderes públicos, sino que se configuran como un “conjunto de valores o fines directivos de acción positiva” de éstos: A. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 19.

⁷⁹ En este sentido, se señala que “la crisis del Estado del bienestar es, sobre todo, una crisis de relaciones entre el Estado y la sociedad. Su aspecto más llamativo reside en la aparente incapacidad de nuestro tiempo para dar respuestas nuevas a problemas nuevos, cosa fácilmente observable en el estudio de dicha crisis y las reacciones que ha provocado”: R. GARCÍA COTARELO, “La crisis del Estado del bienestar y la sociedad civil”, *Cuenta y Razón*, n.º 31, 1987, p. 51.

credibilidad y de confianza en la virtualidad ordenadora del Derecho, como primaria y manifestación del Estado’⁸⁰.

Frente a esta realidad, desde posturas neoconservadoras o neoliberales se aboga por una extraordinaria limitación, una eliminación incluso, de la intervención del Estado en la sociedad. Se advierte, así, que la intervención estatal no deja suficiente libertad a las fuerzas del mercado, caracterizadas por una eficiencia y una capacidad de autorregulación que se ha visto entorpecida por la ineficiente actuación pública⁸¹. Algunas de estas críticas, acompañadas de una importante carga ideológica, han intentado desacreditar la búsqueda de la igualdad material por parte del Estado, en un intento de demostrar la imposibilidad de alcanzar, a través de él, la justicia social⁸². Es, pues, el criterio teleológico de legitimación el que con mayor contundencia ha sido atacado. Son también las consecuencias de su aplicación las que se pretenden deshacer. Se ha defendido, así, un retroceso hacia un “Estado mínimo”⁸³, que implica un retorno al principio de mínima intervención propio de la ideología liberal, pero sustrayendo al Estado su función redistributiva en lo que se ha llamado también la utopía del “Estado ultramínimo”⁸⁴.

⁸⁰ L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, p. 24.

⁸¹ Este tipo de posturas, que postulan un Estado mínimo, encuentran precisamente su base argumental en la ineficiencia del Estado social, a la vista de los resultados prácticos de su intervención. Se pone de manifiesto que el gasto social se dispara, al tiempo que no desaparece el desempleo y se desincentiva el trabajo productivo. Como se expone en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO, y L. GONZÁLEZ SEARA, (Dir.), en *Las estructuras del bienestar. Derecho economía y sociedad en España*, Civitas, Madrid, 1997, p. 12: “Falla, además, la eficiencia de los mecanismos burocráticos del Estado. La ausencia de competencia y la garantía de empleo de sus servidores generan una baja productividad en el sector público. La falta de eficacia y la baja productividad generan, a su vez, unos costes exagerados del Estado de Bienestar para unos deficientes servicios ofrecidos a los beneficiarios. Y con ese caldo de cultivo no es de extrañar el florecimiento de doctrinas de corte neoliberal, que llegan, incluso, en algunos de sus representantes, a sostener que racionalmente sólo se puede legitimar un Estado mínimo”. La influencia del pensamiento neoliberal explica que algunos autores se vean en la necesidad de defender la necesidad de la existencia del Estado. Así, G. ARIÑO ORTIZ, en *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Comares, Granada, 1999, pp. XXVIII, o R. MARTIN MATEO, *La liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración*, Trivium, Madrid, 1988.

⁸² Estas ideas son desarrolladas por F. A. HAYEK, en *Derecho, legislación y libertad*, vol. II, *El espejismo de la justicia social*, op. cit.

⁸³ Según S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, vol. I, *Los fundamentos*, op. cit., p. 24: “Los ideólogos del nuevo Estado mínimo imaginan una retirada progresiva de la acción del Estado sobre la sociedad que empieza por una significativa transferencia hacia la empresa privada de la iniciativa y el control de los sectores económicos fundamentales, para continuar con una reducción drástica de los servicios del carácter social”.

⁸⁴ Estos argumentos son desarrollados por R. NOZICK, en *Anarquía, Estado y utopía*, op. cit. Este autor, después de sostener que el Estado mínimo es moralmente legítimo, y que ningún Estado más extenso puede ser moralmente justificado, termina su discurso, preguntando: “¿No es el Estado mínimo, el marco para la utopía, una visión sugestiva? El estado mínimo nos trata como individuos inviolables,

Las soluciones propuestas desde las tesis neoliberales, que coinciden, en parte, con las formuladas desde ópticas más pragmáticas a este tipo de problemas, se expresan gráficamente en una serie de lemas, que han tenido una enorme repercusión en las políticas públicas de todos los países industrializados: *menos Estado, más sociedad, adelgazamiento del Estado, descarga del Estado, simplificación administrativa, y desburocratización*, son algunos de ellos⁸⁵. Estos lemas, a nuestro entender, se han materializado en un claro proceso de liberalización, que conduce, a su vez, a una privatización de bienes y servicios públicos y a una tendencia hacia la desreglamentación y la disminución de controles administrativos –desregulación⁸⁶. A pesar de ello, debemos advertir que la interrelación de estos tres términos hace difícil separarlos debidamente desde un punto de vista conceptual⁸⁷; más aún cuando todos ellos están relacionados con la desintervención administrativa, entendida ahora como la reducción de la actividad directa de la Administración pública sobre la sociedad, y con la reducción del volumen del aparato estatal y de su producción normativa.

Con la expresión “liberalización” se predica la potenciación del principio de libertad de mercado, la generalización de la libre competencia y la reducción de

que no pueden ser usados por otros de cierta manera, como medios o herramientas o instrumentos o recursos; nos trata como personas que tienen derechos individuales, con la dignidad que esto constituye. Que se nos trate con respeto, respetando nuestros derechos, nos permite, individualmente o con quien nosotros escojamos, decidir nuestra vida y alcanzar nuestros fines y nuestra concepción de nosotros mismos, tanto como podamos, ayudados por la cooperación voluntaria de otros que poseen la misma dignidad. ¿Cómo *osaría* cualquier Estado o grupo de individuos hacer más, o menos?” (p. 319).

⁸⁵ Como señala V. PÉREZ DÍAZ, *La primacía de la sociedad civil*, op. cit., p. 122: “El experimento neoliberal de rediseño del Estado de bienestar, (...) partió de una postura filosófica previa, según la cual la tendencia histórica al crecimiento del Estado debía ser contenida y, en lo posible, invertida; y esto debía ser hecho con, o sin, acuerdos con los grupos de interés. Se desarrollaron así una serie de políticas que tuvieron por objeto que los mercados se desarrollaran libremente; así como políticas de liberalización (algunas veces llamadas de desregulación), o de privatización”. Este fenómeno también es advertido por S. MUÑOZ MACHADO, en *Servicio público y mercado*, vol. I, op. cit., p. 18: “Se nos vuelve a cambiar el Estado, pero ahora por causa del adelgazamiento súbito del sector público y de la reducción de algunos servicios público tradicionales: unos se achican, otros se liquidan y el resto, en fin, parece estar ineludiblemente abocado a asumir un régimen jurídico, respecto de su organización y funcionamiento, completamente nuevo”.

⁸⁶ La materialización de estos principios en diversos países se encuentra explicada, entre otros muchos, por: M. BACIGALUPO SAGGESE, “Reducción y laboralización de la Función pública alemana en el marco del proceso de privatización de servicios públicos de los años noventa (en particular, la privatización del control aéreo, los ferrocarriles, el correo y las telecomunicaciones)”, *DA*, n.º 243, 1995, p. 293; J. BASEDOW, “La política de la competencia en los sectores exceptuados...”, op. cit., p. 1277; o en las diversas aportaciones al número 218-219 de la Revista *DA*, y, en especial, en S. CASSESE, “Las privatizaciones en Italia”, *DA*, n.º 218-219, 1989, p. 377 a 389; y M. DURUPTY, “Las privatizaciones en Francia”, *DA*, n.º 218-219, 1989, p. 335 a 375.

⁸⁷ Incluso algunos autores, como M. N. DE LA SERNA BILBAO, en *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 27 y ss., utilizan estas expresiones como sinónimos.

controles, trabas y monopolios públicos⁸⁸. Con ello, se pone de manifiesto que no es posible alcanzar la plena liberalización de los mercados sin recurrir a la privatización de bienes y servicios públicos⁸⁹. Este proceso tiene pues, en primer término, una incidencia directa en las estructuras públicas de carácter prestacional.

La incidencia de la privatización en la función estatal de prestación de servicios públicos es una de las cuestiones que más ha centrado la atención de nuestra doctrina en los últimos años⁹⁰. No procede aquí extenderse en este tema. Queremos solamente destacar que el tradicional modelo intervencionista, presidido por las técnicas jurídicas articuladas entorno a los grandes servicios públicos y a la noción de dominio público (agua, gas, electricidad, teléfonos, transportes urbanos, transporte aéreo, etc.), está dando paso a un modelo concurrencial en el que el Estado debe reconducir su papel, para situarse en una posición simplemente correctora de los desequilibrios del mercado. Con ello emergen, como no, nuevos espacios para la “autorregulación del mercado”.

El término “autorregulación” denota aquí un retorno a nociones y realidades propias del Estado liberal en un contexto, claro está, en el que el mercado es radicalmente distinto al de aquel entonces. Se utiliza la voz “autorregulación” para describir el notable aumento del número de operadores privados, frente a la disminución de las estructuras públicas, y la ampliación del margen de libertad en la fijación de los precios de los servicios⁹¹. Esta noción se utiliza también para describir la introducción, en algún caso particular, de la libertad de opción, por parte de los particulares, entre el

⁸⁸ S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, vol. I, op. cit., p. 20, afirma que la liberalización, “procura una reducción de las intervenciones públicas en los sectores económicos fundamentales para el desarrollo de la competitividad y el empleo”, así como la “aplicación a las relaciones entre empresas del principio de igualdad y de las reglas de mercado, entre las cuales son fundamentales los principios de libre competencia, que tanto la Comisión Europea como las autoridades nacionales se ocupan de salvaguardar”.

⁸⁹ En este sentido J. CORCUERA ATIENZA, en “Estado y economía en época de crisis: las privatizaciones”, *REP*, n.º 91, 1996, p. 12, pone de manifiesto que “la liberalización (...) incluye la apertura de un proceso de privatización del sector público”.

⁹⁰ Por citar solamente algunos de los títulos más significativos, pueden verse las obras de G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico*, op. cit.; M. N. DE LA SERNA BILBAO, *La privatización en España...*, op. cit.; los cuatro volúmenes de S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, op. cit.; y J. E. SORIANO GARCIA, *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993, entre otros muchos.

⁹¹ Véase: C. PADRÓS REIG, en “Fijación de precios, autorregulación y defensa de la competencia (Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de octubre de 1998, asunto C.38/97, autotrasporti librandi)”, *Anuario de Derecho de la Competencia 1998*, Madrid, 1999, pp. 303 a 319; y, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “Del servicio público a la regulación: ¿y de la regulación a la desregulación?”, *Derecho de los Negocios*, Junio 2001, pp. 16 a 22.

cumplimiento de ciertas obligaciones primarias o la implantación privada de un servicio de relevancia pública. Un ejemplo paradigmático de esta técnica puede encontrarse en la especial articulación del sistema de gestión de residuos conocido como “sistema dual”⁹².

Este sistema fue introducido en Alemania por el Reglamento, de 12 de junio de 1991, sobre envases y envases usados (*Verordnung über die Vermeidung von Verpackungsabfällen – Verpackungsverordnung – VerpackV*)⁹³. Los artículos 7 y 8 del Reglamento imponen a los distribuidores de productos envasados una serie de deberes y obligaciones relacionados con la recogida de los envases⁹⁴. No obstante, el artículo 6.3 de la misma norma les permite exonerarse del cumplimiento de tales deberes si participan voluntariamente en un sistema de gestión privado, que autoriza cada *Land* en su respectivo ámbito territorial, que garantice la recogida periódica y selectiva de este tipo de residuos, en el domicilio del consumidor o en sus proximidades, y que asegure el reciclado o la reutilización de los envases. Con esta finalidad se creó el *Duales System Deutschland Gesellschaft für Abfallvermeidung und Sekundärrohstoffgewinnung mBH (DSD)*. Esta sociedad, de la que forman parte la mayoría de empresas alemanas de fabricación y distribución de productos envasados, identifica los productos de los que se hace cargo mediante un símbolo denominado “Punto Verde” (*Der Grüne Punkt*) y se financia mediante el cobro de una tasa que deben pagar los socios por su utilización.

Con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 94/62/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre, por la que se armonizan las normas sobre gestión de envases y residuos de envases en los diferentes Estados

⁹² En las aportaciones de la doctrina alemana sobre la autorregulación con relevancia para los poderes públicos y para el Derecho Administrativo, juega un papel destacado el análisis del denominado “sistema dual” de gestión de residuos. Cabe destacar, en este sentido, las aportaciones de los profesores U. DI FABIO, y M. SCHMIDT-PREUSS, en “Verwaltung und Verwaltungsrecht...”, op. cit., pp. 183, 185, 188, 241 y 262.

⁹³ Algunos de los principios introducidos por esta norma, destacadamente el relativo a la responsabilidad de los particulares en el ciclo económico de los residuos, han servido de modelo a la ley federal de residuos alemana (*Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz – KrW-AbfG*). Sobre ello, KUNIG, P., PAETOW, S., y VERSTEYL, L. A., *Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-AbfG). Kommentar*, München, 1998.

⁹⁴ En concreto, los distribuidores de estos productos están obligados a recogerlos gratuitamente del consumidor final, devolviéndoles la suma de dinero que éste ha tenido que dejar previamente en depósito al comprar cualquier producto envasado. Para que el sistema funcione, los distribuidores y comerciantes tienen que repercutir en el precio de estos productos una cantidad, que viene fijada en el reglamento (entre 0,50 y 2,00 DM) y que se configura como una especie de fianza (*Pfand*). El consumidor puede devolver los envases en el punto de venta, lo cual permite que los distribuidores los recojan y los entreguen a los fabricantes o a las empresas recicladoras por ellos contratadas, a fin de que estas procedan a su reutilización o valorización final.

miembros, se ha implantado en España un modelo parecido al sistema dual alemán. En concreto, la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases y el Reglamento que la desarrolla (Real Decreto 782/1998, de 30 de abril) ha privatizado la gestión municipal de recogida y tratamiento de residuos, en lo que se refiere a las fases de eliminación y valorización de los mismos⁹⁵. Como sucede en el modelo alemán, la ley española contempla dos alternativas para la realización de las actividades de recuperación, recogida y devolución de los envases. El primero de ellos, regulado en el artículo 6, es el Sistema de Depósito, Devolución y Retorno (SDDR). Consiste en el cobro de una cantidad de consigna por cada proveedor a su cliente cuando le entrega un producto envasado. Esta cantidad es devuelta al cliente cuando éste, a su vez, devuelve el envase ya utilizado. La Ley de Envases y Residuos establece el carácter obligatorio del SDDR. Sin embargo, dicho sistema puede ser eludido cuando los agentes económicos establezcan un Sistema Integrado de Gestión (SIG). Éste es un sistema voluntario, alternativo al anterior. Implica que los agentes económicos se responsabilizan de recoger los envases usados, o los residuos de envases, y de gestionarlos y tratarlos hasta ponerlos a disposición del destino que se dé a cada uno de ellos (recuperación, reciclado, valorización energética, vertedero)⁹⁶.

La introducción de este peculiar sistema pone de relieve que el Estado no sólo ha decidido reducir su actividad prestacional directa, sino que no está tampoco dispuesto a asumir la gestión de nuevos servicios ni de cubrir nuevas necesidades sociales. Confía, en este ámbito, en la capacidad organizativa del mercado o, cada vez con mayor razón, en la capacidad de la sociedad civil.

⁹⁵ Sobre estas normas, vid., entre otros: R. MARTIN MATEO, y J. ROSA MORENO, *Nuevo ordenamiento de la Basura*, Trivium, Madrid, 1998, pp. 163 y ss.; P. PÓVEDA GÓMEZ, *Envases y residuos de envases: nueva legislación: comentarios a la Ley 11/1997, de 24 de abril*, Exlibris, Madrid, 1997; J. R. LOZANO, *La nueva normativa de los envases y embalajes. Repercusiones para los agentes socioeconómicos y su impacto en el medio ambiente*, Fundación Confemetal, Madrid, 1999; S. FERNÁNDEZ RAMOS, “El marco jurídico comunitario en materia de residuos”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º153, 1997, pp. 37 a 55; y J. PERDIGÓ SOLÁ, “Los envases y el servicio municipal de recogida y tratamiento de residuos”, *REALA*, n.º 277, 1998, pp. 78 y ss.

⁹⁶ Según advierte J. R. LOZANO, *La nueva normativa de los envases y embalajes...*, op. cit., en España ya funcionaba desde 1992 un sistema de gestión de envases de vidrio (en la actualidad Ecovidrio). En 1995 se creó ASODECO (Asociación para el desarrollo del envase ecológico), como iniciativa privada de los envasadores de diferentes sectores económicos (liderados por los sectores del plástico). Por las mismas fechas aparecieron asociaciones similares para otros materiales (Ecoacero, Ecoleño, etc). En la actualidad están actuando dos únicos sistemas integrados de gestión (SIG): Ecovidrio (para envases de vidrio) y Ecoembalajes (o Ecoembes; para los diversos materiales de envases). Durante 1999 se ha incorporado un nuevo SIG para los sectores farmacéutico y afines.

En efecto, el desmantelamiento de la estructura prestacional del Estado se ve compensada también por el desarrollo de la sociedad civil y del asociacionismo voluntario⁹⁷. En todo caso, la importancia del asociacionismo voluntario en este ámbito no es nueva. Siglos atrás, algunos sociólogos, como Tönnies y Durkheim, intentaron demostrar que los individuos, a través de estrategias asociativas, podían satisfacer ellos mismos muchas de las prestaciones recibidas del Estado, y que estos modos de prestación podrían resultar “mucho más favorables y mucho menos privativos que un espacio estatal anónimo y distante”⁹⁸.

En la actualidad, la pérdida de confianza en el Estado, su incapacidad para liderar un proyecto de justicia social, revitaliza de nuevo el interés doctrinal por la organización de la sociedad civil, aunque desde presupuestos muy distintos. Para Hayek, por ejemplo, “una de las mayores debilidades de nuestro tiempo es que, faltos de paciencia y de fe para formar asociaciones voluntarias orientadas a alcanzar unas metas

⁹⁷ Paralelamente al fenómeno de trasvase hacia el mercado de servicios antes garantizados por la intervención, directa o indirecta, de los poderes públicos, surgen, en el seno de la sociedad civil, una serie de movimientos y organizaciones de solidaridad que intentan cubrir el déficit prestacional público, dando lugar a la aparición un “sector público no estatal”. Se califica este sector de “público”, porque persigue fines de interés general y, de “no estatal”, porque no forma parte del aparato del Estado. Sobre ello, L. C. BRESSER PEREIRA, y N. CUNILL GRAU, (Eds.): *Lo público no estatal en la reforma del Estado*, Paidós, Buenos Aires/Barcelona/México, 1998. Para estos autores, la existencia de un sector público no estatal presupone que existen cuatro tipos de propiedad y/o de interés: la propiedad pública estatal, que se encuentra subordinada al aparato del Estado y al interés general; la propiedad pública no estatal, volcada hacia el interés público y sin fines lucrativos, pero regida por el Derecho privado; la propiedad corporativa, que tampoco tiene fines lucrativos pero que está orientada a defender los intereses de un grupo o corporación; y la propiedad privada, volcada al lucro o al consumo privado. Así, lo público -entendido como lo que es de todos y para todos-, se opone tanto a lo privado -que está volcado para el lucro o para el consumo-, como a lo corporativo -orientado a la defensa política de intereses sectoriales o grupales (sindicatos o asociaciones de clase o de región)-. A su vez, dentro de lo público, puede distinguirse entre lo estatal y “lo público no estatal”. Según estos presupuestos, por medio de las organizaciones no estatales productoras de servicios sociales –como escuelas, universidades, centros de investigación, hospitales, museos, etc.- se abre la oportunidad de cambiar el perfil del Estado: en vez de un Estado Social-burocrático ineficiente; o un Estado Neoliberal que se pretende mínimo y renuncia a sus responsabilidades sociales, se puede configurar un Estado Social-Liberal, que a la vez proteja los derechos sociales y sea más eficiente.

⁹⁸ Las aportaciones de Durkheim y Tönnies se encuentran desarrolladas en B. BADIE y P. BIRNBAUM, “Sociología del Estado: nuevas interpretaciones”, *Revista Internacional...*, op. cit., p. 188, de quien hemos tomado la cita transcrita en el texto. La bondad del asociacionismo voluntario, en un orden diferente de consideraciones, fue también destacada por Tocqueville. M. GARCÍA FERRANDO, (Coord.), en *Pensar nuestra sociedad. Fundamentos de sociología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, explica las principales aportaciones de este autor, en su conocida obra, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994. Según, pues, García Ferrando, Tocqueville analizó la democracia norteamericana y descubrió que existía una tendencia asociativa ciertamente sorprendente. La voluntariedad de dicho asociacionismo reflejaba una gran confianza mutua, lo cual explicaba el desarrollo de la democracia como forma de gobierno. Algunos estudiosos trabajaron más tarde en este tipo de organizaciones y refrendaron las ideas del pensador francés: “la cooperación y la confianza son básicas para el desarrollo de la democracia”. Así lo refrenda G. A. ALMOND: “La historia intelectual del

altamente valoradas, nos dirigimos de inmediato al gobierno para que, usando la coacción (o por medios obtenidos por la coacción) facilite a la gente cualquier cosa que estimemos oportuna”⁹⁹. Se sostiene que esta tendencia debe ser modificada y se propugna la instauración de una utopía, consistente en una nueva configuración del Estado, pero sin Estado. En la misma línea Nozick traza una doctrina absolutamente individualista, casi anarquista, cuyo objetivo es que, en el seno de la comunidad, se estructuren grupos de personas con el compromiso de protegerse mutuamente (“asociaciones de protección mutua”)¹⁰⁰. Para quienes participan en esta visión, según la cual la sociedad posee una elevada capacidad de autorregulación, la acción de los poderes públicos sólo se justifica si se constriñe a los límites que marcan los derechos de los individuos y, en último extremo, al aseguramiento de la seguridad pública y de la eficacia de los contratos¹⁰¹.

Con mayor o menor vinculación a esta línea de reflexiones, lo cierto es que, en todas las partes del mundo, el asociacionismo está conociendo extraordinarios desarrollos, con el objeto de cubrir el déficit prestacional de los Estados¹⁰². Como muestra de ello, cabe reparar en la proliferación de “asociaciones voluntarias altruistas”¹⁰³, entre las que cabe contar las ONG’s -basadas principalmente en el trabajo voluntario y volcadas en la defensa de los derechos de la ciudadanía-, las organizaciones de ayuda o de caridad, o las organizaciones privadas productoras de servicios sociales – que operan principalmente en el campo de la cultura, la educación y la salud-¹⁰⁴.

concepto de cultura cívica”, en R. Del Águila y F. Vallespín (Eds.), *La democracia en sus textos*, Alianza, Madrid, 1998.

⁹⁹ F. A. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, vol. II, *El espejismo...*, op. cit.

¹⁰⁰ R. NOZICK, *Anarquía, Estado y utopía*, op. cit.

¹⁰¹ Exponen esta visión, para destacar que, para los neoliberales, la gobernabilidad es solo un problema de interferencia que la sociedad recibe del Estado, X. ARBÓS y S. GINER, *La gobernabilidad...*, op. cit., pp. 11 y ss.

¹⁰² S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO, y L. GONZÁLEZ SEARA, en *Las estructuras del bienestar...*, op. cit., p. 329, destacan que, en la actualidad, la producción pública de servicios sociales coexiste con la producción privada, “ya sea directamente o participando en la gestión de determinados servicios públicos, así como con el auge de las entidades privadas sin fines de lucro y Organizaciones No Gubernamentales, como gestoras y mediadoras de prestación de servicios generales y específicos”.

¹⁰³ Según S. GINER, y S. SARASA, (Eds.), en *Buen gobierno y política social*, op. cit., p. 218: “Las “asociaciones voluntarias altruistas” son aquellos agrupamientos que se encuentran parcial o completamente en la esfera privada (sociedad civil) y uno de cuyos fines principales declarados es el de laborar en beneficio de los demás, o por el bien –o interés- común. Su conducta puede definirse como societaria en el sentido de que proyecta sus efectos más allá de sus miembros asociados sobre el resto de la sociedad, o sobre un componente de ese resto. Es por lo tanto altruismo secularmente trascendente”.

¹⁰⁴ Las diversas manifestaciones citadas responden a la clasificación ofrecida por L. C. BRESSER PEREIRA, y N. CUNILL GRAU, (Eds.), en *Lo público no estatal...*, op. cit., pp. 46 y ss.

Se acuña así la expresión “tercer sector” para identificar una realidad imprecisa, surgida en el seno de la sociedad, y caracterizada por su independencia tanto del Estado como del mercado¹⁰⁵. Este término alude en realidad a un conjunto de organizaciones de iniciativa privada (en muchos casos fundaciones y asociaciones de utilidad pública), normalmente sin ánimo de lucro, dirigidas a fines de solidaridad social. Los intereses generales perseguidos por este tipo de organizaciones son de lo más diverso. Destacan, sin embargo, las organizaciones que cubren los aspectos sociales más desatendidos por el Estado y las organizaciones de desarrollo y solidaridad que operan a nivel Internacional.

B) Crisis del Estado Democrático y contractualización de las formas de actuación de los poderes públicos.

Mientras que los economistas neoliberales propugnan un Estado mínimo, y un retorno a la “autorregulación del mercado” y a la “autorregulación de la sociedad civil”, como solución a sus problemas de legitimación, desde la Ciencia política y desde el Derecho Administrativo se ofrecen soluciones alternativas, basadas en una modificación de las formas de actuación de los poderes públicos. A través de la afirmación de que el Estado es incapaz de liderar un proyecto de justicia social –crítica al argumento teleológico de legitimación- y de garantizar, al mismo tiempo, la libertad de los individuos –crítica al argumento funcional-, las tesis neoliberales sostienen la innecesaria misma del Estado. Otras corrientes doctrinales ponen el acento, sin embargo, en la necesidad de transformar el significado y la estructuración del criterio democrático de legitimación. Se pone de relieve, así, que el argumento de la inclusión, en su versión representativa, no garantiza en absoluto la aceptación de los ciudadanos de

Sobre este tema pueden consultarse también: A. MADRID, “Algunos interrogantes sobre el fenómeno del voluntariado”, en AA.VV., *En el límite de los derechos*, EUB, Barcelona, 1996, pp. 243 y ss; J. MOLLEVÍ BORTOLÓ, *Voluntariado y Servicios Sociales*, Atelier, Barcelona, 2001; y G. RODRÍGUEZ CABRERO, y T. MONTSERRAT, *Las entidades voluntarias en España*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

¹⁰⁵ En el ámbito anglosajón, que fue el que vio nacer las primeras iniciativas de este tipo, el fenómeno se engloba bajo la denominación de como sector *non profit*. En el modelo continental europeo se utiliza más la expresión “tercer sector”. Con ello se hace referencia directamente a la división entre el “sector público” y el “sector privado”, con la intención de identificar un sector que es privado por su origen e iniciativa y público por su finalidad. También se alude a la misma realidad, en muchos casos, cuando se habla de “Organizaciones no Gubernamentales”, “sector de economía social”, “sector privado-social” o “tercer sistema”. Sobre este tema puede consultarse la obra colectiva, *¿Trabajo voluntario o participación? Elementos para una sociología del Tercer sector*, (Coord. A. Jerez), Tecnos, Madrid,

las decisiones públicas. Deben buscarse, por ello, nuevos mecanismos que faciliten el diálogo social con el objeto de conseguir que las normas y su ejecución se fundamenten en un consenso racional. Este modelo de legitimidad se fundamenta en la acción cooperativa de la sociedad o en la “acción comunicativa o concertada” y en las nociones de “diálogo”, “deliberación pública”, “consenso” y “racionalidad”¹⁰⁶.

Los problemas de legitimación del Estado, pues, son justificados como un problema derivado de la falta de racionalidad del sistema político y administrativo y, en definitiva, como una inadecuación de las técnicas jurídico-administrativas tradicionales para satisfacer las demandas sociales¹⁰⁷.

Esta línea discursiva coincide con los problemas de gobernabilidad detectados por la Ciencia Política y con las soluciones propuestas desde la evolución teórica de la gobernanza¹⁰⁸. Como explica Mayntz, el término *governance* indica, fundamentalmente, “un nuevo estilo de gobierno, distinto del control jerárquico y caracterizado por un mayor grado de cooperación y por la interacción entre el Estado y los actores no estatales al interior de redes decisionales mixtas entre lo público y lo privado”¹⁰⁹. El déficit de información de los poderes públicos –entendido como su desconocimiento acerca de los efectos de una determinada política y de las previsibles dificultades de su implementación-, y el déficit de aceptación de sus decisiones por parte de los

1997, en especial, A. JEREZ y M. REVILLA, “El tercer sector. Una revisión introductoria a un concepto polémico”, pp. 26 y ss.

¹⁰⁶ Así, H. ARENDT, *Crisis de la República*, Taurus, Madrid, 1973 [*Crisis of the republic*, Nueva York, 1969], pp. 146 y ss., se esfuerza por desarrollar una concepción cooperativa del poder. El poder se concibe como la formación de una voluntad común, fruto del consenso logrado a través de un proceso de deliberación pública. Por su parte, J. HABERMAS, en *Problemas de legitimación...*, op. cit., en especial pp. 126 y ss., señala que la expansión de la actividad del Estado tiene por efecto secundario un aumento de la necesidad de legitimación, entendida como la necesidad de aceptación, por parte de los ciudadanos, de las concretas actuaciones de los poderes públicos. Esta legitimación sólo puede hallarse a través de un proceso deliberativo racional y público.

¹⁰⁷ J. HABERMAS, en *Problemas de legitimación...*, op. cit., pp. 140 y ss., describe esta tendencia como una crisis de racionalidad –el sistema administrativo no logra cumplir los imperativos de gobierno que recibe del mercado-, y como una crisis de legitimación –no se logra alcanzar el nivel de lealtad de masas requerido para el mantenimiento del sistema político-. La deslegitimación está relacionada, así, con un exceso de demandas y con la inadecuación de las técnicas utilizadas por los poderes públicos para satisfacer tales demandas. Estas ideas están claramente presentes en Libro Blanco de la Unión Europea sobre la Gobernanza [DOCE C 287, de 12 de octubre de 2001, pp. 17 y ss.].

¹⁰⁸ F. RUIZ ALONSO, en “Globalización y gobernabilidad”, op. cit., p. 194, recoge las aportaciones a la noción de gobernabilidad contenidas en el *Dizionario di Politica*, de Bobio, Matteucci y Pasquino, señalando que se entiende por “crisis de gobernabilidad”, “la pérdida de equilibrio entre la capacidad y los recursos de los gobiernos y de los gobernantes con relación a las demandas, apoyos y recursos de los ciudadanos y de los grupos sociales”. Sobre este tema véase también J. PRATS CÁTALA, “Gobernabilidad democrática para el desarrollo humano...”, op. cit., pp. 103 y ss.

particulares, constituyen el origen de los problemas de gobernabilidad. Estos problemas pueden ser solucionados si la Administración actúa en red, mediante la creación de organizaciones y estructuras de comunicación, con una amplia representación de los sectores y de las administraciones implicadas en un concreto ámbito de actividad, que le permitan absorber los datos que están en manos los subsistemas sociales afectados por una concreta actuación pública.

Estos planteamientos, y las soluciones por ellos propuestas, encuentran también su reflejo en el Derecho Administrativo. Se discute, así, la legitimidad misma del sistema democrático y, más en concreto, la legitimidad de la Administración basada en la estricta legalidad de sus actuaciones. Las posiciones más radicales sostienen que, en realidad, lo que está en crisis es el propio sistema democrático y, por tanto, se discute la legitimidad del Parlamento o del sistema parlamentario¹⁰⁹. Desde una vía más moderada, lo que muchos autores no dudan en afirmar es que lo que está en crisis es el modelo clásico de legitimidad-legalidad de la Administración.

El Derecho Administrativo se ha basado tradicionalmente en este esquema de legitimidad de la Administración. Se entiende que lo que atribuye legitimidad a la Administración es su sometimiento al principio de legalidad¹¹⁰. Dicho modelo se basa en tres características esenciales: la instrumentalidad de la Administración –la

¹⁰⁹ R. MAYNTZ, en “Nuevos desafíos de la teoría de la *Governance*”, op. cit., p. 35.

¹¹⁰ Esta línea de reflexión, plasmada claramente en el informe de la *Trilateral Commission, The governability of democracies*, presentado en Kyoto en 1975, conduce, abierta o disimuladamente, a proponer soluciones de corte autoritario. Sobre los contenidos de este informe, véase: M. J. CROZIER; S. P. HUNGTINTON; Y J. WATANUKI, *The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, Oxford University Press, New York, 1975; y A. WOLFE, “La crisis de legitimidad del Estado”, en *Los límites de la legitimidad*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1987, pp. 354 y ss. Desde una posición de defensa del sistema democrático, basado en la representación parlamentaria, se argumenta que las críticas al mismo se fundamentan en una idealización del parlamentarismo. Sólo la superación de esta idealización, la superación del “mito”, que convierte la democracia en una “figura retórica de exageración idealista”, puede recomponerse la legitimación democrática del Estado. Así lo argumenta M. KRIELE, *Introducción a la Teoría del Estado*, op. cit., pp. 233 y ss.; y J. F. LÓPEZ AGUILAR, *Minoría y oposición en el parlamentarismo. Una aproximación comparativa*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1991, pp. 16 y ss.

¹¹¹ En palabras de A. S. MESCHERIAKOFF, en “Legalidad, eficiencia y equidad: las variables de la legitimidad administrativa. La experiencia francesa”, *RICA*, vol. 57, n.º 2, 1990, pp. 116-117: “al aplicar literalmente la voluntad del legislador, la Administración refleja y participa de la legitimidad de éste. (...) Lo que permite compartir la legitimidad del poder político es su sometimiento al principio de legalidad, en otras palabras, la legalidad le confiere legitimidad”. Esta concepción clásica está perfectamente fundamentada en las construcciones doctrinales sobre la formación de la voluntad estatal y la ejecución de la ley elaboradas por H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, op.cit., pp. 190 y ss.; y A. J. MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editora Nacional, México, 1980, [*Allgemeines Verwaltungsrecht*, Springer, Berlin, 1927], pp. 430 y ss.

Administración es el ciego brazo ejecutor de la ley-; la racionalidad de la Administración –la ejecución de la ley es considerada una técnica racional-; y la transparencia de la Administración –la aplicación de la ley no debe tener una intencionalidad política que distorsione la voluntad política del legislador-. Sin embargo, la consideración de la Administración como promotora del cambio social y su creciente intervencionismo impiden seguir sosteniendo que se mantienen en la actualidad las características de la Administración antes descritas¹¹². Con ello, la legitimación formal de la Administración debe completarse con criterios materiales de legitimación¹¹³.

Se argumenta que la Administración debe buscar su legitimidad en la eficacia, esto es, en su capacidad para materializar los fines encomendados por la ley¹¹⁴; y en la aceptación, por parte de los interesados, de las decisiones administrativas¹¹⁵. Estas líneas de reflexión se han materializado en un conjunto de medidas bien definidas.

La introducción de métodos eficaces en la gestión administrativa ha dado lugar a la implementación de técnicas basadas en el modelo propio del *management*

¹¹² Sobre ello, A. S. MESCHERIAKOFF, “Legalidad, eficiencia y equidad...”, op. cit., pp. 122 y ss.

¹¹³ C. OFFE, en *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, op. cit., pp. 122 a 124, ha cuestionado el criterio de legitimación estrictamente democrática de la Administración, al poner de manifiesto que, habitualmente, las reglas se siguen no por su simple existencia, sino por los resultados probables de su aplicación: “la preferencia por el gobierno democrático no se basa en las propias reglas, sino sobre la esperanza de que esta forma de gobierno contribuirá al bienestar común y a otros fines deseables. La capacidad de los gobiernos para producir tales fines -o, al menos, para crear la apariencia de que puede lograr dichos fines- puede por eso considerarse como elemento destacado en lo que hemos llamado aceptación de las reglas legitimadoras que, como reglas formales, deben en sí legitimarse. El problema de la legitimidad resulta atrapado entonces en la dialéctica de forma y contenido”. Sobre las aportaciones de este autor a lo largo de diversas obras, puede consultarse el artículo de E. DÍAZ, “Deslegitimación del capitalismo y del Estado en la sociedad capitalista actual (Consideraciones a propósito de la obra de Claus Offe)”, *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2, 1983, pp. 3 a 58.

¹¹⁴ Entre la copiosa bibliografía sobre el principio de eficacia administrativa pueden destacarse los diversos artículos publicados en el n.º 218-219, 1989 de la revista *Documentación Administrativa*, dedicados monográficamente a este principio, entre los que sobresale el trabajo de L. PAREJO ALFONSO, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, pp. 15-65.

¹¹⁵ Sobre ello véase E. SCHMIDT-ASSMANN, “La legitimación de la Administración como concepto jurídico”, *Documentación Administrativa*, n.º 234, 1993, pp. 172 y ss; y WÜRTEMBERGER, “Aceptación a través del procedimiento administrativo”, *DA*, n.º 235-236, 1993, pp. 318 y ss.

Naturalmente, es posible encontrar también oponentes a esta línea de reflexiones. La extensión de la denominada democracia participativa y de la actuación consensuada de las Administraciones públicas con los ciudadanos entra en franca contradicción con la democracia basada estrictamente en la representación parlamentaria. Sobre ello véase, entre otros: A. J. PORRAS NADALES, *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, PPU, Barcelona, 1988, pp. 61; S. GINER, y M. PÉREZ YRUELA, (Eds.): *El corporatismo en España...*, op. cit., pp. 18 y ss.; y X. ARBÓS y S. GINER, en *La gobernabilidad...*, op. cit., p. 60.

empresarial. La ampliación de los márgenes de decisión de la Administración, la búsqueda de nuevas formas de selección y retribución de los funcionarios, la utilización de indicadores sociales -de objetivos, resultados o medios-, los presupuestos por programas, la Dirección pública, o la introducción de nuevas formas de planificación interna de la Administración, son una muestra de ello¹¹⁶.

La búsqueda de legitimidad de la Administración a través de la aceptación de sus decisiones ha conllevado una notable proliferación de instrumentos ya conocidos, como la participación de los ciudadanos en los procedimientos y en los órganos administrativos¹¹⁷. Pero también ha supuesto la introducción de nuevas formas de actuación, entre las que destacan las tres siguientes: el impulso de la actividad convencional, que permite condicionar el ejercicio de determinadas potestades administrativas al contenido de los acuerdos adoptados entre la Administración y los destinatarios de tales potestades¹¹⁸; el desarrollo de la actividad administrativa informal, que deriva del reconocimiento doctrinal de una serie de prácticas administrativas de negociación, al margen de los cauces previstos legalmente¹¹⁹; y la introducción de la

¹¹⁶ Estas técnicas son analizadas con detalle por R. LAUFER y A. BURLAND, en *Dirección pública: gestión y legitimidad*, MAP, Madrid, 1989 y se encuentran también reflejadas en el documento de trabajo elaborado por Ministerio de Administraciones Públicas, *Reflexiones para la modernización de la Administración del Estado*, MAP, INAP, BOE, Madrid, 1990.

¹¹⁷ La participación es definida por J. J. LAVILLA RUBIRA, en voz "Participación (Dº Administrativo)", *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, p. 4773, como "la inserción orgánica o la intervención funcional de los ciudadanos en cuanto tales, con carácter voluntario y no profesional, en las Administraciones Públicas". Una definición semejante se recoge en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa", en *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 441-443. Sobre las diversas modalidades de participación reconocidas en nuestro ordenamiento puede consultarse, por todos, M. SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano...*, op. cit.

¹¹⁸ La introducción de fórmulas convencionales en el seno del procedimiento administrativo y en su terminación, ha sido estudiada entre nosotros por F. DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, Pamplona, 1995; y A. DE PALMA TESO, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

¹¹⁹ Sobre este aspecto puede consultarse H. SCHULZE-FIELITZ, "Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie", *DVBl*, Heft 12, 1994, pp. 657 a 667; J. SALAS, "El régimen de acción concertada", *RAP*, n.º 56, 1968, pp. 435 y ss.; así como las diversas aportaciones al número 235-236 de la revista *Documentación Administrativa* y, en particular: G. LÜBBE-WOLFF, "El principio de cooperación en el Derecho medioambiental. ¿Principio jurídico o encubrimiento del déficit de ejecución?", *DA*, n.º 235-236, 1993, pp. 405 a 428; M. SCHULE, "Actuación administrativa informal como instrumento de protección estatal del medio ambiente y de la salud", *DA*, n.º 235-236, 1993, pp. 113 y ss.; y H. SCHULZE-FIELITZ, "¿Informalidad o ilegalidad de la actuación administrativa?", *DA*, n.º 235-236, 1993, pp. 89 y ss. En el ámbito de la actuación administrativa de protección del medio ambiente, A. SÁNCHEZ SÁEZ, "El nuevo Derecho Ambiental: cambios y posibilidades de futuro en torno a las técnicas convencionales", *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, n.º 2, 1998, <http://www.cica.es/aliens/gimadus/sanchezsaiez.html>, [última consulta 19/10/2000].

mediación y el arbitraje en materias propiamente administrativas, cuya virtualidad práctica se encuentra todavía en fase de prueba¹²⁰.

C) La tendencia privatizadora.

Las tendencias descritas hasta el momento, esto es, por un lado, la ampliación del margen de actuación de empresas y de la sociedad civil provocada por la transformación de la actividad prestacional del Estado y, por el otro, la búsqueda de nuevas formas de actuación de la Administración con el objeto de legitimar su intervención en la sociedad, han sido descritas por algunos autores, indistintamente, como manifestaciones de la “autorregulación” o como manifestaciones de la “autorregulación regulada”¹²¹. De ser ello cierto no resultaría incorrecto afirmar que la autorregulación responde a un proceso de privatización, en sentido material y en sentido formal¹²².

¹²⁰ Este tema ha sido tratado, entre otros, por: A. HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo. La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000; F. LÓPEZ MENUDO, “Arbitraje y Derecho Público”, *Justicia Administrativa*, n.º 2, 1999, pp. 5 y ss.; J. C. MARESCA CABOT, “El arbitraje en Derecho Administrativo”, *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona*, n.º 5, 1994, pp. 57 y ss.; del mismo autor, “El arbitraje en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común”, *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona*, n.º 6, 1995, pp. 25 y ss.; J. ROSA MORENO, *El arbitraje administrativo*, Mc-Graw Hill, Universidad de Alicante, Madrid, 1998; J. TORNOS MAS, “El arbitraje en el Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura jurídica”, *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona*, n.º 6, 1995, pp. 11 y ss.; J. M. TRAYTER, “El arbitraje en el Derecho Administrativo tras la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: Nuevas perspectivas”, en M. SÁNCHEZ MORÓN, J. M. TRAYTER y A. SÁNCHEZ BLANCO, *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, IVAP, Oñati, 1995, pp. 29 y ss.

¹²¹ No todos los instrumentos que hemos descrito son calificados en bloque con alguno de estos dos términos, ni tampoco la utilización de los mismos es unívoca. Sin embargo, la tendencia apuntada se advierte en las aportaciones de U. DI FABIO y M. SCHMIDT-PREUSS, en “Verwaltung und Verwaltungsrecht...”, op. cit.; H. H. TRUTE, “Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung”, *DVBl*, 1996, pp. 950 a 964; y, más recientemente en G. F. SCHUPPERT (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und “schlankem” Staat. Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor*, Nomos Verl.-Ges., Baden-Baden, 1999; y en las diversas aportaciones al número monográfico de la Revista *Die Verwaltung*, titulada “Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates. Ergebnisse des Symposiums aus Anlass des 60. Geburtstages von Wolfgang Hoffmann-Riem”.

¹²² Refiriéndonos en concreto a la clasificación ofrecida por S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *RAP*, n.º 144, 1997, pp. 12-13, podemos hablar de privatización material cuando una función de carácter prestacional venía siendo ejercida por el Estado y pasa a ser ejercida por un determinado sector social. La privatización formal responde a la utilización instrumental de la Administración de formas privadas, esto es, al fenómeno caracterizado como “huida del Derecho administrativo”. Este autor también se refiere a otra posible manifestación de la privatización, calificada como “privatización funcional”, que consistiría en la transferencia al sector privado del ejercicio de funciones públicas.

La privatización material, o privatización en sentido estricto, comporta una pérdida de la titularidad pública de empresas, una transmisión patrimonial a manos privadas de empresas públicas –con independencia de si estas estaban encargadas de cubrir la actividad prestacional directa de las Administraciones públicas o de producir bienes y servicios en el mercado-; y una pérdida de la titularidad pública de la competencia exclusiva para organizar la gestión de servicios que, con ello, pierden la condición de servicios públicos¹²³.

En su acepción estricta, la privatización afecta pues, fundamentalmente, a la intervención directa de la Administración en la economía y a la actividad prestacional del Estado. Los bienes, los servicios y las funciones que venía prestando la Administración pública en estos ámbitos pasan, así, a las manos del mercado o, en el mejor de los casos, a las de la sociedad civil.

Son muchos, sin embargo, los autores que utilizan el término “privatización” para aludir a otras realidades, calificando de privatización formal la utilización instrumental del Derecho privado por las Administraciones públicas¹²⁴. Esta utilización del término se inscribe en una tendencia consistente en calificar de privatización toda iniciativa tendente a abandonar las formas e instrumentos públicos de actuación por formas e instrumentos propios del Derecho privado. La contractualización de las formas de actuación de la Administración se inscribiría claramente en esta tendencia.

¹²³ Algunos autores, como S. MUÑOZ MACHADO, en *Servicio público y mercado*, vol. I, op. cit., todavía utilizan la voz “privatización” en un sentido más estricto, haciendo referencia solamente al cambio de propiedad pública a propiedad privada de los sectores económicos. En la sistematización ofrecida por G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico...*, op. cit., pp. 440 y ss., “la operación privatizadora” puede conllevar: a) El traspaso o venta de propiedades y empresas del Estado a los particulares; o, b) La devolución de tareas o servicios hasta entonces gestionados por el Estado, a la sociedad. Esta última operación puede tener lugar, o bien manteniendo la *publicatio* del servicio, pero privatizando su gestión; o bien despublicando el servicio. Puede observarse que se utiliza un concepto de privatización paralelo al que hemos expuesto en el texto principal, aunque un poco más amplio, puesto que incluye también el traspaso de la gestión pública a la gestión privada de servicios.

¹²⁴ Pueden citarse aquí, entre otros: C. CHINCHILLA, B. LOZANO y S. DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, UNED/Civitas, Madrid, 1992; F. GARRIDO FALLA, “Privatización y reprivatización”, *RAP*, n.º 126, 1996, pp. 7 a 26; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Reflexiones sobre las privatizaciones”, op. cit., pp. 7 y ss.; J. M. SALA ARQUER, “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, *REDA*, n.º 75, 1992, pp. 339 a 413; J. E. SORIANO GARCÍA, *Desregulación, privatización...*, op. cit.; S. DEL SAZ, “La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *RAP*, n.º 133, 1994, pp. 57 a 98.; F. J. VILLAR ROJAS, *Privatización de Servicios Públicos*, Tecnos/Universidad de La Laguna, Madrid, 1993.

A pesar de las similitudes existentes entre los fenómenos descritos y los que serán objeto de estudio en este trabajo defenderemos que ambas realidades deben ser analizadas por separado. La denominada “autorregulación de mercado”, la ampliación del ámbito de actuación de la sociedad civil y la contractualización de las formas de actuación administrativa no responden, en puridad, a un concepto estricto de autorregulación. Ello no impide reconocer que las tendencias que venimos apuntando, concretamente, la pérdida de poder y la pérdida de legitimación del Estado Social y Democrático de Derecho, influyen también en el desarrollo de la autorregulación regulada. Esta técnica, sin embargo, se enmarca, más concretamente, en un proceso crisis de legitimación de la Administración y en un rearme de los criterios de legitimación de la intervención pública, que incide directamente en las técnicas clásicas de regulación de policía.

Calificar de “autorregulación” la contractualización de las formas de actuación administrativa supondría extender este concepto hasta extremos insospechados, puesto que estaríamos sosteniendo que es el Estado quien se autorregula. A lo sumo podríamos admitir que ciertas manifestaciones de esta contractualización son el resultado de la regulación pública de la autorregulación. La autorregulación del mercado y de la sociedad civil, a pesar de ser un fenómeno de sumo interés, no permite registrar la novedad de las realidades que pretendemos describir, puesto que define una ampliación de una actividad material o prestacional de la sociedad que, con mayor o menor intensidad, ha existido siempre. Por lo demás su existencia incide en una forma de actividad administrativa –la actividad prestacional– que posee un instrumentalario y plantea una problemática diversa a la que es propia de la policía administrativa. Es pues, más reducido, pero también más ambicioso, el ámbito que pretendemos abarcar con este estudio. Sólo las manifestaciones de la autorregulación que poseen un cierto paralelismo con la regulación de policía serán objeto de nuestro interés. Tales manifestaciones aparecen en el contexto descrito hasta ahora, esto es, un proceso de pérdida de poder y de deslegitimación del Estado. Pero vienen acompañadas de una intensa actividad pública mediante la cual el Estado pretende recuperar su legitimidad y su poder manteniendo un cierto control sobre sus elementos nucleares: su función de garante del orden público.

3. La pérdida de legitimidad y el nuevo rearme del “Estado garante”.

Según los argumentos funcionales de legitimación, la existencia del Estado se justifica en base a su necesidad misma. El Estado es necesario para garantizar el funcionamiento de la sociedad. Y dicho funcionamiento sólo es posible si se garantiza la seguridad de los individuos. Es por ello que los fines públicos que dicen relación con el núcleo duro de del Estado, aquellos que justifican su existencia, están relacionados con la noción de confianza y con la aportación de seguridad. La justificación primaria del Estado se encuentra, como hemos advertido al inicio de este trabajo, en su posición de garante de este orden público.

La articulación de la estructura de poder propia del Estado se justifica, en la misma línea, en la necesidad de atribuir a éste los medios necesarios para que el objetivo de garantizar la seguridad de los ciudadanos se transforme en una realidad. Por lo demás, la sumisión del Estado al Derecho y, en concreto, la sumisión del poder ejecutivo del Estado, -esto es, la Administración- a un régimen jurídico especial –el Derecho Administrativo-, permite confiar en que, a través de tales estructuras, no sólo se materializarán los objetivos de seguridad propuestos, sino que también se garantizarán los derechos de los ciudadanos frente al ejercicio de las potestades necesarias para la consecución de tales objetivos. La confianza en los gobernantes y en la Administración, en su capacidad para gestionar los fines concretos que tienen encomendados, constituye, en este sentido, un presupuesto básico y necesario en la articulación de las estructuras de poder que rigen todo sistema social¹²⁵.

Las estructuras públicas en las que se ha venido basando la confianza de los ciudadanos, sin embargo, no pueden, en la actualidad, aportar los niveles de seguridad que se espera de ellos. Esta imposibilidad proviene de factores muy diversos. Hemos

¹²⁵ En un contexto de reflexiones distinto al que venimos desarrollando en el texto, E GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 102 y ss., se refiere a la importancia que atribuye la tradición inglesa a la noción de confianza (*trust*) en la relación entre gobernantes y gobernados. Este autor recoge, entre otras, las aportaciones de John Locke, cuando advierte que todos los poderes se basan en la relación de confianza que en ellos depositan los ciudadanos para la gestión de los fines públicos [J. LOCKE, *On Civil Government*, II, &149: todos los poderes son *fiduciary powers to act for certain ends... power given with trust*, citado por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Democracia...*, op. cit., p. 102, nota 128]. El mismo autor recoge también las aportaciones de Handler, cuando afirma que la confianza “es usada donde quiera que haya principales y agentes, donde entreguemos dinero o bienes, o responsabilidad, o autoridad a otras personas” [J. F. HANDLER, *Discretion: Power, Quiescence and Trust*, 1992].

hecho referencia ya a la pérdida de capacidad de actuación de los poderes públicos, derivada del aumento de la complejidad social y del incremento de la complejidad de las cuestiones que debe resolver el Estado. Las técnicas clásicas de intervención de la Administración pública que han venido siendo utilizadas para garantizar la seguridad de los ciudadanos en todos los ámbitos –esto es, las técnicas autoritarias de regulación de policía-, presentan hoy escasa operatividad. No hemos mencionado, sin embargo, hasta el momento, el argumento más contundente. En la sociedad actual, caracterizada por el imparable desarrollo de la técnica, la seguridad es un bien inalcanzable. Ni siquiera la ciencia es capaz de garantizar hoy la seguridad frente a los riesgos por ella generados.

Atendiendo a este dato –incontestable como se intentará demostrar a lo largo de este trabajo-, y tomando en consideración los fines y las funciones que la Constitución encomienda y atribuye a los poderes públicos, es posible ofrecer una reconstrucción del argumento funcional de legitimación del Estado. Según dicha reconstrucción, la existencia del Estado es necesaria para evitar en lo posible la destrucción de la sociedad provocada por un previsible descontrol de los riesgos por ella generados. Esta función de garante atribuida al Estado puede deducirse no sólo de las Normas Fundamentales existentes en todos los países de nuestro entorno, sino también de la redistribución de responsabilidades que ha tenido lugar, en materia de protección de bienes de carácter colectivo, gracias a la acción reguladora de la Unión Europea.

Empezaremos por fundamentar las afirmaciones precedentes con base en un análisis de los fines y las funciones que, de acuerdo con los textos constitucionales vigentes en nuestro entorno jurídico y a su interpretación más habitual, corresponden a los poderes públicos.

De acuerdo con la Constitución, son los poderes públicos y, más en concreto, las Administraciones Públicas, quienes tienen encomendada la misión de actuar al servicio de los intereses generales y de satisfacer determinados fines públicos¹²⁶. Tales fines vienen regulados en la Norma Fundamental en forma de deberes u obligaciones de protección, relacionados con los derechos y libertades públicas, los derechos de los

¹²⁶ La Administración pública, a tenor del artículo 103 CE, “sirve con objetividad los intereses generales”.

ciudadanos, o los principios rectores de la política social y económica¹²⁷. Es por ello que el haz de potestades que se otorgan a estos sujetos pueden calificarse como “poderes-función”, entendiéndose por tales aquellos atribuidos por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de ciertos fines específicos, que coinciden, a su vez, con los derechos fundamentales¹²⁸.

Se ha advertido que puede establecerse una relación directa entre los distintos modelos de Estado y la evolución de los derechos fundamentales¹²⁹. El modelo de Estado liberal, el Estado social y el Estado contemporáneo responderían, correlativamente, a las siguientes tres “generaciones” de derechos¹³⁰.

En una primera fase, los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos¹³¹. En la teoría liberal clásica los derechos

¹²⁷ Por citar solamente los ejemplos que se comentan a continuación, puede observarse que el artículo 53 CE establece que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, que son también los encargados de tutelarlos. También son los poderes públicos, quienes deben respetar, “de acuerdo con los que dispongan las leyes que los desarrollen”, los principios rectores de la política social y económica. De nuevo, son los poderes públicos los encargados de: organizar y tutelar la salud pública (art. 43 CE); velar por la utilización racional de los recursos naturales y la protección del medio ambiente (art. 45 CE); y garantizar la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51 CE). Vinculado con ello, los intereses generales a los que debe servir la Administración, no son la suma de intereses individuales, ni en bien común es la suma de bienes particulares, sino “una específica consecución de los derechos humanos”: J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Nuevas claves del Estado del Bienestar...*, op. cit., p. 97 y ss. Como señala A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, op. cit., p. 25, los derechos fundamentales “en el plano objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados”. Más en concreto, realiza un análisis, tanto de los derechos fundamentales incluidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, como de los principios incluidos en el Capítulo III del mismo Título, en su consideración de obligaciones de los poderes públicos, R. DE ASÍS ROIG, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, CEC, Madrid, 1991, en especial en las páginas, 414 y ss.

¹²⁸ E. OLIVAS (Coord.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991, p. 15: “Los derechos fundamentales han pasado de ser normas fundantes y reguladoras del proceso social de la circulación en el constitucionalismo liberal-garantista, a configurarse como *derechos públicos subjetivos funciones*, y, por tanto, como uno de los más significativos elementos de la unidad del proceso social global”. (...) “Como apuntara Forsthoff con acierto, los derechos subjetivos se han transformado en *funciones sociales garantizadas jurídicamente*”.

¹²⁹ Una sugerente reflexión sobre la relación de los derechos fundamentales en los distintos modelos de Estado y en la justificación de su existencia, puede encontrarse en U. DI FABIO, en *Das Recht offener Staaten*, op. cit., pp. 61 y ss.

¹³⁰ Seguimos, en este punto a A. E. PÉREZ LUÑO, “La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales”, en: E. Olivás (Coord.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, op. cit., p. 91 y ss.

¹³¹ Entre estos derechos de primera generación se encuentran los derechos civiles, conquistados en el siglo XVIII, en concreto, los derechos individuales de libertad, igualdad, propiedad, libre desplazamiento, derecho a la vida y a la seguridad. Son los derechos que sustentan la concepción liberal clásica. Los derechos políticos alcanzados en el siglo XIX -libertad de asociación y de reunión, de organización política y sindical, de participación política y electoral, de sufragio universal, etc.-,

fundamentales son un instrumento de separación entre el Estado y la sociedad, un ámbito esencial indisponible para el poder público. Al mismo tiempo, el reconocimiento de tales derechos justifica funcionalmente la existencia del Estado, de un modelo determinado de Estado: el Estado liberal.

La segunda fase es la correspondiente al reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, que se traducen en derechos relacionados con la promoción de la justicia social. Los derechos de segunda generación fueron conquistados en el siglo XX a partir de las luchas del movimiento obrero y sindical¹³². Gracias a estas conquistas, los derechos formales de *libertad* se transformaron en derechos reales, tendentes a hacer efectiva la *igualdad*. Mientras que los derechos de primera generación –civiles y políticos- exigían, para su plena realización, un Estado mínimo, los derechos de segunda generación demandaron una presencia más fuerte del Estado para ser realizados. Con ello se justifica la intervención de los poderes públicos en la sociedad y se abre también el camino para la intervención activa de la sociedad, fundamentalmente en el ámbito prestacional, en la materialización de algunos derechos. Se dibujan así los rasgos más característicos del Estado social.

La intensificación de estos rasgos, con la consiguiente interpenetración de las relaciones Estado-sociedad, junto con la incidencia, en los derechos fundamentales, de los riesgos generados por las nuevas tecnologías y por la globalización, da lugar a la aparición de los derechos de tercera generación, directamente relacionados con la noción de *solidaridad*¹³³. Algunos de estos derechos –derecho a la calidad de vida, derecho al disfrute del patrimonio histórico y cultural, o derechos de los consumidores- se han incorporado en las Constituciones más recientes, mientras que otros –derecho a la paz, a la libertad informática, garantías frente a la manipulación genética, derecho a

conocidos como derechos individuales ejercidos colectivamente, terminaron incorporándose también a la tradición liberal.

¹³² Se trata del derecho al trabajo, a la salud, a la educación, a la jubilación, al seguro de paro o desempleo, en fin, de garantía de acceso a los medios de vida y al bienestar social.

¹³³ Son especialmente destacables las repercusiones del desarrollo tecnológico -que han incrementado hasta el límite las posibilidades humanas de destruir su hábitat y han hecho posible, incluso, la manipulación genética y la injerencia en los espacios más íntimos de la persona- en la aparición de estos nuevos derechos. En este sentido A. E. PÉREZ LUÑO, en “La evolución del Estado social y la transformación...”, op. cit., p. 93, afirma que los derechos y libertades de la tercera generación “se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada “contaminación de las libertades” (*liberties' pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías”.

morir con dignidad, derecho de los pueblos al desarrollo, derecho al cambio de sexo, o derecho a la reivindicación de los colectivos feministas al aborto libre y gratuito- gozan de un apoyo social que no siempre convive con su reconocimiento jurídico.

La doctrina y la jurisprudencia alemanas han conceptualizado estos derechos como obligaciones de protección que la Constitución impone a los poderes públicos y que son, para éstos, irrenunciables. Estos deberes colocan al Estado en una situación de responsabilidad, obligándole a preocuparse por la protección efectiva de determinados bienes¹³⁴. La contradicción existente entre tales bienes, sin embargo, equivale a reconocer que, desde un punto de vista jurídico, no puede existir una protección absoluta de ninguno de ellos. Más interesante todavía resulta constatar que el contenido de tales obligaciones es de imposible materialización.

Los derechos que deben ser protegidos frente a las consecuencias del desarrollo tecnológico no pueden ser garantizados, desde un punto de vista material, sólo mediante la acción del Estado. Sólo quienes potencian dicho desarrollo, quienes son los principales causantes de los riesgos que ponen en peligro los derechos de tercera generación, pueden, hasta cierto punto, evitarlos. Esta conclusión ha tenido ya importantes consecuencias jurídicas, gracias a la acción de la Unión Europea. A través de diversos documentos de trabajo, de carácter no vinculante, e incluso mediante diversas Directivas comunitarias, se viene produciendo una correlación en la distribución de la responsabilidad de protección de bienes de carácter colectivo. En concreto, esta nueva correlación se advierte en tres ámbitos bien definidos que se corresponden, a nuestro entender, a un concepto actual de orden público: la protección de consumidores y usuarios frente a riesgos alimentarios o frente a riesgos derivados de la falta de seguridad de los productos puestos al mercado; la protección del medio

¹³⁴ El motor de la evolución de las obligaciones de protección fue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, especialmente en la clásica interpretación del artículo 2 Abs. 2 GG (*Grundgesetz*), de la que se dedujo la exigencia del Estado de proteger los bienes de la vida y la salud. La jurisprudencia ha sentado, concretamente, obligaciones de protección respecto a la vida no nacida, protección frente a las amenazas terroristas, protección de los alemanes frente a Estados extranjeros, y protección frente a establecimientos de emisión de riesgos o de riesgo relevante. En esta jurisprudencia existen casos en los que un tercero privado padece una situación de riesgo o de peligro frente a un titular de un derecho fundamental, y el Estado debe intervenir en relación con la protección de los dos intereses opuestos. En estos casos el Tribunal Constitucional, y la doctrina alemana, han propuesto determinadas fórmulas para analizar el supuesto como una colisión de dos derechos fundamentales, aun sabiendo que la protección contra un riesgo, por ejemplo, no deriva de un derecho fundamental. Esta evolución jurisprudencial es

ambiente frente a riesgos generados por las nuevas tecnologías o por las empresas que hacen uso de las mismas; y la protección de la dignidad humana y del desarrollo de los menores frente a riesgos generados por los nuevos medios de comunicación. En estos tres ámbitos la Unión Europea atribuye una responsabilidad directa de protección a los particulares que, con su actividad cotidiana, ponen en peligro los mencionados bienes. Establecida esta responsabilidad directa, y asignados los medios para hacer frente a la misma, se atribuye al Estado la responsabilidad de garantizar, en última instancia, que los particulares cumplan, por lo menos formalmente, con las obligaciones concretas impuestas por la Unión. Es así como se articula el denominado principio de corresponsabilidad, o de responsabilidad compartida, entre el Estado y la sociedad, sobre la protección de unos bienes que, desde el punto de vista estrictamente constitucional, es responsabilidad exclusiva del Estado¹³⁵.

La existencia del Estado es ahora, indispensable, en los dos sentidos siguientes. En primer lugar, es el Estado quien debe establecer los procedimientos y las garantías necesarias para legitimar la actividad privada tendente a la protección directa del orden público. En segundo lugar, corresponde al Estado velar, en última instancia, por la garantía de dicho orden público, en el bien entendido de que el mismo no es nunca alcanzable por completo. La nueva versión del orden remite a una situación, poco atractiva en realidad, en la que los riesgos generados por el desarrollo tecnológico no impidan la supervivencia y el libre desarrollo de las generaciones futuras.

A) La crisis del criterio legal-racional de legitimación de la Administración.

La garantía del orden público, en los términos que acabamos de exponer, no puede ser alcanzada solamente mediante la actuación del legislador y de la Administración. La Unión Europea ha reparado ya en ello. Una rápida ojeada a las formas tradicionales mediante las cuáles el Estado ha procurado hacer frente a esta cuestión nos conduce, irremediabilmente, a la misma conclusión.

analizada por A. SEIDEL, en *Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2000, pp. 75 y ss.

¹³⁵ A lo largo de todo el trabajo iremos viendo cómo se concreta esta atribución de responsabilidades y a través de qué técnicas debe articularse la responsabilidad privada con la responsabilidad estatal en la protección de los derechos de tercera generación. Como puede suponerse, esta distribución de responsabilidades tiene lugar a partir de la autorregulación regulada.

De acuerdo con la tradicional repartición de funciones entre el legislador y la Administración correspondería al primero determinar, en primer lugar, en qué medida los derechos de primera generación –la propiedad, la libertad de empresa, la libertad de investigación o las libertades de expresión e información- pueden ser limitados por los derechos de tercera generación –los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, los derechos de los menores o los derechos de las generaciones futuras-. En segundo lugar, debe también el legislador decidir cuál es el nivel de riesgo que puede asumir la sociedad frente a las agresiones tecnológicas. Ello nos lleva directamente a la relación existente entre los fines o las obligaciones de protección encomendadas a los poderes públicos y las funciones que se atribuyen a cada uno de ellos.

Corresponde al poder legislativo, como se ha dicho, determinar los riesgos que pueden ser asumidos por la sociedad. Al poder ejecutivo se le atribuye la concreción de estos aspectos, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, así como su concreta materialización. La Administración pública debe, pues, concretar cuáles son los riesgos aceptables y a prohibir, autorizar, controlar y sancionar las conductas de los particulares, en función de si superan o no los límites de riesgo aceptables. Como puede deducirse, estas funciones de la Administración nos conducen, derechamente, a la actividad administrativa de policía. Así, la actividad administrativa de policía, vinculada tradicionalmente al mantenimiento del orden y al deber general de no perturbar, se transforma en una técnica articulada en torno a la gestión de riesgos¹³⁶.

En el ejercicio de estas funciones, sin embargo, tanto el legislador como la Administración han fracasado. El intento de proteger a la sociedad frente a los riesgos generados por la misma mediante técnicas pensadas para garantizar la seguridad de una sociedad relativamente simple se ha mostrado inoperante.

¹³⁶ Esta transformación es visible cuando se atiende a la función que se atribuye a la potestad sancionadora de la Administración. A. NIETO GARCÍA, en *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 30 y ss. Este autor sostiene que la reducción de los riesgos es el principal objetivo de la potestad sancionadora de la Administración: “lo que las normas sancionadoras fundamentalmente pretenden es, por tanto, que *el daño no se produzca y para evitar ese daño hay que evitar previamente el riesgo, que es el verdadero objetivo de la política represiva*” (p. 36). La mencionada transformación está relacionada, obviamente, con la mutación de la noción de orden público y su actual vinculación a la protección del medio ambiente, la salud o la seguridad, señalada por M. REBOLLO PUIG, en “La peculiaridad de la policía administrativa...”, op. cit., pp. 269 y ss., que permite deducir también esta correlación entre policía administrativa y gestión de riesgos.

Ello es debido a factores de índole muy diversa, algunos de los cuáles han sido ya destacados en apartados precedentes. Interesa ahora poner de relieve que el legislador ha intentado regular cada uno de los bienes que debe proteger de forma independiente, lo cual, debido a la ampliación de los derechos fundamentales y a la contradicción existente entre ellos, ha dado lugar a leyes de carácter contradictorio. Esta contradicción se manifiesta también en la legislación habilitante de la actuación de la Administración pública, premisa necesaria en un Estado de Derecho. En coherencia con ello, las reglamentaciones administrativas son numerosísimas y, además, falta entre ellas la más mínima coordinación. Se genera así una sobreproducción normativa, una “hiperregulación” y, al mismo tiempo, una crisis de la función reguladora, en su acepción tradicional¹³⁷.

El fracaso de la Administración no se debe sólo a las dificultades de implementación de una legislación contradictoria. Se debe también a la pérdida de su autoridad técnica, a la falta de especialización de su personal para afrontar el elevado carácter técnico de las cuestiones que debe resolver¹³⁸. La formación técnica de los funcionarios es una de las principales cualidades que podía predicarse de la Administración del siglo pasado. Eran los cuerpos técnicos de la Administración los que estaban específicamente formados para conocer y responder a las demandas de protección frente a los riesgos generados por un incipiente desarrollo industrial. La rapidez de los avances técnicos, sin embargo, ha desbordado por completo la capacidad de adaptación de las burocracias públicas a los conocimientos que requeriría su intervención. Tales conocimientos se encuentran hoy, indiscutiblemente, en manos

¹³⁷ Sobre este tema véase, I. DE OTTO, “La función política de legislación”, en M. A. Aparicio (Coord.), *Parlamento y sociedad civil*, Publicaciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1980, pp. 49-59; y X. ARBÓS, “La crisis de la regulación estatal”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º71, pp. 265-267. Una visión más general sobre los problemas derivados de la falta de ejecución de las normas, sus orígenes y sus posibles soluciones se encuentra excelentemente desarrollada por M. J. MONTORO CHINER, en *L'avaluació de les normes. Racionalitat i eficiència*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2001. De la misma autora puede verse también: *Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas*, CEC, Madrid, 1989.

¹³⁸ Como es sobradamente conocido, el criterio de la legitimación de la Administración pública, basada en la autoridad técnica de su personal y, de nuevo, en su legitimidad democrática –argumento de la inclusión, caracterizado en este caso con la expresión de “legal-racional”- fue desarrollado por M. WEBER, en *Economía y sociedad*, op. cit. Según este autor: “el gran instrumento de la superioridad de la Administración burocrática es éste: el saber profesional especializado, cuyo carácter imprescindible está condicionado por los caracteres de la técnica y la economía modernas (...); la Administración burocrática significa: dominación gracias al saber” (p. 178-179).

privadas y son también estos sujetos privados los que vienen asumiendo, en un número cada vez más elevado de ámbitos, las funciones de control y gestión de los riesgos¹³⁹.

B) *El descubrimiento de las potencialidades de la autorregulación.*

Las soluciones propuestas para solucionar los problemas derivados tanto de la mencionada “hiperregulación” como de la pérdida de autoridad técnica de la Administración pasan por advertir las potencialidades de la autorregulación.

En este aspecto es necesario destacar cómo ha afectado a este proceso el impulso de las tesis neoliberales y su peculiar recepción por parte de las instancias de la Unión Europea. La bandera de la liberalización, alzada por unos e implementada por otros, explica en gran medida la progresiva sustitución de la regulación de policía por la técnica de la autorregulación regulada. Las disfuncionalidades provocadas por la excesiva presencia directa de la Administración Pública en la economía, la necesidad de liberalizar los mercados y reducir las trabas a la implantación de nuevas empresas, o el interés por agilizar las pesadas maquinarias estatales y dotarlas de mayor eficacia, son algunos de los argumentos que explican la imperiosa necesidad de reducir el volumen del Estado o, como expresivamente se ha explicitado en Alemania, de conseguir un “Estado más delgado” (*Schlanker Staat*)¹⁴⁰.

¹³⁹ Este fenómeno fue anticipadamente advertido por J. ESTEVE PARDO, en *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999. Este autor contrapone la autoridad técnica y el conocimiento que legitimada, según Max Weber, la actuación de la Administración, con la que se predica hoy de diversos sujetos y organizaciones sociales situados extramuros de la organización administrativa. Por ello, señala este autor, son ahora personas u organizaciones cualificadas por sus conocimientos técnicos las que están asumiendo el grueso de las funciones en materia de gestión y control de riesgos. En concreto se afirma que la vía para superar el problema de falta de legitimación técnica de la Administración se concreta en “el traslado a particulares de buena parte de las funciones de control sobre la técnica y sus riesgos” (p. 23). Y, más adelante: “Esta organización de la técnica se articula, pues, en torno a sus propios principios y conceptos legitimatorios que reconocen su *autoritas* a una serie de sujetos y organizaciones en razón de su pericia y conocimientos” (p. 123). Estos aspectos han sido desarrollados por D. CANALS AMETLLER en su tesis doctoral, inédita, titulada *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*.

¹⁴⁰ Esta expresión ha sido popularizada por el informe que elaboró, en 1997, un Comité de expertos designado por el Gobierno alemán para impulsar un proceso de reforma de la Administración federal. El Informe “*Schlanker Staat*” (Estado más delgado) propone una serie de medidas para la modernización de la Administración, la simplificación de sus procedimientos y la reducción, hasta el tamaño estrictamente necesario, de la actividad estatal en los ámbitos normativo, administrativo y judicial. Las principales conclusiones de este informe se encuentran resumidas en, M. DARNACULLETA y M. TARRÉS, “Adelgazamiento del Estado y modernización administrativa. A propósito del informe *Schlanker Staat*”, *Autonomías. Revista Catalana de Derecho público*, n.º 26, 2000, pp. 317 a 329.

En el concreto ámbito de la función estatal de garantía del orden público, la liberalización es un término que se utiliza como sinónimo de desregulación. Se quiere poner el acento, en este caso, en la necesidad de reducir las normas y los controles públicos que impiden o dificultan el desarrollo de la iniciativa privada, debido a los múltiples y engorrosos trámites a los que se ven sometidas las empresas¹⁴¹. Así pues, la desregulación nos remite, por un lado, a la desreglamentación -entendida como la eliminación de regulaciones superfluas e innecesarias, la reducción del volumen de las normas y su articulación en reglamentaciones más coherentes-, y, por otro, a la relajación de los controles públicos -desburocratización, simplificación procedimental y simplificación administrativa¹⁴²-.

La desintervención pública en este ámbito viene acompañada, significativamente, de la complementariedad o a la sustitución, en primer lugar, de reglamentaciones públicas por reglamentaciones privadas -códigos de conducta, normas técnicas, protocolos y buenas prácticas-, que nos permitirían hablar de una autorregulación de carácter normativo; y en segundo lugar, de controles públicos por controles realizados por sujetos privados. A su vez, estos controles privados pueden manifestarse, por un lado, en documentos que certifican el cumplimiento de determinadas normas -así, los certificados técnicos, o los sellos, etiquetas y marcas-, lo cual nos permitiría hablar de una autorregulación de contenido declarativo; y, por otro, en resoluciones arbitrales o sanciones disciplinarias, que podrían ser calificadas como manifestaciones de la autorregulación resolutoria o resolutiva. Dichas normas y tales controles son, a nuestro entender, genuinas manifestaciones de la autorregulación¹⁴³.

¹⁴¹ R. MARTÍN MATEO, en *La liberalización de la economía...*, op. cit., p. 47, define la desregulación como la adopción de medidas “que consisten básicamente en la eliminación por las instancias públicas competentes de restricciones y constricciones que afectaban a las decisiones empresariales”. En este sentido, se constata que, si bien es cierto que la regulación aporta seguridad jurídica, no es menos cierto que la “hiperregulación” constituye un engorro, no sólo para las empresas, sino también para la Administración. Por su parte, S. MUÑOZ MACHADO, en *Servicio público y mercado*, vol. I, op. cit., p. 21, en alusión a las conclusiones contenidas en el Libro Blanco de la Unión Europea, *Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y prisas para entrar en el siglo XXI*, Comisión Europea, Luxemburgo, 1994, y al Informe Bangeman, *Europa y la sociedad global de la información*, Bruselas, 26 de mayo de 1994, sostiene que “la liberalización afecta, desde luego, a la relación entre las empresas privadas y la Administración. Se postula la eliminación de todas las regulaciones prolijas y confusas y su sustitución por reglas escasas, de aplicación en espacios territoriales lo más amplios posible, y con los contenidos más claros que puedan idealmente imaginarse”.

¹⁴² Este es el concreto sentido que atribuyen a la desregulación, J. PRATS, y J. COMPANYY, “La construcción institucional de las capacidades reguladoras. Un tema clave en la nueva agenda de desarrollo”, *Instituciones y Desarrollo*, n.º1, 1998, p. 72.

¹⁴³ A pesar de que los límites conceptuales de la autorregulación no han sido trazados todavía con nitidez, el núcleo de este concepto ha sido esbozado ya con notable acierto. Dicho acierto se debe a la

Estas manifestaciones, antes de que los poderes públicos reparasen en ellas, existían con cierta normalidad en determinados ámbitos. Los particulares, debido a impulsos diversos que intentaremos desentrañar a lo largo de este trabajo, venían desarrollando ya una intensa actividad normativa y de autocontrol relacionada con su propia actividad cotidiana. Esta actividad de autorregulación se ejercía, hasta fechas relativamente recientes, de espaldas a la actividad reguladora del Estado.

Se ha advertido ahora, en cambio, que, a través de estos instrumentos de autorregulación, la falta de información de los poderes públicos sobre los efectos de las actividades y los procesos que están obligados a controlar puede ser compensada mediante la instrumentalización del conocimiento que sobre tales efectos poseen los particulares. Resulta ilustrativo, en este sentido, reflexionar sobre la carga que comporta la obligación de proteger la salud, la integridad y la dignidad de las personas, o el medio ambiente, en una sociedad en la que la ciencia y la industria dominan las técnicas y los procesos de generación de riesgos y, por tanto, también son los depositarios de la información necesaria acerca de los medios y las garantías que deben adoptarse para reducir tales riesgos. El cumplimiento de las obligaciones de protección mencionadas presupone el conocimiento de los efectos de la aplicación de la ciencia y la tecnología en el medio ambiente, en la alimentación, o en el desarrollo de los seres vivos. Este conocimiento no está, como hemos dicho, en manos de los poderes públicos, sino de los subsistemas sociales que desarrollan y aplican las innovaciones tecnológicas. El legislador carece de la información necesaria para regular estos aspectos, del mismo modo que la Administración debe enfrentarse a su creciente incapacidad para controlar el desarrollo tecnológico y sus riesgos¹⁴⁴.

tarea realizada por el director de esta tesis, J. ESTEVE PARDO, en *Autorregulación. Génesis y Efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002. Esta monografía introduce, por primera vez en España, la autorregulación como un tema propio del Derecho público y supera, a nuestro entender, los principales escollos conceptuales en los que se encuentran ancladas las aportaciones de la doctrina iuspublicista alemana que viene tratando esta cuestión. Ambos motivos justifican sobradamente que en este trabajo se sigan por lo general las líneas maestras trazadas por el Dr. Esteve, a quien se debe la clasificación de las manifestaciones de la autorregulación que hemos expuesto.

¹⁴⁴ Frente a ello, como señala J. ESTEVE PARDO, en *Técnica, riesgo y Derecho...*, op. cit., p. 108: “(...) más recientemente puede constatarse un fenómeno, común también en los dos ámbitos, del que ya debe darse cuenta. Y es que mientras la Administración muestra sus limitaciones para dominar la complejidad técnica y el ordenamiento jurídico para regularla, se observa un proceso de racionalización, organización, sistematización, y fortalecimiento en definitiva, del sector de las entidades privadas de control técnico, por un lado, y también del régimen de configuración de normas técnicas, por otro”.

Esta es una de las razones que explican que los instrumentos de autorregulación sean tomados hoy en consideración por los poderes públicos. Pero existen otras, que se encuentran, en realidad, estrechamente vinculadas entre sí. En primer lugar, la instrumentalización pública de la autorregulación permite superar el déficit de ejecución de la legislación estatal –y comunitaria- y el déficit de ejecución de las decisiones de la Administración pública. En segundo lugar, y como consecuencia de este déficit de ejecución de las decisiones públicas, la autorregulación aparece como la técnica más efectiva de la que dispone el Estado, en la actualidad, para cumplir su función como garante de algunos de los bienes más valiosos para la sociedad –el medio ambiente, la salud, la seguridad, la dignidad humana y el desarrollo de los menores-. En tercer lugar, el fomento y la imposición pública de la autorregulación permite establecer una correspondencia adecuada entre los responsables directos de las agresiones contra tales bienes –las empresas, la ciencia, la técnica o los medios de comunicación- y las medidas concretas para garantizar su protección. Y, en cuarto lugar, se evidencia también que los instrumentos de autorregulación poseen un nivel de armonización a nivel internacional que no es predicable de las normas y de los controles públicos.

Debido a estas razones la consideración pública de la autorregulación se manifiesta en una actividad reguladora del Estado, tendente a instrumentalizar las normas y los controles privados, poniéndolos al servicio de los fines públicos antes mencionados. Es por ello que la autorregulación es siempre, en mayor o menor medida, una autorregulación regulada, una autorregulación fomentada, dirigida e instrumentalizada a través de novedosas fórmulas de regulación estatal. Responden al esquema someramente expuesto en estas líneas aquellos instrumentos que son calificados unánimemente por la doctrina como manifestaciones de la autorregulación. Así, las normas técnicas son normas de origen privado, pero son los poderes públicos quienes regulan la capacidad y las características organizativas básicas de los sujetos a los que corresponde su aprobación y son también los poderes públicos quienes atribuyen ciertos efectos públicos a dichas normas¹⁴⁵. Lo mismo cabe decir de las

¹⁴⁵ Las normas técnicas son analizadas como una manifestación de la autorregulación por M. TARRÉS VIVES en su sugerente tesis, todavía inédita, titulada, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*. En sus respectivos análisis sobre la autorregulación, también atribuyen un elevado protagonismo a las normas técnicas J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación....*, op. cit., pp. 87 a 89 y pp. 114 a 120; y U. DI FABIO y M. SCHMIDT-PREUSS, “Verwaltung und Verwaltungsrecht...”, op. cit., pp. 202 a 211 y p. 245. La Unión Europea, recientemente, atendiendo a las relaciones entre estas normas y las Directivas comunitarias de seguridad, las califica estos instrumentos como un supuesto de corregulación. Esta

certificaciones privadas que constatan la adecuación de determinados productos a normas técnicas, o del sistema europeo de ecogestión y ecoauditoría, donde se combina la utilización de normas técnicas y de certificaciones privadas con un sistema público de control, detalladamente regulado¹⁴⁶. Los instrumentos propios de los organismos de autocontrol y autodisciplina de los medios de comunicación y de la publicidad -códigos éticos, sanciones disciplinarias y arbitrajes-, tampoco se desarrollan al margen de la presión de los poderes públicos, ni de la definición pública de los fines que deben cumplir, ni de la regulación estatal de los procedimientos que deben satisfacer para poseer ciertos efectos públicos¹⁴⁷.

A partir de estos pocos ejemplos puede observarse que la autorregulación es especialmente visible en ámbitos dominados por una complejidad, técnica y/o ética, que solamente los subsistemas sociales expertos, organizados en muchos casos en forma de asociaciones profesionales de ámbito mundial, son capaces de descifrar. Los conflictos éticos que plantea la colisión de determinados derechos fundamentales, así como la complejidad ética y la complejidad técnica que incorpora la implementación de algunas

calificación se encuentra en el Libro Blanco de la Unión Europea sobre la Gobernanza, DOCE C 287, de 12 de octubre de 2001, p. 17.

¹⁴⁶ La importancia de las certificaciones privadas de adecuación a normas técnicas, como instrumento de autorregulación y como un medio privilegiado de información en manos de los poderes públicos ha sido destacada, de nuevo, por J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación...*, op. cit., pp. 122 y 131. La autorregulación que tiene lugar en el sistema de ecogestión y ecoauditoría ha sido resaltado, en la doctrina española, además de por el citado autor, por A. NOGUEIRA LÓPEZ, en *Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, pp. 75-76. La doctrina alemana viene considerando las ecoauditorías como un ejemplo paradigmático de la autorregulación y, más en concreto, entre los autores que utilizan este término, como un claro supuesto de autorregulación regulada. Pueden citarse aquí, respectivamente, U. DI FABIO y M. SCHMIDT-PREUSS, “Verwaltung und Verwaltungsrecht...”, op. cit., p. 199 y ss; y pp. 361 y ss; y E. SCHMIDT-ASSMANN, “Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher Systembildung”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, p. 250, entre otros.

¹⁴⁷ La Unión Europea utiliza la expresión “organismos de autorregulación” para referirse a este tipo de organismos en las Directivas 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa y 92/28/CEE, relativa a la publicidad de los medicamentos para el uso humano. La doctrina española suele calificar tales organizaciones como organismos de autocontrol o de autodisciplina, al tiempo que los códigos de dichas instituciones y sus resoluciones se caracterizan como instrumentos de autorregulación. Por citar solo algunos, pueden verse: H. AZNAR, *Ética y periodismo. Códigos, estatutos y otros documentos de autorregulación*, Paidós, Papeles de comunicación, Barcelona/Buenos Aires/México, 1999; y, del mismo autor, *Comunicación responsable. Deontología y autorregulación de los medios*, Ariel Comunicación, Barcelona, 1999; J. M. DESANTES GUANTER, *El autocontrol de la actividad informativa*, Cuadernos para el Diálogo, Edicusa, Madrid, 1973; M. CARRILLO, “Los Consejos de Prensa como forma de autocontrol: propuestas y prevenciones respecto de su viabilidad en España”, *REP*, n.º54, 1986, p. 77; J. A. GÓMEZ SEGADE, “Sistemas de autorregulación publicitaria”, *Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1980; J. A. GÓMEZ SEGADE y C. LEMA DEVESA, “La autodisciplina publicitaria en Derecho comparado y en el derecho español”, *Actas de Derecho industrial*, n.º 7, 1982, pp. 31 a 112; y A. TATO PLAZA, “El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España”, *Actas de Derecho Industrial*, n.º18, 1997, p. 161.

normas jurídicas, requiere un desarrollo y un nivel de concreción que desbordan la capacidad de los poderes públicos.

En otro orden de consideraciones, cabe señalar también que el nivel de precisión de las normas técnicas, o de los códigos éticos, en el establecimiento de las pautas que regulan la actividad productiva de las empresas o los requisitos de una actividad profesional, no había sido nunca alcanzado por el Derecho. El autocontrol privado del cumplimiento de tales normas impone pues, a quienes deciden voluntariamente someterse a ellas, un régimen mucho más estricto que el derivado de cualquier intervención estatal. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la legitimidad de la intervención pública en zonas que rozan el núcleo esencial de determinados derechos fundamentales podría ser discutible. Apelando a la autorregulación, pues, se consiguen diversos objetivos. En apariencia, no existen problemas de legitimación, puesto que se sostiene que quienes se autorregulan lo hacen voluntariamente –he aquí una de las principales cuestiones que debe ser discutida-. La Administración retrocede, en la medida en que no interviene directamente en la reglamentación y en el control de las actividades privadas. Mediante la llamada a la autorregulación se consiguen dos fines aparentemente contradictorios, a saber, una limitación de la intervención administrativa de policía y una aumento de la protección de los bienes que conforman hoy la noción de orden público –medio ambiente, seguridad, salud, dignidad humana-.

No es de extrañar, en este contexto, que, frente a conceptos programáticos tales como pérdida de soberanía, desregulación, privatización, desburocratización o adelgazamiento del Estado, se alce con fuerza la bandera de la autorregulación. Esta bandera es enarbolada, naturalmente, por aquellos que ponen en duda la capacidad reguladora del Estado y del Derecho, y que abogan por una reducción de la intervención estatal y una consiguiente ampliación del ámbito de actuación a las fuerzas sociales. Pero también es vista con buenos ojos por quienes ven en la autorregulación una estrategia de regulación estatal que busca aprovechar al máximo los recursos que ofrece la sociedad¹⁴⁸.

¹⁴⁸ En esta línea, se sitúan una serie de autores que abogan por la transformación del Derecho en un Derecho básicamente procedimental, un “Derecho reflexivo”, que permite aprovechar al máximo, e incorporar en su seno, el potencial que ofrece la autorregulación social. Son especialmente destacables, en este sentido, las aportaciones de G. TEUBNER, en “Reflexives Recht”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n.º 13, 1982, y G. TEUBNER, y H. WILLKE, “Kontext und Autonomie:

C) *La regulación pública de la autorregulación.*

Con la consideración de la autorregulación como una estrategia de regulación estatal, se está produciendo un rearme del Estado, un nuevo frente de ataque, caracterizado por la utilización de novedosas técnicas de regulación –la autorregulación regulada-. A grandes rasgos -que serán desarrollados paulatinamente a lo largo de este trabajo- lo que observamos es que el Estado utiliza la autorregulación como una estrategia indirecta de regulación. Y lo hace de diversos modos y a través de instrumentos también diversos.

En algunos casos, invoca a la responsabilidad de los particulares y se compromete a no regular determinados aspectos -del comercio en Internet, por ejemplo, o de los concretos contenidos de la publicidad o de los medios de comunicación-, a cambio de que se garanticen ciertos bienes públicos mediante la autorregulación voluntaria de los sectores afectados¹⁴⁹. En otros casos utiliza medidas económicas de fomento –ayudas, subvenciones-, o instrumentos de mercado -la concesión de marcas y etiquetas identificativas, por ejemplo- para que las empresas adecuen voluntariamente su procesos de producción, determinadas reglas técnicas –mediante la utilización de “las mejores tecnologías disponibles”, la adecuación a normas técnicas o la implantación de sistemas voluntarios de ecogestión y ecoauditoría-¹⁵⁰.

Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, n.º 5, 1984, pp. 5 a 35. Tomando como referencia estas aportaciones, también parece defender una cierta procedimentalización del Derecho, A. J. PORRAS NADALES, *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, op. cit., pp. 196 y ss.; y, del mismo autor, “Transformación del Derecho y derecho procedimental y reflexivo”, *REP*, n.º 63, 1989.

¹⁴⁹ La Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, entiende que la regulación del comercio electrónico, en lo relativo a la protección de los consumidores y la salud pública, o la responsabilidad civil y profesional de los prestadores de servicios, puede provenir de los mismos Estados, de organismos de autoadministración o de organismos de autorregulación. La Ley 22/1999, de 7 de junio, que modifica la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, tiene por objeto, según reza su artículo 1: “defender los intereses legítimos de los usuarios y, en especial, de los menores para preservar su correcto desarrollo físico, mental y moral”. Para conseguir estos objetivos, y sin perjuicio del ejercicio de la potestad sancionadora atribuida a los poderes públicos, la misma norma pretende fomentar el desarrollo de organizaciones de autorregulación. En fin, la Ley 34/1988, General de Publicidad, que transpone la Directiva 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa, atribuye a los tribunales ordinarios la función de velar por la aplicación de las normas sobre publicidad engañosa. Sin embargo, prevé también que dicho control pueda ser realizado por organismos privados de autocontrol.

¹⁵⁰ La regulación y las medidas de fomento de este sistema se encuentran en el Real Decreto 85/1996, de 26 de enero, por el que se traspone a nuestro ordenamiento el Reglamento 1836/93/CEE, por

En un número cada vez más elevado de supuestos, las normas y los controles privados, fruto de la autorregulación, son impuestas obligatoriamente, sin que su contenido haya sido modificado por el Estado. Se atribuyen, así, efectos vinculantes a la autorregulación¹⁵¹. Ello supone un grado de confianza muy elevado del Estado hacia la autorregulación y podría pensarse que con ello se produce, al mismo tiempo una transformación de la naturaleza jurídica de ésta¹⁵². Los poderes públicos también demuestran su confianza en la autorregulación cuando imponen a determinados subsistemas sociales que adopten en su seno procedimientos, normas u otros instrumentos de autorregulación¹⁵³ y cuando atribuyen efectos presuntivos a determinadas certificaciones privadas o efectos de cosa juzgada a las resoluciones arbitrales de los organismos de autocontrol y autodisciplina.

Complementariamente a esta atribución de efectos públicos a la autorregulación y con el objeto de someter a los particulares a ciertos principios constitucionales, los poderes públicos también regulan el contexto de la autorregulación. Esto es, establecen los cauces, los requisitos y los procedimientos a través de los cuáles debe desarrollarse la autorregulación para gozar de los efectos públicos antes mencionados. Así, por ejemplo, la composición, la adopción de procedimientos transparentes y la acreditación pública de que cumplen los requisitos normativamente impuestos es un presupuesto previo al reconocimiento de una organización privada como organismo de normalización. Lo mismo es predicable del reconocimiento de los organismos

el que se regula el sistema comunitario de gestión y auditoría ambientales. Como complemento de ello, a través de los Planes Nacionales de Calidad -I Plan Nacional de Calidad (1991-1995), ejecutado por medio de las Órdenes Ministeriales de 9 de mayo de 1991 y 26 de abril de 1994; y el II Plan Nacional de Calidad (1996-2000), cuyas bases se aprobaron por Orden del Ministerio de Industria de 25 de abril de 1997- se otorgan ayudas económicas al desarrollo e implantación de las mejores tecnologías y a los sistemas de ecogestión y ecoauditoría.

¹⁵¹ Dicho efecto vinculante se consigue mediante la inserción de una norma técnica en un reglamento o mediante la remisión, estática o dinámica, de una ley o de un reglamento a normas técnicas. Este fenómeno, como veremos, no se produce sólo con las normas técnicas en sentido estricto, sino también con otras muchas reglas técnicas -protocolos, sistemas de análisis de riesgos, etc., que serán también objeto de estudio en este trabajo-.

¹⁵² Tesis defendida por J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación....*, op. cit., pp. 144 y ss., y que nosotros discutiremos, por lo menos, parcialmente.

¹⁵³ Ello ocurre, en ámbitos y supuestos muy diversos. A título de ejemplo: el RD 2207/1995, que traspone la Directiva 93/43/CEE, sobre la higiene de los productos alimentarios, obliga a las empresas alimentarias a aplicar procedimientos de autocontrol y autogestión de riesgos, basados en el sistema de Análisis de Riesgos y de Control de Puntos Críticos; la Ley 25/1990, del Medicamento obliga a constituir, en el seno de hospitales y centros de investigación clínica, comités éticos de autorregulación; el RD 561/1993 establece también la obligación de elaborar protocolos y procedimientos normalizados de trabajo para la realización de investigaciones clínicas; y el RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de

encargados de la certificar la adecuación de la actividad empresarial o de los productos industriales a normas técnicas de voluntario cumplimiento.

En todos los casos, el Estado impone a los sujetos que se autorregulan el cumplimiento de unos deberes y obligaciones que comportan una cierta aproximación del régimen jurídico de los subsistemas sociales en los que se desarrolla la autorregulación al régimen propio de las Administraciones públicas. Concretamente, estos subsistemas: deben garantizar el cumplimiento de determinados fines públicos; deben fomentar la participación de los interesados en la adopción de sus decisiones; deben actuar con eficacia y neutralidad; deben cumplir determinados requisitos que garanticen su capacidad técnica y su imparcialidad; y, entre otros, en ocasiones, deben respetar el principio de legalidad.

Las diversas manifestaciones de la regulación pública de la autorregulación derivan, sin embargo, de un tronco común: la corresponsabilización de los particulares en la gestión de los riesgos contra determinados bienes. En concreto, aquellos sujetos que, por su actividad o por sus conocimientos, ponen en peligro determinados bienes de carácter colectivo se ven obligados a minimizar los riesgos de su actividad. Esta invocación de la responsabilidad directa de los particulares en la protección de determinados bienes es especialmente clara en materia de protección de los consumidores y usuarios y de protección del medio ambiente. Puesto que esta responsabilidad es independiente de y, de hecho, se añade a, la obligación general de cumplir con las normas jurídicas vigentes, su asunción por los particulares implica una intensa actividad de autorregulación y de autocontrol.

La autorregulación regulada es, pues, un nuevo instrumento de regulación ensayado por el Estado en una fase de transformación del mismo en el que, con carácter general, los instrumentos imperativos de actuación son sustituidos por técnicas indirectas de regulación. Mediante la autorregulación regulada la Administración supervisa la actuación privada de aprobación y aplicación de normas y los controles privados de cumplimiento de tales normas. La Administración debe asegurarse de que los destinatarios de tales normas y controles se sometan realmente a las mismas; y debe

actuación en los mercados y registros obligatorios, obliga a las sociedades que cotizan en bolsa a elaborar códigos de conducta, que deben comprometerse a acatar.

garantizar la capacidad técnica y el sometimiento a fines públicos de los sujetos privados que aprueban y controlan la aplicación de estas normas. En definitiva, la Administración debe velar para que la autorregulación privada conduzca, efectivamente, a la minimización de los riesgos generados por quienes se autorregulan.

Así, por un lado, la incidencia de la desregulación en las potestades administrativas de policía y, por el otro, la evolución de la noción de orden público -que deja de estar vinculada a la idea de seguridad y se relaciona hoy con la gestión de riesgos- conduce derechamente a la complementariedad o, incluso, a la sustitución de las técnicas de regulación de policía por novedosas técnicas de regulación de la autorregulación¹⁵⁴.

Una lectura sesgada de este fenómeno podría conducir a pensar que estamos ante un supuesto de privatización de la función ejecutiva. Esto es, podría parecer que se está sosteniendo que las funciones que venía desarrollando el Estado mediante la regulación de policía son cedidas a los particulares mediante la regulación de la autorregulación. A nuestro entender esta interpretación dista enormemente de la realidad. En primer lugar, la autorregulación no deriva de un traslado a la sociedad del ejercicio de prerrogativas o potestades públicas, sino de la iniciativa social y, en su caso, del ejercicio de su capacidad de actuación derivada del reconocimiento de la autonomía privada. Y, en segundo lugar, la autorregulación afecta a aspectos de la actividad empresarial o de la actividad profesional escasamente afectados por la regulación de policía, por resultar inaccesibles a ésta. La autorregulación y la regulación de policía tienen en común, ello es indiscutible, su vinculación a la persecución de los mismos fines y la utilización de unas técnicas paralelas que derivan, sin embargo, de fundamentos jurídicos radicalmente distintos.

¹⁵⁴ Se ha destacado que no sólo la policía administrativa viene siendo sustituida por la autorregulación regulada; también la manifestación más contundente de la policía y de la fuerza estatal, esto es, el Derecho penal, se encuentra afectado por la complementariedad de la autorregulación. Este dato es caracterizado como una manifestación más del proceso de administrativización del Derecho penal por parte de J. M. SILVA SÁNCHEZ, en *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001. Este autor destaca “la proliferación de soluciones de autorregulación, que se presentan como alternativa eficiente a la estricta legalidad y a la jurisdiccionalidad (mediación, negociación). Éstas, que configuran una “Administración” de “Justicia” penal sin Derecho penal, constituyen (...) una muy clara manifestación de un Derecho de gestión de problemas. Probablemente, el tema de la cada vez más amplia remisión de las normas jurídicas a reglas técnicas emanadas de los propios sectores socio-económicos afectados por un determinados problema deba inscribirse en un marco próximo” (p. 142, nota 340).

Analizar la autorregulación regulada como una manifestación más del proceso privatizador produce, a nuestro entender, confusiones innecesarias. En primer lugar, porque la denominada “privatización de funciones públicas” parte de la utilización de un concepto extraordinariamente amplio de “privatización”, que incluye cualquier iniciativa tendente a abandonar “lo público” recurriendo a “lo privado”¹⁵⁵. En segundo lugar, por la propia confusión existente en la utilización del término “función pública”, que remite, en unos casos, a fines públicos y, en otros, a actividades jurídicas que implican el ejercicio de autoridad, poder público, o soberanía¹⁵⁶. En tercer lugar, porque, si bien algunas de las manifestaciones autorregulativas constituyen, en efecto,

¹⁵⁵ G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico...*, op. cit., p. 439, afirma: “Desde el punto de vista jurídico el fenómeno privatizador tiene múltiples significados, si bien es necesario distinguir entre manifestaciones verdaderas y falsas del fenómeno privatizador. De forma excesivamente amplia, con el término “privatización” se alude a toda iniciativa pública que persigue reducir la intervención pública y aumentar la eficiencia económica, abandonando lo “público” y recurriendo a “lo privado”, en diversos campos: titularidad de la actividad, forma de gestión, régimen de propiedad, régimen jurídico, forma de financiación...”. Se lamenta, pues, el autor, de la excesiva amplitud de la utilización del término, a pesar de no tomar en consideración siquiera la privatización de funciones públicas, cuyo análisis si contempla, por ejemplo S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Reflexiones sobre las privatizaciones”, op. cit., pp. 7 y ss.

La inclusión de la “privatización de funciones públicas” en los análisis acerca de la privatización es algo común en la doctrina alemana, que identifica este fenómeno con la desestatalización tanto de funciones como de servicios públicos –puesto que esta última figura no forma parte de su acervo conceptual-. La amplitud del concepto –que fundamentan en la diferenciación entre Estado y sociedad- les obliga a adjetivarlo con el fin de distinguir sus diversas manifestaciones. En este sentido, se entiende que el término hace referencia, como mínimo, a tres realidades diferentes que, ello no obstante, presentan escasos paralelismos con la distinción establecida entre nosotros entre privatización material, formal y funcional. En concreto, la doctrina alemana se refiere a: la “privatización de funciones” (*Aufgabenprivatisierung*), que supone la devolución de una tarea a la sociedad, mediante su despublicación; la “privatización organizativa” (*Organisationsprivatisierung*), que se refiere a aquellos supuestos en los que el Estado se encarga de la materialización de la función, pero lo hace mediante personificaciones y procedimientos de Derecho privado (es lo que entre nosotros se ha estudiado como “huida del Derecho administrativo”); y la denominada “privatización funcional” (*Funktionale Privatisierung*), en la que la función sigue en manos de la Administración (esto es, se mantiene la *publicatio* de la actividad) pero su cumplimiento se entrega a sujetos privados. Sobre ello puede verse: U. DI FABIO, en “Privatisierung und Staatsvorbehalt. Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe”, *Juristen Zeitung*, Junio 1999, p. 585; SEIDEL, A.: *Privater Sachverstand...*, op. cit.; así como la recensión a este libro, elaborada por M. DARNACULLETA GARDELLA, en *REDA*, n.º 110, 2001, pp. 316 a 321.

¹⁵⁶ En un intento de distinguir estos dos contenidos, U. DI FABIO, en “Privatisierung und Staatsvorbehalt...”, op. cit., p. 587, establece una distinción entre las nociones de “función pública” –que remitiría a una actividad de interés público que puede ser asumida, indistintamente, por el Estado o por la sociedad-, y “función estatal” –que sería “una función pública cuyo ejercicio está reservado constitucionalmente al Estado”-. Así las funciones estatales serían aquellas funciones públicas descritas constitucionalmente, que implican el ejercicio de autoridad. Ello dice relación con el concepto de Estado que ofrece V. PÉREZ DÍAZ, *La primacía de la sociedad civil*, op. cit., p. 228, que se limita “al conjunto de los roles de autoridad, y sus funciones administrativas correspondientes, en una asociación de dominación, con monopolio legítimo del uso de la fuerza”.

A pesar de las dificultades que entraña la aproximación a estos conceptos, se ofrece una distinción entre las nociones de “poder público” y “autoridad”, en aras a la delimitación del concepto de “función pública” en sentido estricto –en el sentido de “función estatal”-, y del ámbito de aplicación del Derecho Administrativo, en D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, tesis inédita.

una devolución a la sociedad de actividades que venían realizando, en nuestro país, los poderes públicos –así, la normalización privada sustituye la normalización pública, o la comunicación sustituye una autorización administrativa-, en otros casos se trata de actividades nuevas, que no eran realizadas ni por el Estado ni por la sociedad –códigos éticos de conducta, o ecoauditorías-. Y, en cuarto lugar, porque el marco en el que la autorregulación adquiere relevancia pública denota la existencia de un movimiento contrario a la privatización. La autorregulación regulada que no deriva, a nuestro entender, de una privatización de funciones públicas sino de una publicación del régimen jurídico de la sociedad.

En cualquier caso, es esta autorregulación, en concreto, la que se potencia al hilo de la desregulación, la que interesa para nuestro objeto de estudio. Se trata de una autorregulación que aparece como contrapartida a la desregulación, pero que desborda también este fenómeno. No sólo se van a analizar las normas y controles privados que sustituyen la regulación estatal imperativa, sino todas aquellas que, con independencia de la existencia de una regulación o control estatal previos, son susceptibles de complementar las diversas manifestaciones de regulación de policía.

Estas nuevas técnicas de regulación están dirigidas, no ya directamente al objeto regulado, sino a los sujetos privados que, mediante la autorregulación, inciden directa y mucho más intensamente en dicho objeto. La autorregulación comporta una notable elevación del grado de concreción de las normas aplicables a un sector y permite también un notable aumento, tanto del número de controles que pueden realizarse como de su intensidad. Es por ello que puede afirmarse que la supervisión administrativa de la autorregulación permite una intervención mucho más intensa en el sector dominado por la autorregulación. Mediante una aparente desintervención administrativa se consigue, paradójicamente, una elevación del control y de la intervención pública. La policía administrativa se mantiene, pero no se ejerce de forma directa. No se trata de una policía de intervención sino de una policía que utiliza, simultáneamente, la presión y la de supervisión¹⁵⁷. La nueva posición que ocupa el Estado es, en apariencia, una posición

¹⁵⁷ Aunque se refiera a una manifestación muy concreta de la autorregulación regulada, coincidimos plenamente con la afirmación sostenida por V. ÁLVAREZ GARCÍA, en *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 74: “La Administración pasa así de ser una Administración de intervención a una Administración de supervisión (...). Se elevan, eso desde luego, las potestades de policía sobre el sector, de forma que una caracterizada nota del derecho de la desregulación es,

de paralela a la que ocupan otros poderes privados. Sin embargo, el mantenimiento y la reserva de su capacidad de imponer decisiones vinculantes o de su capacidad para sancionar sigue siendo un arma que, debidamente utilizada, le permite recuperar su posición de primacía. Ahora bien, para que ello ocurra, el Estado no puede actuar sólo. Como veremos, es indispensable la colaboración de las organizaciones públicas supranacionales que son, de hecho, las que atribuyen este nuevo papel a los Estados y las que mayor capacidad de presión pueden ejercer sobre los particulares. Y no nos referimos solamente a la Unión Europea. La alianza de los Estados en foros internacionales, como veremos, y el surgimiento de organizaciones privadas internacionales que persiguen los mismos fines que éstos constituyen un elemento indispensable para que el nuevo esquema de relaciones Estado sociedad funcione adecuadamente.

Para valorar correctamente el impacto de la autorregulación regulada en la regulación de policía hay que tomar en consideración, pues, diversos aspectos. Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que ambos instrumentos responden a los mismos fines: la protección del orden público, entendida ahora como una gestión de los riesgos que acechan a ciertos bienes y derechos constitucionalmente protegidos. En segundo lugar, hay que tomar en consideración el déficit de ejecución de la regulación de policía, su incapacidad para satisfacer los fines propuestos con la misma. En tercer lugar, es necesario recordar también la progresiva pérdida de los poderes públicos de la capacidad técnica necesaria para responder a determinadas exigencias de intervención, en ámbitos en los que sus conocimientos se han visto desbordados por el desarrollo tecnológico. En cuarto lugar, y relacionado con ello, hay que tener en cuenta, a su vez, que la autorregulación se desarrolla principalmente en zonas inaccesibles para el Derecho y para la Administración y, por consiguiente, afecta a aspectos de la vida social caracterizados por una escasa o nula intervención pública.

paradójicamente, la recreación del derecho de policía”. Un derecho de policía, cabe añadir, que no es ya un derecho destinado a garantizar la seguridad de los ciudadanos, sino un derecho tendente a minimizar los riesgos que ponen en peligro dicha seguridad a través de la corresponsabilización de los particulares que generan y conocen tales riesgos en el ejercicio de dicha función. La recreación del derecho de policía en el ámbito de la Administración es predicable también de la recreación del derecho de policía del Estado, que se manifiesta, debido a las mismas razones, en la expansión y la “administrativización” del Derecho penal. Este fenómeno se encuentra detalladamente explicado por J. M. SILVA SÁNCHEZ, en *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., pp. 136 y ss.

La autorregulación que centra nuestra atención está relacionada con el marco conceptual ofrecido por especulaciones teóricas diversas, que explican cómo y en qué medida es posible, en una sociedad altamente autorregulada como la nuestra, que cada grupo social, cada subsistema, o cada institución, establezca sus propias normas y controles de funcionamiento¹⁵⁸. Dicha autorregulación, ello no obstante, no se desarrolla libremente –como sucedería si el Estado hubiese optado por una desintervención real–, sino que está dirigida, orientada y circunscrita por nuevas formas de regulación estatal¹⁵⁹. No debe entenderse, pues, que la regulación de la autorregulación sea fruto de una desintervención del Estado. Por el contrario, con la regulación de la autorregulación, en cualquiera de sus manifestaciones, el control público de los miembros de un subsistema social es mucho más intenso que el que resulta posible mediante la regulación de policía. La sociedad queda así sometida, voluntariamente, a sus propias normas y controles, que regulan aspectos en los que, en la mayoría de los sectores, la regulación estatal directa era inexistente o inoperante. Esta sumisión, en principio voluntaria, se transforma en vinculante cuando es juridificada por parte de los miembros de un determinado subsistema social mediante los instrumentos derivados de la autonomía privada, dando lugar a un derecho de origen negocial. Dicha vinculatoriedad puede ser exigida, en última instancia, por los poderes públicos y, más en concreto, por los tribunales. Complementariamente, el legislador viene asignando a la autorregulación un régimen cada vez más similar al que sería propio de la actuación de las Administraciones públicas. Mediante la regulación de la autorregulación, los fines públicos asumidos voluntariamente por determinados subsistemas sociales de origen privado se convierten en un imperativo su actuación. Desde esta perspectiva, la sustitución de la regulación de policía por la autorregulación regulada comporta,

¹⁵⁸ Son significativas en este sentido las aportaciones de J. G. BELLEY, “L’État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique”, *Sociologie et sociétés*, n.º1, 1986, pp. 11-32; así como las diversas aportaciones, y la bibliografía citada, en J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera (Eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, op. cit.

¹⁵⁹ La autorregulación se encuentra claramente enmarcada en una estrategia pública de regulación. Ello da lugar a una nueva forma de regulación pública, caracterizada por un marcado carácter procedimental, que tiene por objeto la regulación de la autorregulación. Se trata de una regulación que no atiende tanto a los contenidos, como a los fines, los procedimientos y los mecanismos de apoyo y fomento de la autorregulación. Esta realidad ha sido advertida, en la doctrina alemana, por U. DI FABIO, y M. SCHMIDT-PREUSS, “Verwaltung und Verwaltungsrecht...”, op. cit.; G. TEUBNER, y H. WILLKE, “Kontext und Autonomie...”, op. cit.; R. MAYNTZ y F. W. SCHARPF, (Eds.), *Gesellschaftliche Selbstregulierung...*, op. cit.; H. H. TRUTE, “Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung...”, op. cit., p. 950; y W. HOFFMANN-RIEM, a quien se le ha dedicado recientemente un homenaje en el que se ha acuñado precisamente la noción de autorregulación regulada: “Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates. Ergebnisse

indiscutiblemente, un notable aumento del poder y de la capacidad de control de los poderes públicos sobre la sociedad.

Debe ser destacado también que, mediante la regulación pública de la autorregulación se impone a quienes se autorregulan un régimen jurídico paralelo al que es propio de las Administraciones públicas. La regulación del contexto de la autorregulación tiene por objeto fijar los procedimientos a través de los cuales ésta debe desarrollarse, las capacidad técnica y el estatuto jurídico de quienes se autorregulan y comporta, asimismo, la instauración de los controles públicos necesarios para garantizar su efectividad. Por si ello fuera poco, son también los poderes públicos quienes atribuyen, en ocasiones, concretos efectos públicos a la autorregulación, dando lugar a la aproximación, la transformación incluso, de los instrumentos propios de la autorregulación regulada en instrumentos propios de Derecho público.

La regulación de la autorregulación constituye una forma de publicación de la actividad desarrollada por los subsistemas sociales y del régimen propio de los individuos que integran tales subsistemas. La reglamentación y el control de la autorregulación ofrece a los poderes públicos la posibilidad de cumplir dos objetivos aparentemente contradictorios: la desregulación y la garantía de un orden público que sólo pueden ser mínimamente alcanzado mediante técnicas más intensas de intervención. El objetivo de desregulación puede ser cumplido porque puede disminuirse el volumen de ciertas reglamentaciones públicas y de ciertos controles administrativos. La garantía del orden público puede ser cumplida si se demuestra que la autorregulación es más apta que la regulación de policía para ofrecer una elevación del grado de protección de bienes y derechos constitucionalmente protegidos, cuya salvaguarda corresponde, en última instancia, al Estado. En cualquier caso, la publicación de la autorregulación responde, por un lado, a la confianza en que ello es posible y, por otro, a la instauración de las reglamentaciones y los controles necesarios para que así sea.

Con todo ello se demuestra que la regulación de la autorregulación no responde a un Estado débil, ni a un Estado que haya renunciado a las obligaciones que la

des Symposiums aus Anlass des 60. Geburtstages von Wolfgang Hoffmann-Riem”, op. cit. Entre nosotros, destacan las aportaciones de J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación*, op. cit.

Constitución impone a los poderes públicos. Es cierto que, formalmente, el Estado se retrae, disminuyen los controles administrativos y la utilización de técnicas imperativas de regulación. Pero el Estado no renuncia con ello a intervenir en la sociedad, a estructurarla, a responder a sus demandas. En realidad, como hemos señalado, el Estado interviene más y con mayor intensidad¹⁶⁰.

III. EXPLICACIONES AL DESARROLLO DE LA AUTORREGULACIÓN REGULADA.

Frente a las limitaciones del Estado para regular directamente aspectos de la vida social caracterizados por una complejidad que desborda, como hemos visto, la capacidad de respuesta de los poderes públicos, se advierte un creciente protagonismo de la sociedad en la ordenación y el control de tales aspectos. Una de las claves de este protagonismo, del aumento del poder social, y de la primacía de la sociedad en todos los ámbitos -incluso en los tradicionalmente dominados por el Estado-, radica en la capacidad de organización e institucionalización de los subsistemas sociales.

Los subsistemas sociales no siempre remiten a una organización formal. Cuando se alude a la ciencia, la técnica, la cultura o la industria como subsistemas sociales se está pensando en grupos de individuos caracterizados por compartir un lenguaje, unos conocimientos, y en base a ello, unas funciones, distintas de las que caracterizan a otros grupos. Sin embargo, puede constatarse que, en la actualidad, tales subsistemas tienden a dotarse de una cobertura orgánica, lo que implica, también, que son identificables a través de una determinada persona jurídica, y que deben someterse, en los aspectos organizativos, a un régimen jurídico básico, derivado de su naturaleza. Así, el

¹⁶⁰ Aunque el concepto de autorregulación utilizado por esta autora es más amplio que el que pretendemos acuñar nosotros, son válidas las afirmaciones de R. MAYNTZ, en “Nuevos desafíos de la teoría de la *Governance*”, op. cit., p. 41: “La investigación empírica en la ciencia política ha aclarado, sin embargo, que no se trata tanto de una pérdida de control estatal, sino más bien de un cambio de su forma. La autorregulación social, después de todo, tiene lugar en un cuadro institucional reconocido por el Estado (...). En particular, el Estado mantiene el derecho de ratificación legal, el derecho de imponer decisiones autoritarias allí donde los actores sociales no lleguen a alguna conclusión (...), y el derecho a intervenir con una acción legal o ejecutiva en el caso en que un sistema autónomo no satisfaga las expectativas de regulación”. Concluye esta autora que la “autorregulación a la sombra de la jerarquía, puede ser más provechosa que cualquier otra forma “pura” de *governance*”. Estas ideas se encuentran más desarrolladas en R. MAYNTZ y F. W. SCHARPF, (Hrsg.), *Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung*, op. cit.

subsistema científico se organiza, en ocasiones, a través de asociaciones de ingenieros, de técnicos o de profesionales de diversas especialidades; la industria como subsistema es identificable a través de la estructura empresarial, o a través de las organizaciones de empresarios de un determinado sector. Sin embargo, todavía más importante que la organización de los subsistemas es su institucionalización¹⁶¹. Cuando los subsistemas sociales, funcionalmente diferenciados, se dotan de una organización formal y están debidamente institucionalizados, demuestran su preparación para recuperar los espacios que habían perdido frente a la intensificación de la intervención estatal, y para asumir los retos que el Estado, sin su colaboración, no puede alcanzar.

En este epígrafe trataremos de mostrar, a través de líneas discursivas y ejemplos diversos, la elevada capacidad de autorregulación de los subsistemas sociales, y su potencial futuro de expansión. Para ello, y puesto que utilizamos instrumentalmente algunas aportaciones de la teoría de sistemas, expondremos brevemente, en primer lugar, los rasgos generales de la estructuración y funcionamiento de la sociedad, según la mencionada teoría.

En segundo lugar, tendremos ocasión de analizar cómo se recompone la sociedad frente a los retos específicos que comporta la intensificación de los rasgos de la modernización, la globalización y la retirada del Estado. Intentaremos poner de relieve el poder que comporta el dominio de ciertos conocimientos especializados, y el poder que poseen las organizaciones empresariales, destacando que, los subsistemas privados portadores de tal poder están inmersos en un proceso de búsqueda de criterios de justificación, de legitimación en definitiva, del mismo.

En tercer lugar, y en conexión con los ámbitos materiales de desarrollo de la autorregulación, demostraremos que ésta tiene lugar, preferentemente, en ámbitos no regulados por el Derecho. Es la expansión de la función de garante del Estado a estos

¹⁶¹ Como pone de relieve A. CORTINA, en *La ética de la sociedad civil*, Anaya, Madrid, 1994, pp. 127 y ss., la institucionalización dice relación con la existencia de unos valores, técnicas, y modos de comportamiento comunes y que impregnan toda la actividad de una organización. También J. PRATS CATALÀ, *La Reforma de los Legislativos en América Latina. Un enfoque institucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 75, distingue las organizaciones de las instituciones, destacando que éstas son “órdenes abstractos, independientes de los individuos que las componen, que cumplen la función de facilitar a los individuos y las organizaciones la consecución de sus fines, pero que en si mismas no tienen fines específicos”.

ámbitos lo que permite afirmar que la autorregulación regulada comporta una notable intensificación de la intervención pública en la sociedad.

Finalmente, y en cuarto lugar, vamos a poner de relieve los riesgos que comporta una excesiva confianza en la autorregulación, atendiendo al dato de que la misma no responde necesariamente al cumplimiento de los fines que se le intentan atribuir. El notable desarrollo de la autorregulación no deriva o, por lo menos no exclusivamente, de una vinculación natural de los subsistemas privados al servicio de fines públicos, sino de motivaciones diversas de corte utilitarista. Los fines de la autorregulación no coincidirían necesariamente con los fines públicos sin la presión reguladora estatal y sin la presión ejercida por la opinión pública. Por otro lado, las empresas, no se someterían tampoco a la autorregulación si no se viesen en la necesidad de legitimar, frente al Estado y frente a la sociedad, el enorme poder que detentan.

1. La estructuración y funcionamiento de la sociedad según la teoría de sistemas.

No vamos a extendernos en la exposición de una teoría, llena de matices y derivaciones, cuyos rasgos generales seguiremos desarrollando en otras partes de este trabajo¹⁶². Por ahora basta con señalar que la sociología política ha aceptado masivamente los presupuestos y las nociones básicas de la teoría de sistemas. Las discrepancias sobre aspectos concretos de teoría luhmaniana, los numerosos desarrollos colaterales de la misma, o la influencia de los términos utilizados por Luhmann en otras disciplinas, no son sino una prueba de tal aceptación. En este apartado nos limitaremos a desarrollar, solamente, algunos aspectos de la teoría elaborada por Niklas Luhmann,

¹⁶² En concreto, en el Capítulo IV, al analizar el sentido de la noción de autorregulación en el ámbito de disciplinas no jurídicas, retomaremos de nuevo las aportaciones de la teoría de sistemas. En este apartado, a título meramente introductorio, exponemos sólo parte de la teoría luhmanniana, eludiendo parcialmente de su vocabulario específico. Sobre ello pueden verse: N. LUHMANN, *Fin y racionalidad en los sistemas*, op. cit.; *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1990, [traducción del primer capítulo de la obra, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1984, a cargo de S. López Petit y D. Schmitz]; *La ciencia de la sociedad*, Universidad Iberoamericana, México, 1996, [*Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1990, traducción de S. Pappe, B. Erker y L. F. Segura]; *Introducción a la teoría de sistemas*, Universidad Iberoamericana, México, 1996 [En realidad este último libro es una reconstrucción, a cargo de Javier Torres Nafarrate, de las lecciones magistrales de “Introducción a la teoría de sistemas”, que impartió Luhmann durante el semestre de invierno de 1992, en la Universidad de Bielefeld, Alemania]; las aportaciones al número monográfico de la revista, *Droit et Société*, n.º11-12, 1989, titulado: “Nicklas Luhmann: autorregulation et sociologie du droit”; la visión de P. GIMÉNEZ ALCOVER, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Bosch, Barcelona, 1993; y las

que son de especial interés para explicar la mayor capacidad de algunos subsistemas sociales, frente a la de la Administración pública, para satisfacer las demandas de seguridad –de protección frente a determinados riesgos, para ser más precisos- que reclama la sociedad en su conjunto y que han sido tradicionalmente satisfechas mediante la regulación estatal de policía¹⁶³.

Como punto de partida, Luhmann señala que la sociedad se organiza en diversos subsistemas sociales diferenciados funcionalmente. La diferenciación funcional de los subsistemas aparece como una respuesta a la elevada complejidad de la sociedad. Sólo mediante la especialización en el cumplimiento de determinadas funciones, relevantes socialmente, puede afrontarse con éxito la satisfacción global de las expectativas y demandas de la sociedad en su conjunto. Es por ello que las relaciones de un subsistema con los demás vienen determinadas por la función que cumplen y se establecen en forma de prestaciones.

Cuando la complejidad de un determinado ámbito no puede ser dominada por los subsistemas existentes, aparece un nuevo subsistema, que se diferencia de los demás, mediante la autoobservación y la creación de su propio lenguaje. Este lenguaje específico sirve para que el subsistema pueda describirse a si mismo, reconocerse como tal, y describir el ámbito específico sobre el que opera.

De este modo, la diferenciación funcional de la cultura, de la ciencia, de la técnica, de la industria, o de los medios de comunicación, nos remite a grupos de individuos o a organizaciones –asociaciones e instituciones culturales, asociaciones

obras de otros autores que han desarrollado la teoría de sistemas, como T. PARSONS, *Estructura y proceso en las sociedades modernas*, op. cit.; y H. WILKE, *Ironie des Staates. Grundlinien...*, op. cit.

¹⁶³ La seguridad que puede ofrecer el Derecho y la Administración pública, a través de la clásica regulación de policía, está relacionada con el control de los peligros. Unos peligros que tienen un origen natural o primario –plagas, epidemias, inundaciones- o que son generados por actuaciones de los particulares contrarias al ordenamiento jurídico –y que derivan, como ha sido dicho, de la contravención de la obligación de no perturbar un orden público que se considera, en todo caso, restaurable mediante la actividad de policía-. Sin embargo, en la actualidad, como consecuencia del desarrollo tecnológico, este tipo de controles no es suficiente para garantizar la seguridad de los ciudadanos frente a los riesgos generados por el hombre, en el desarrollo de actividades –como la industria o la investigación científica-, amparadas por el Derecho. Esto es, el Derecho tiene que admitir la existencia de actividades que deben ser jurídicamente protegidas, pero que son generadoras de riesgos. La necesidad de aceptar jurídicamente determinados niveles de riesgo, o determinados niveles de contaminación, es lo que lleva a U. BECK a sostener, en *La sociedad del riesgo...*, op. cit., p. 72, que la legislación actual posibilita “una ración de envenenamiento colectivo normalizado”. Una brillante exposición sobre las transformaciones jurídicas derivadas de este contexto puede verse en J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho...*, op. cit.

profesionales, empresas u organizaciones de empresas-, principalmente de carácter privado, que poseen unos códigos internos, un lenguaje y unos procesos de actuación, conocidos y aceptados en el interior de cada subsistema y extraños a los demás¹⁶⁴. Los criterios éticos y los criterios técnicos de cada organización denotan una racionalidad interna que es esencialmente distinta de la racionalidad propia de otros subsistemas, como los subsistemas político, administrativo y jurídico, que poseen también sus propios códigos y su propio lenguaje¹⁶⁵.

Desde esta aproximación no se sostiene ya la tradicional diferenciación entre Estado y sociedad, basada en la supremacía del primero frente a la segunda, puesto que los subsistemas que podríamos identificar con el surgimiento del Estado –el subsistema político, la administración, y el subsistema jurídico- se interrelacionan y se mezclan, en un plano de igualdad, con los demás subsistemas sociales. Este planteamiento permite sostener que el Estado no es nada fuera de la sociedad, sino que constituye uno más de sus sistemas funcionales¹⁶⁶.

La diferenciación funcional no afecta solamente a las relaciones entre Estado y sociedad, sino también a la evolución y reubicación de sus respectivas funciones. El Estado surgió de la diferenciación de la política, la Administración pública y el Derecho con la específica función de cumplir aquellas prestaciones –relacionadas principalmente con la noción de seguridad-, que los subsistemas privados no podían satisfacer por si

¹⁶⁴ La vinculación que hemos establecido en el texto, entre los subsistemas sociales y determinadas organizaciones no procede directamente de las aportaciones de Luhmann. Este autor se limita a señalar que las estructuras u organizaciones no son un factor originario de un subsistema, sino su consecuencia. La teoría luhmanniana de sistemas, sin embargo, encuentra su inspiración en las aportaciones de T. PARSONS, en *Estructura y proceso en las sociedades modernas*, op. cit. La teoría de sistemas desarrollada por éste se basa en ejemplos y estudios empíricos sobre organizaciones concretas, como las que hemos mencionado.

¹⁶⁵ La racionalidad de los subsistemas político, administrativo y jurídico remite a lo que conocemos como racionalidad estatal. Algunos aspectos de esta racionalidad, como los relacionados con la noción de legitimación, son compartidos por los tres subsistemas mencionados, sin que ello suponga negar su diferenciación. Como sucede en todo subsistema, éstos también cumplen funciones específicas y diferenciadas, aunque tengan en común su relación con la noción de Estado y de poder: la política posee el monopolio de adoptar decisiones vinculantes; la Administración pública es el subsistema encargado de implementar las decisiones políticas; y el sistema jurídico sistematiza y regula los conflictos generados por las mencionadas decisiones políticas.

¹⁶⁶ Esta concepción de la sociedad, como una sociedad policéntrica, explica acertadamente, a nuestro entender, la configuración actual del sistema social, basado en una espesa red de interconexiones –o de islas o constelaciones inconexas, según como se observe-, que ha sido también advertida por M. CASTELLS, en *La sociedad red. La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Alianza, Madrid, 1997, y que está siendo tomada progresivamente en consideración en los análisis sobre la

mismos¹⁶⁷. La incapacidad del Estado para llevar a cabo tales funciones se compensa, en la actualidad, con su asunción por parte de otros subsistemas sociales.

En concreto, la mayor capacidad de los subsistemas sociales no integrados en el Estado para cumplir funciones de regulación y control de los riesgos derivados del desarrollo tecnológico, y para regular las cuestiones éticas planteadas por dicho desarrollo, encuentra, en la teoría luhmanniana, tres tipos de explicaciones complementarias.

La primera de ellas se deduce de lo que ya hemos expuesto: la ciencia, la técnica, la medicina, los medios de comunicación, o los grupos profesionales que desarrollan estas tecnologías, poseen el dominio directo sobre las mismas y conocen, mejor que cualquier otro subsistema, las consecuencias de su aplicación y los procesos que deben aplicarse para limitar sus efectos nocivos.

La segunda explicación tiene que ver con la autonomía, que, según Luhmann, se encuentra en la base de la unidad de cada subsistema. Una autonomía –jurídica o de facto, según los casos- de los subsistemas sociales que, al estar relacionada con determinados derechos fundamentales –libertad de expresión, libertad de investigación científica-, se ha alzado como una barrera frente a la intervención del Estado, potenciando todavía más, si cabe, la dinámica de desarrollo de la sociedad¹⁶⁸.

Administración Pública. En esta línea, véase S. JORDANA: “ El análisis de las Policy Networks: ¿Una nueva perspectiva sobre la relación entre políticas públicas y Estado”, *GAPP*, n.º 3, 1995, pp. 77 a 89.

¹⁶⁷ Constatamos con ello que la teoría de sistemas no altera en lo esencial la teoría del Estado. La justificación primaria de éste en la función de seguridad, o la asunción, por parte de las Administraciones públicas de progresivas funciones, con base en la incapacidad de la sociedad para asumirlas, forma parte de nuestro acervo común. La relación existente entre tales prestaciones y la noción de seguridad –de prevención de riesgos a partir de la industrialización- ha tenido una notable influencia en la formación del Derecho Administrativo. Puede observarse, así, el paralelismo existente entre las aportaciones de Luhmann expuestas en el texto y las aportaciones clásicas sobre la noción de policía administrativa, recogidas por M. BULLINGER, en “La Administración al ritmo de la economía y la sociedad (Reflexiones y reformas en Francia y Alemania)”, *DA*, n.º234, 1993, p. 96. Este autor nos recuerda que, para Robert von Mohl [*Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tubinga, 1866] “la tarea de policía como concepto clave de la Administración consistía en poner a disposición de la sociedad aquellas prestaciones que ésta no estaba en condiciones de procurarse a sí misma. Entre ellas figuraba la prevención policial –en el sentido moderno y restringido sentido- de riesgos derivados de construcciones defectuosas, o instalaciones fabriles propensas a sufrir explosiones, así como el tratamiento médico efectivo de las enfermedades infecciosas”.

¹⁶⁸ La importancia de la autonomía –constitucionalmente reconocida- de los subsistemas sociales en el desarrollo de su capacidad de innovación y respuesta es destacada por H. WILKE, *Ironie des Staates...*, op. cit., pp. 211: “Im Zuge der Gesellschaftsgeschichte der Moderne haben sich diese gesellschaftlichen Subsysteme abgesondert und spezialisiert und mit der Ausbildung spezifischer

En tercer lugar, cabe observar también que muchos subsistemas sociales, como el de la ciencia, el de técnica o el de la economía, rebasan hoy las fronteras estatales, demostrando una gran facilidad para articularse en unidades más amplias que comparten similares funciones¹⁶⁹. Este último aspecto demuestra que los individuos, los operadores del mercado, los grupos de profesionales y los expertos, no se encuentran limitados, como el Estado, por las fronteras políticas y territoriales.

2. El aumento de confianza en la sociedad.

La estructuración de la sociedad en los términos descritos es una consecuencia del desarrollo mismo de la modernidad, de la intensificación de sus propios postulados, y de la repercusión de sus efectos sobre el tejido social. Haciendo hincapié sólo en aquellos aspectos que son relevantes para nuestra investigación, podemos destacar que la modernidad se ha caracterizado, en el plano social, por una fe ciega en la ciencia y en el desarrollo de sus aplicaciones técnicas y, en el plano político, por la consolidación del Estado, en quien se ha depositado también una excesiva confianza¹⁷⁰.

En los tiempos actuales, las repercusiones de la aplicación de nuevas tecnologías en el *modus vivendi* de la sociedad, su incisiva incidencia en el ser humano y en los recursos naturales, plantean cuestiones de gran calado que ponen en entredicho la

Organisationen, professioneller Rollen, divergierender Teilrationalitäten und exklusiver “Zuständigkeiten” einen hohen Grad an –auch verfassungsrechtlich abgesicherter– Autonomie erreicht. Es sind die Freiheitsgrade dieser Autonomie, die den gesellschaftlichen Funktionssystemen eine beispiellose Eigendynamik und Innovationsfähigkeit gebracht haben”.

¹⁶⁹ Ello ha llevado a algunos autores a reflexionar sobre la existencia de un sistema social global o mundial, convirtiendo el fenómeno de la transnacionalización, globalización o mundialización en uno de los temas centrales de la teoría sociológica. La teoría del sistema mundial, desarrollada por Luhmann, pero también por otros autores, como I. Wallerstein [*El moderno sistema mundial I*, Madrid, siglo XXI, 1979; *El moderno sistema mundial II*, México, Siglo XXI, 1984], pretende proporcionar una perspectiva objetiva o estructural de la realidad social moderna, tomando en consideración la estructuración de los subsistemas sociales más allá de las fronteras estatales. Sobre este concreto aspecto de la teoría de sistemas puede verse J. M. GARCÍA BLANCO, “De la mundialización y la globalización...”, *Globalización, riesgo...*, op. cit., pp. 21 y ss.

¹⁷⁰ Aunque existen numerosos estudios sociológicos que, con argumentos diversos, postulan el fin de la modernidad o entrada en la posmodernidad, nos parece más convincente seguir utilizando el término “modernidad” para definir una época caracterizada por la intensificación de sus rasgos más característicos. En esta línea, U. BECK, A. GIDDENS, y S. LASH: *Modernización reflexiva...*, op. cit., pp. 15 y ss., rechazan la idea según la cual, los cambios que afectan a la sociedad contemporánea se explican a través de una transformación hacia una nueva sociedad, distinta de la sociedad moderna. La sociedad actual, que estos autores califican de sociedad del riesgo, “designa una fase de la modernidad en la que las amenazas que ha ido produciendo el desarrollo de la sociedad industrial empiezan a predominar”. Se trata, pues, de una fase de la modernidad en la que ésta debe hacer frente a los efectos de su propio desarrollo.

bondad que se predicaba de los avances científicos. Paralelamente, la intensificación de los rasgos del Estado social, la ineficacia demostrada por algunas de sus intervenciones, y las limitaciones al desarrollo económico derivadas de la omnipresencia de las Administraciones públicas, parecen cuestionar también la operatividad de este modelo.

Esta falta de confianza, en la ciencia y en el Estado, encuentra respuesta, en parte, en la autorregulación social, en la organización de la sociedad. Naturalmente, esta respuesta adopta formas muy diversas, como diversas son las necesidades a las que se enfrenta. Sin embargo, observamos un denominador común a todas las manifestaciones de la autorregulación social que pretende cubrir la falta de confianza generada por los excesos de la modernidad: su vertiente ética.

El mercado, la ciencia, o los medios de comunicación, se presentarían, así, como portadores de un proyecto social, vinculado a la satisfacción de aquellos fines públicos que el Estado, por sí solo, no puede alcanzar. Esta visión, sin embargo, no responde del todo a la realidad. La autorregulación se desarrolla y se explica en estrecha relación con la regulación pública, y no es fruto solamente del renacimiento de una nueva ética social –aunque cabría profundizar en esta línea–, sino también del propio interés de los autorreguladores y de la presión que sobre ellos ejerce la sociedad en su conjunto y, en particular, el Estado.

Los ámbitos materiales en los que la autorregulación conoce mayores desarrollos se identifican, desde la perspectiva de las obligaciones que la Constitución impone a los poderes públicos, con sectores en los que se producen importantes fricciones entre derechos fundamentales, o con sectores que llevan aparejada una importante complejidad técnica. Están relacionados con materias –protección del medio ambiente, o de la salud–, que desbordan totalmente la capacidad cognitiva de los poderes públicos, puesto que se encuentran dominados por una racionalidad generada en torno a unos conocimientos especializados.

Retomando las aportaciones de Luhmann, podríamos afirmar que dichos ámbitos materiales ponen de manifiesto la existencia de un subsistema social, caracterizado por su diferenciación funcional respecto los demás subsistemas. En tales subsistemas, los individuos actúan de acuerdo con unas pautas, unos valores, y unos estímulos,

incomprensibles para el lenguaje común y, por supuesto, también para el subsistema político y para el Derecho. La existencia misma de tales pautas y valores, y los procesos de reflexión y aplicación de unas y otros, denotan un notable grado de racionalidad, cargada de los argumentos técnicos y éticos que ofrece el dominio de una actividad profesional¹⁷¹.

Desde esta perspectiva, la autorregulación tiene lugar en el seno de los subsistemas técnicos, éticos y, en algunos casos, incluso jurídicos, que se forman alrededor de las profesiones y de las empresas. Los conocimientos técnicos propios de una actividad profesional, el lenguaje desarrollado a través de ellos y su aplicación concreta, permiten identificar un subsistema técnico. La reflexión ética acerca de los fines de la profesión y de los deberes y obligaciones de la misma constituye su subsistema ético. Ambos pueden verse, o no, envueltos por un subsistema jurídico particular, derivado de la existencia de una asociación profesional o interprofesional, o de una empresa¹⁷².

A) *El desarrollo del profesionalismo y de la capacidad técnica de la sociedad.*

Toda profesión supone una especialización funcional y la adopción prolongada y acreditada de conocimientos y capacidades. Ello comporta el establecimiento de una distancia, una separación e, incluso, una jerarquía, entre profesionales y legos. La tecnificación del ejercicio profesional, cada vez más acusada, no hace más que acentuar esta diferenciación. Utilizando el término en sentido muy amplio, podría convenirse que la dedicación habitual a una determinada actividad comporta su profesionalización¹⁷³.

¹⁷¹ El protagonismo de los profesionales -y de los conocimientos derivados de la formación universitaria-, su especialización, su autoafirmación y su autoorganización en la formación y desarrollo de los sistemas y de la tendencia a la autorregulación es destacado por J. ESTEVE PARDO, en *Autorregulación...*, op. cit., p. 31.

¹⁷² La ubicación en estos concretos ámbitos es destacada por M. FROTA, en “Autorregulación: ventajas e inconvenientes”, *Estudios sobre Consumo*, n.º 24, 1992, p. 33, cuando sostiene que: “La autorregulación, así como la autodisciplina, recobra tanto los aspectos inherentes a la conformación de reglas en el ámbito de una actividad empresarial o profesional (autorregulación *tout court*) como en lo que concierne a una pluralidad de actividades (autorregulación interprofesional)”.

¹⁷³ En efecto, según su caracterización tradicional, la noción de “profesión” identifica la dedicación habitual a una determinada actividad, motivada por una cierta vocación, comporta el uso de la inteligencia humana, requiere un cierto grado de aprendizaje y sitúa a quien la realiza ante una posición de especial conocimiento de una concreta realidad. En este sentido amplio, pues, merecen el calificativo de “profesionales” tanto los obreros y empleados, como los empresarios, los técnicos y, naturalmente,

Sin embargo, no debe confundirse este uso coloquial del término con aquella actividad profesional que permite identificar la existencia de un subsistema experto. Sólo el dominio de unos conocimientos especializados, inaccesibles a otros grupos e incuestionables desde fuera, ponen de relieve la existencia de una racionalidad propia y constituyen la base de la autoridad técnica que se predica de los profesionales¹⁷⁴.

Desde esta perspectiva, los términos autorregulación y profesión pueden entenderse como complementarios el uno del otro. Así, los procedimientos técnicos a desarrollar, la determinación del correcto ejercicio de una actividad profesional, o sus límites éticos, son aspectos que forman parte de la tradición de cada saber social. Dicho de otro modo, puede definirse una actividad como profesión cuando concurren en ella unos conocimientos técnicos compartidos y una concepción ética común sobre los fines de tal actividad¹⁷⁵. Una profesión es, en este sentido, “una organización laboral humana capaz de autorregularse”¹⁷⁶. La extensión de estos conocimientos técnicos y de esta

quienes ejercen una profesión liberal. En el lenguaje habitual acostumbramos también a vincular a la noción algunas notas adicionales, como la vinculación a un grupo especializado (conjunto de personas que ejercen una determinada profesión) y el reconocimiento social de que tal grupo cumple una función concreta en el seno de la sociedad. Véase E. GÓMEZ ARBOLEDA, “Sociología de los grupos profesionales”, *Reis*, n.º 83, 1998, pp. 313 a 320.

¹⁷⁴ La autoridad, basada en una competencia técnica superior, es la que autoriza al profesional, por ejemplo, a dar órdenes y a imponer criterios dentro del ámbito de su competencia. Esta autoridad de los profesionales, predicable de su relación con los destinatarios de sus servicios o de su actividad, es incuestionable desde el exterior porque depende exclusivamente de las condiciones internas del subsistema funcional en el que se insertan. En este trabajo, se va a hacer referencia principalmente a los profesionales que poseen la calidad de expertos y que gozan, por tanto, de la autoridad que les confiere el dominio de unos conocimientos especializados.

Asumimos, en este sentido, la noción de experto y las consecuencias que atribuyen a dicha noción U. BECK, A. GIDDENS, y S. LASH en *Modernización reflexiva...*, op. cit., p. 109: “Un experto es cualquier individuo que puede reivindicar con éxito capacidades o tipos de conocimiento específicos que el profano no posee. Hay muchos estratos en el conocimiento experto, y lo que cuenta en una situación dada en la que se enfrentan experto y profano es el desequilibrio de las capacidades o información que –en un campo dado de acción– convierte a uno en “autoridad” con relación al otro”. En la misma línea podemos traer a colación aquí las palabras de H. G. GADAMER, en *La herencia de Europa*, Península, Barcelona, 1990, [*Das erbe Europas: beiträge*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, traducción de P. Giralt Gorina], p. 138: “Es inherente a la misma sociabilidad del ser humano recurrir al saber y a la experiencia de otro, en quien deposita su confianza porque le atribuye los conocimientos acertados. Aquí tiene su raíz el auténtico concepto de autoridad y con ello se pone de manifiesto la indispensabilidad de la autoridad en la estructura social”.

¹⁷⁵ Estos requisitos son especialmente puestos de manifiesto en los estudios de ética aplicada, en los que se señala que la existencia de una profesión exige, fundamentalmente: una conciencia colectiva de tal existencia, un corpus de teoría y de conocimiento transmisibles, un ideal social, unos estándares éticos y, normalmente, una organización formal que promueva sus intereses. Cuando existen solamente unos conocimientos compartidos, pero faltan los demás elementos, no existe la profesión como tal. Por todos, véase, A. CORTINA, *La ética de la sociedad civil*, op. cit.

¹⁷⁶ E. BONETE PERALES, “De la ética filosófica a la deontología periodística”, en E. Bonete Perales (Coord.), *Éticas de la información y deontologías del periodismo*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 49.

concepción ética a la práctica profesional, se produce, normalmente, a través de la autorregulación¹⁷⁷.

Desde una perspectiva histórica, puede constatarse que, en nuestro entorno jurídico, se ha producido un movimiento pendular en la relación existente entre la autorregulación y la ordenación de las profesiones.

En los Estados premodernos, la transmisión de los conocimientos profesionales se articulaba en torno al sistema gremial. Cada gremio establecía cuáles eran los procedimientos y técnicas más adecuadas para el ejercicio de una actividad, y regulaba, mediante sus estatutos, los modos de producción, las técnicas propias de la profesión y las relaciones de trabajo del concreto sector que se encontraba bajo su monopolio¹⁷⁸. Algunas profesiones, aquellas que gozan de mayor arraigo en el tiempo y que han sabido mantener su autoridad frente al control estatal, poseen todavía algunas características propias del sistema gremial. Por ello, en muchos casos, la autorregulación posee un marcado carácter consuetudinario. Los grupos profesionales, con independencia de la ordenación formal de su actividad, utilizan unas técnicas o aplican unos principios, y no otros, simplemente porque consideran vinculantes determinados usos y costumbres, o porque han acordado implícitamente que ciertos procedimientos u formas de actuación son los más adecuados para el desarrollo de una actividad que otros¹⁷⁹. La autovinculación de los profesionales a determinados principios o pautas de actuación da lugar al surgimiento de unas reglas que, según sus contenidos se conocen como “lex artis”, “especificaciones técnicas”, “normas deontológicas” o “buenas prácticas” de una profesión.

¹⁷⁷ Es característico de las profesiones un alto grado de autocontrol de la conducta, que se consigue mediante un código ético interiorizado, aprendido al mismo tiempo que los conocimientos técnicos y que es exigido por los propios profesionales a través de los colegios o asociaciones en las que se organizan. Con ello se logra un alto grado de socialización de los valores de la profesión. Sobre estos aspectos pueden consultarse las diversas aportaciones contenidas en el libro colectivo, *Ética de las profesiones*, (Coord. J. L. Fernández Fernández y A. Hortal Alonso), op. cit.

¹⁷⁸ Los gremios eran asociaciones profesionales que tenían como finalidades básicas la transmisión y reglamentación de los conocimientos propios de un oficio o profesión, la regulación de las relaciones de trabajo y el mantenimiento de un monopolio frente a terceros. Las características fundamentales de los gremios pueden sintetizarse en las siguientes notas: monopolio de un sector de la actividad económica, de modo que nadie podía ejercer un oficio sin pertenecer a un determinado gremio; y composición jerarquizada entre las categorías de maestro, oficial y aprendiz. Sobre ello pueden verse, entre otros: F. GALGANO, *Historia del derecho mercantil*, Laia, Barcelona, 1987, pp. 46 y ss.

La aparición de los Estados modernos comportó una transformación radical en el sistema de autorregulación profesional descrito. Son dos los hitos fundamentales que deben ser destacados en este proceso: la desaparición de los cuerpos intermedios; y la formación progresiva de una burocracia profesional. Ambos fenómenos explican el paso de un modelo autorregulativo a un modelo estatalizado de transmisión de los conocimientos, de formación de los expertos, y de ordenación de las profesiones.

El primero de ellos, la desaparición de los cuerpos intermedios -verdadero caballo de batalla de las revoluciones liberales-, no comportó, en realidad, la supresión de la autorregulación profesional, sino más bien una estatalización de la misma, una absorción de la autorregulación por parte del Estado. Con diversos grados de intensidad, según los países y las épocas¹⁸⁰, el Estado articuló un sistema de control de la autorregulación, mediante la creación de las estructuras públicas que hoy calificamos de Corporaciones de Derecho Público o, utilizando la expresiva versión alemana, de organismos de autoadministración (*Selbstverwaltung*). A grandes rasgos, puede afirmarse que la historia particular de las Corporaciones de Derecho Público en Europa (Universidades, Colegios profesionales, Cofradías de Pescadores, Cámaras Agrarias, o Cámaras de Comercio, Industria y Navegación) es también la historia de la lucha estatal por el control de la transmisión de los conocimientos y de la regulación del ejercicio de las actividades profesionales¹⁸¹.

El segundo fenómeno aludido, la creación de una burocracia profesional al servicio del Estado, tiene también mucho que ver, como demuestran sin lugar a dudas las aportaciones de Max Weber a esta realidad, en la estatalización de los conocimientos

¹⁷⁹ El carácter consuetudinario de las normas profesionales es destacado por A. PENNEAU, en *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, París, 1989, p. 215.

¹⁸⁰ Mientras que en países como Francia, Austria, Italia o España, el desarrollo de la sociedad civil se ha caracterizado, como regla general, por su articulación con el Estado, y por su escaso nivel de desarrollo al margen de éste, en otros países, como Alemania, se han mantenido siempre, en algunos ámbitos, espacios reservados a las asociaciones y cuerpos intermedios. En el ámbito anglosajón, ya lo hemos dicho antes, la autorregulación profesional a cargo de asociaciones privadas es un rasgo que se ha mantenido inalterado a lo largo de los años. Sobre ello puede verse M. TARRÉS, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, op. cit.

¹⁸¹ De entre la numerosa bibliografía que existe sobre las Corporaciones Públicas, la perspectiva histórica de estas instituciones se encuentra muy bien planteada, entre otras, en G. ARIÑO ORTIZ y J. M. SOUVIRON MORENILLA, *Constitución y Colegios profesionales*, Unión Editorial, Madrid, 1984; L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los Colegios profesionales*, Unión Profesional/Civitas, Madrid, 1998; S. DEL SAZ, *Los Colegios Profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996, y, destacadamente, M. REBOLLO PUIG, R. FALCÓN TELLA, y M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y régimen jurídico de las cofradías de pescadores*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996.

técnicos y en el proceso de formación de expertos¹⁸². La creación de cuerpos especializados para el ejercicio de las tareas que iba asumiendo el Estado hacía impensable, un siglo atrás, que existiesen ámbitos de intervención estatal en los que los conocimientos de los expertos privados pudiesen igualar los que poseían las burocracias estatales. Siguiendo el modelo francés de función pública cerrada, basada en la estructuración de los funcionarios en cuerpos jerarquizados y especializados -formados específicamente para la realización de las tareas administrativas que debían ejercer-, se crean los primeros Cuerpos de Ingeniería Civil: los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos (1834); los Ingenieros de Minas (1835); los Ingenieros de Montes (1846); y los Ingenieros Agrónomos (1955). A principios del siglo XX, por Real Decreto de 23 de marzo de 1911, se crea también el Cuerpo Nacional de Ingenieros Industriales, si bien la formación específica de las enseñanzas industriales y la intervención de estos ingenieros en la Administración data de fechas anteriores (1850)¹⁸³. La técnica queda, bajo estos presupuestos, fundamentalmente residenciada en el Estado. Es el Estado quien lleva a cabo, mediante sus ingenieros funcionarios, la regulación y el control de la técnica, que encuentra su traslado inmediato en normas jurídicas y actos administrativos que, amparados en la noción de policía, tienen por objeto garantizar la seguridad de los ciudadanos frente a los riesgos generados por el desarrollo industrial¹⁸⁴.

En la actualidad el panorama dista mucho de ser el mismo. El aumento de la complejidad de las funciones del Estado, junto con sus limitadas posibilidades económicas de aumentar el número y la preparación de los profesionales a su servicio, ha convertido la búsqueda de la colaboración de expertos privados en un imperativo de

¹⁸² Véase, por todos, M. WEBER, en *Economía y sociedad*. ..., op. cit.

¹⁸³ La relación entre las profesiones y el surgimiento de los cuerpos técnicos de la Administración, a través de las Escuelas Técnicas y Cuerpos funcionariales, se encuentra muy bien explicada, entre otros, en: J. ESTEVE PARDO, "El común origen del Derecho Administrativo y la ingeniería civil en el siglo XIX", en J. J. Gil Cremades, F. Nagore Laín, C. Seoane Vacas y G. Vicente Guerreiro (Eds.), *La configuración jurídico-política del Estado liberal en España. Actas del Congreso en Commemoración del Segundo Centenario del Nacimiento de D. Alejandro Oliván (1796-1996)*, 1996, pp. 124 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, L. PAREJO ALFONSO, y E. RUILOBA SANTANA, *La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*, IEAL, Madrid, 1983; y A. NIETO GARCÍA, *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 371 y ss.

¹⁸⁴ La existencia y la proliferación de reglamentos independientes en la actuación administrativa de policía relacionada con el control de riesgos frente a la técnica deriva, en gran medida, de la monopolización de los conocimientos técnicos por parte de la Administración, frente a las limitaciones de conocimiento del Parlamento en estos aspectos.

toda actuación pública¹⁸⁵. Curiosamente, sin embargo, estos conocimientos no se buscan en los Colegios Profesionales. Debe tenerse presente, en este sentido, el desarrollo de profesiones no integradas en Colegios, el surgimiento de actividades profesionales más especializadas dentro de cada Colegio profesional, la existencia de profesiones que se ejercen fuera de las fronteras estatales, y la aparición de asociaciones profesionales privadas¹⁸⁶. Es constatable que el saber técnico evoluciona en el seno de programas de investigación y desarrollo dentro de grandes empresas -o, a veces, de Universidades, pero en colaboración con grandes empresas-. El desarrollo del asociacionismo profesional y la mayor especialización de nuestros tiempos ha propiciado que la transmisión de los conocimientos prácticos, la técnica aplicada y la ética aplicada, tenga lugar a través de estos grupos y no de los Colegios profesionales o de otras Corporaciones –como las Universidades¹⁸⁷-.

Los modos de intercambio del conocimiento también han evolucionado con el transcurso de los años. Cada vez queda más lejos el carácter consuetudinario de la transferencia de saberes que, debido al ritmo imparable de los avances científicos y tecnológicos, son permanentemente sometidos a revisión. Por este motivo, tales avances, así como los acuerdos sobre los procedimientos y métodos para su aplicación, se encuentran cada día más formalizados. Con ello, muchas de las reglas propias de una

¹⁸⁵ Un estudio completo sobre los ámbitos en los que incide la colaboración de expertos privados en la actividad administrativa y los principales problemas que ello plantea en nuestra disciplina puede encontrarse en A. SEIDEL, *Privater Sachverstand...*, op. cit.

¹⁸⁶ Puede pensarse en las profesiones relacionadas con el deporte, las medicinas alternativas, el medio ambiente, la publicidad y los medios de comunicación, las auditorías de cuentas, el sector bancario y financiero, o los mercados de valores o de seguros. Puede consultarse el estudio, elaborado por la *Commission Droit et Vie des Affaires de la Faculté de Droit, Le droit des normes professionnelles et techniques*, Université de Liège, Bruylant, Bruxelles, 1986, en el que se destaca el imparable desarrollo de organizaciones profesionales privadas, con normas deontológicas propias, en los sectores bancario, financiero y de los profesionales del mercado de seguros. También cabría incluir, en esta línea de reflexiones, por un lado, a los ingenieros, científicos y técnicos al servicio de la industria y de las grandes empresas -y las asociaciones, nacionales e internacionales, que los representan- y, por otro, a las asociaciones internacionales que agrupan profesionales, integrados o no, en sus respectivos países, en colegios profesionales –pueden citarse, entre muchos otros la Asociación Médica Mundial o la Federación Internacional de Contables-

¹⁸⁷ El alejamiento entre el saber técnico y las Universidades es puesto de manifiesto por J. ORTEGA y GASSET, en *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*, Revista de Occidente/Alianza, Madrid, 1982, pp. 14-15, cuando afirma que en las Universidades “ni siquiera se habla de técnica –es más, se hizo constitutivo de la Universidad el ser el cuerpo docente que excluye de sí la técnica, dejándola centrifugada y como relegada a aquellas escuelas especiales. Parece implicar esto la convicción de que la técnica afecta a servicios particulares y secundarios de la vida en que, ciertamente por fuerza, tienen que ocuparse algunos hombres pero que no atañen al hombre como tal. Los conflictos que hoy la técnica produce en las sociedades humanas, nacidos paradójicamente de la superabundancia de su propia eficiencia van haciendo caer en la cuenta a los más ciegos de la morbosa lejanía a que la Universidad ha quedado del destino humano, es decir, de la vida real”.

determinada especialidad profesional se encuentran por escrito. Cuando existe un consenso generalizado sobre su validez dentro del subsistema experto en el que se generan, dichas reglas adquieren, en cierto modo, carácter vinculante. Cuanto más organizado esté el grupo o subsistema profesional, más se aproxima este consenso a un acuerdo jurídico. Piénsese, por ejemplo, en las asociaciones de los profesionales de la publicidad o de los medios de comunicación, que incorporan en sus estatutos o normas internas algunos de los acuerdos sobre el modo correcto de ejercicio de su profesión.

En cualquier caso, la plasmación documental de los conocimientos técnicos, en forma de códigos, normas técnicas o protocolos de actuación, facilita la relación entre el subsistema profesional y el subsistema jurídico. Es así como los estatutos de una sociedad pueden establecer la obligatoriedad de un código de conducta, o un contrato puede establecer la obligatoriedad de una norma técnica. Los resultados de la autorregulación se convierten, de este modo, en Derecho de formación negocial que proviene de las fórmulas organizativas propias de la sociedad civil. Estos mecanismos de relación entre sistemas, que operan ya con normalidad en el campo del derecho privado, se han extendido también al campo del derecho público mediante las referencias legales al estado de la técnica o las remisiones legales y reglamentarias a normas técnicas. Se producen, así, conexiones, cada vez más frecuentes, entre el ordenamiento jurídico general y los resultados de la autorregulación generados en los subsistemas técnicos (normas técnicas, remisiones al estado de la técnica), en los subsistemas éticos (integración de conceptos derivados de la autorreflexión ética) o en los subsistemas profesionales y las empresas (referencias normativas a la “lex artis” o a las buenas prácticas).

Para acabar con estas someras consideraciones sobre las relaciones entre la autorregulación y la profesionalización, resta sólo introducir una distinción, muy habitual aún entre nosotros -y que afecta, fundamentalmente a los instrumentos de autorregulación-, entre “profesionales” y “técnicos”. Normalmente se califica de “lex artis” a los conocimientos exigibles a los “profesionales” y de “normas técnicas” a los procedimientos que debe seguir un “técnico” en el ejercicio de su actividad¹⁸⁸. Ambos

¹⁸⁸ “Normalmente”, aunque no siempre, porque en el ejercicio de algunas profesiones, como la de los auditores de cuentas, o los auditores y verificadores ambientales, las normas técnicas regulan tanto

tipos de normas se distinguirían también por su relación con una ciencia inexacta o exacta, respectivamente, y por hacer referencia a una obligación de hacer o a una obligación de resultado¹⁸⁹. Cuando las pautas de conducta, los modos de hacer típicos de una determinada actividad profesional o técnica, se recogen por escrito, suele hablarse de “protocolos” o de normas de “buenas prácticas”. De los profesionales se predica su sumisión, no solo a la “lex artis”, a las buenas prácticas o a los protocolos, sino también a los “códigos deontológicos” y los “códigos éticos”¹⁹⁰. Este tipo de normas no pone tanto de manifiesto la complejidad técnica de una determinada actividad como su complejidad ética. Una complejidad ética que varía y aumenta al paso de los avances técnicos y la evolución de los valores morales de la sociedad¹⁹¹, y que explica la incesante proliferación de este tipo de instrumentos¹⁹².

los requisitos para el ejercicio de la profesión, el régimen de incompatibilidades, como los procedimientos estrictamente técnicos de realización de su actividad.

¹⁸⁹ L. MORELL OCAÑA, en “Deontología de los quehaceres sanitarios: Códigos de buenas prácticas y “lex artis””, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 184, 2000, pp. 95 a 108, analiza las diferencias existentes entre las normas técnicas y la “lex artis”, realizando afirmaciones como las que aquí se transcriben: “En la *lex artis*, la jurisprudencia resalta la nota de que se refiere a una *ciencia inexacta* (...). La certidumbre de las reglas técnicas deriva de que, conocidos los ingredientes del caso, puede aplicarse la norma establecida con carácter general para todos los supuestos generales. Estaríamos, entonces, ante lo que la jurisprudencia pudiera considerar una *ciencia exacta* (...). La diferencia entre la *lex artis* y las normas técnicas radica en el *alto grado de incertidumbre sobre los resultados* a alcanzar, frente a la certeza del resultado al aplicarse una norma técnica como regla general”. Más adelante sostiene: “La obligación profesional no es, pues, una obligación de *resultado*. Sin embargo, este resultado es la clave de la dinámica de los saberes y las Reglamentaciones estrictamente técnicas”.

¹⁹⁰ La “lex artis”, igual que las normas técnicas, los protocolos o las buenas prácticas, tienen por objeto la definición de los medios que permiten cumplir correctamente los fines perseguidos por una actividad profesional. Las normas deontológicas, en cambio, dicen relación con la conformidad de determinados comportamientos con los objetivos y los principios propios de la organización social de una profesión: Y. HANNEQUART, “Les normes deontologiques et leurs caracteres spécifiques”, en *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Université de Liège, Bruylant, Bruxelles, 1986, p. 293.

¹⁹¹ En el campo de la medicina, por ejemplo, puede observarse que determinados comportamientos que en otras épocas se hubiesen considerado contrarios a la moral social (como la práctica del aborto), son hoy mayoritariamente aceptados. Por otro lado, los avances en el campo de la biomedicina, por ejemplo, enfrentan a los profesionales médicos ante cuestiones éticas antaño impensables. Vid. R. MARTIN MATEO, *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987. También la especialización laboral, la propia evolución de las profesiones y su grado de incidencia en la sociedad hacen surgir conflictos éticos donde en otros momentos no eran visibles.

¹⁹² Aunque algunas profesiones liberales disponen de códigos éticos desde hace mucho tiempo, éstos son cada vez más frecuentes en muchas otras actividades: códigos de ayuda humanitaria, de enfermería, de partidos políticos, de investigación aplicada, etc. Como muestra de ello, y para hacerse una idea aproximada de la tendencia actual a poner de manifiesto la necesidad de acentuar los compromisos éticos de un ámbito abanico de actividades sociales pueden verse, entre otros, los siguientes artículos, cuyos títulos son ya de por sí significativos: ALLRED, G. K.: “Ética para la comunidad topográfica mundial”, *Topografía y Cartografía: Revista del Colegio oficial de Ingenieros Técnicos en Topografía*, vol. 16, n.º 99, 1999, p. 58 a 67; BARROSO ASENJO, P.: “La ética en la cibernética”, *Sociedad y Utopía*, n.º 9, 1997, p. 307; BRONCANO, F.: “Técnica y valores. El imperativo moral del ingeniero”, *Sociedad y Utopía*, n.º 9, 1997, p. 255 a 275; MARTIN HERRERO, J. A.: “Comportamiento profesional y ética en el trabajo de campo”, *Demófilo. Revista de cultura tradicional de Andalucía*, n.º 33-34, 2000, pp. 294 a 317; MARTÍNEZ DE ANTOÑANA, R., y AUGUSTO LANDA, J. M.: “Reflexiones sobre ética y Trabajo social”, *RTS. Revista de Trabajo Social*, n.º 146, 1997, pp. 88 a 93. SUAREZ, C.;

Sin embargo, no es cierto que todos los documentos que se califican como “códigos éticos” digan relación con valores ni tampoco que todos los códigos deontológicos se ciñan exclusivamente a las cuestiones éticas. Se califican como códigos éticos documentos privados que contienen normas destinadas, por ejemplo, a regular los principios de organización de una empresa¹⁹³. Los códigos deontológicos son documentos que recogen un conjunto más o menos amplio de criterios, normas y valores que formulan y asumen quienes llevan a cabo una actividad profesional. Las normas deontológicas normalmente se refieren a las relaciones entre los profesionales y los terceros. Con ellas se persigue el establecimiento de normas y pautas de conducta que tiendan a garantizar una actuación honesta en interés de quienes demandan los servicios profesionales y de la propia colectividad o corporación profesional. Naturalmente, incorporan pautas de comportamiento de carácter ético, pero también reglas pertenecientes al saber profesional. Se trata, ante todo, de principios y criterios de selección de opciones o respuestas posibles, ante cada problema planteado. En relación con todo ello resulta evidente que, cuanto mayor sea la responsabilidad social de una profesión, y las consecuencias de su ejercicio para los derechos individuales, mayor será la vinculación existente entre el interés público y la autorregulación profesional.

B) La profesionalización de la gestión empresarial en el nuevo marco transnacional.

También la gestión empresarial constituye, hoy en día, un campo específico que requiere un elevado grado de especialización. Los empresarios y los directivos son, cada vez más, técnicos y profesionales¹⁹⁴. La toma final de decisiones empresariales no

GARCÍA, M.; LUKE, R., y LANDAZURS, B.: “Código deontológico en psicología del trabajo y de las organizaciones”, *Papeles del Psicólogo*, n.º 57, 1993, pp. 44 a 46.

¹⁹³ Se trata de los también conocidos como “Códigos de buen gobierno” de las sociedades mercantiles. Sobre el contenido de los mismos y su relación con la ética, puede verse M. OLIVENCIA, “Reglas de conducta de los consejeros y funcionamiento de los Consejos de Administración”, *Anales de la Academia Matritense de Notariado*, Tomo XXXVIII, 1998, p. 344 y ss.

¹⁹⁴ Los estudios de sociología han dado a conocer los rasgos de las burocracias empresariales, caracterizadas por sus conocimientos especializados, y por unos sistemas en los que la selección y el ascenso se basan en la formación, la experiencia y el rendimiento. Este rasgo de la gestión empresarial, deriva del elevado grado de organización y de institucionalización alcanzado por las empresas. En palabras de A. CORTINA, *La ética de la empresa*, Trotta, Madrid, 1994, p. 90: “En el moderno capitalismo industrial lo decisivo es el aumento de la organización industrial: la empresa comienza a ser gobernada por la estructura administrativa, que acabará siendo la dirección. La organización se convierte en fuente dominante de poder, reemplazando a la propiedad”. Las características de las organizaciones empresariales, su evolución y su relación actual con la teoría de sistemas y la profesionalización, son analizadas por T. PARSONS, *Estructura y proceso en las sociedades modernas*, op. cit., pp. 116 y ss.

depende ya de un solo individuo, sino de grupos especializados de trabajo, dotados de la capacidad técnica y la información necesaria para responder a las demandas de la sociedad industrial contemporánea¹⁹⁵.

Desde otro punto de vista, las empresas son también organizaciones que poseen una enorme capacidad de influencia, un poder específico en el conjunto de la sociedad, incluso de la estructuración misma de la sociedad y del Estado¹⁹⁶. Correlativamente al poder que ostentan, las empresas deben buscar también argumentos justificadores de dicho poder. La búsqueda de criterios de legitimación al poder empresarial ha dado lugar a la asunción de su responsabilidad social. En otras palabras, la responsabilidad social de las empresas es la respuesta que ofrecen estas organizaciones al cuestionamiento sobre la legitimidad del poder que ejercen¹⁹⁷.

Ello comporta un notable aumento de la complejidad ética de las empresas, puesto que la incorporación de determinados fines públicos -protección de los trabajadores, protección del medio ambiente, protección de la salud-, entre los fines de la organización empresarial puede resultar contradictorio con el criterio tradicional de maximización del beneficio empresarial. Este enfoque en la gestión empresarial se ha visto potenciado por los análisis de ética aplicada, que ponen de manifiesto el importantísimo papel que juegan las empresas en la sociedad y, al mismo tiempo, el beneficio que obtienen de responder adecuadamente a lo que se espera de ellas. El

¹⁹⁵ “En la empresa moderna la decisión no es producto de un individuo, sino de grupos: Los grupos son numerosos, tan frecuentemente formales como informales, y sometidos siempre a un cambio constante de composición. Cada uno de ellos contiene individuos que poseen la información y el acceso a ella en la medida en que interesa para la decisión en curso [...] de este modo actúan eficazmente en asuntos inabarcables para un solo individuo”: J. K. GALBRAITH, *El capitalismo americano*, Barcelona, 1971, p. 84, citado por J. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Tecnología y sociedad de masas (La trayectoria histórica más reciente”, *Sociedad y Utopía*, n.º 9, 1997, pp. 77-78.

¹⁹⁶ Las empresas, su capacidad de liderazgo en la aplicación y desarrollo de las nuevas tecnologías, se erigen en uno de los principales elementos conformadores de la nueva sociedad, que es una sociedad “tecnocrática” y “programada”. La estructura empresarial se trasvasa y se encarna en las estructuras sociales y también en las estructuras políticas. Las *sociedades tecnocráticas*, según A. TOURAINE, en *La sociedad postindustrial*, Barcelona, 1973, p. 41, [en una cita que tomamos de J. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Tecnología y sociedad de masas...”, op. cit., p. 77]: “Manifiestan un “contexto de racionalización” colectiva y progresiva que afecta incluso a los Estados; su estructura económica aparece liderada por grandes empresas que, impelidas por la necesidad de planificación, se ven igualmente abocadas a las exigencias de una organización a gran escala; y culminan este proceso de racionalización y organización autoidentificándose y potenciándose como *sociedades industriales contemporáneas*”.

¹⁹⁷ Como señalan R. LAUFER Y A. BURLAUD, en *Dirección pública: gestión y legitimidad*, op. cit., p. 31: “La búsqueda de fundamentos nuevos para un sistema de legitimidad de la empresa es desde hace tiempo una práctica habitual”.

resultado es la proliferación de códigos de ética empresarial¹⁹⁸. En esta línea, las organizaciones empresariales vienen desarrollando, sus propios procesos de autorregulación ética, que se añade a la autorregulación técnica propia de su actividad¹⁹⁹. Por estas razones, son aplicables al ámbito empresarial la mayor parte de las reflexiones desarrolladas en el epígrafe anterior. Sin embargo, la autorregulación relacionada con la gestión empresarial tiene algunas particularidades destacables.

La primera de ellas se relaciona con la cobertura jurídica e institucional, la forma específica que adopta la autorregulación de este subsistema social: la empresa. Efectivamente, una empresa es una organización de capital y trabajo que tiene por objeto la prestación de bienes y servicios al mercado a cambio de la obtención de beneficios económicos. Pero, ante todo, una empresa es una institución que se identifica con un ordenamiento jurídico privado –el derivado de sus estatutos y reglamentos internos- y con un poder privado, también reconocido jurídicamente –el poder empresarial-.

En segundo lugar, la gestión empresarial está directamente relacionada con el ejercicio de un derecho fundamental: la libertad de empresa. Los poderes públicos deben limitar su injerencia en este ámbito a las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Por ello, a diferencia de lo ocurrido en el campo de la

¹⁹⁸ El discurso de quienes defienden e intentan potenciar la ética empresarial podría resumirse del siguiente modo. El papel de las empresas no consiste en la maximización de los beneficios económicos a corto plazo, sino en la satisfacción de necesidades humanas con calidad, creando riqueza. Esto no niega el derecho de los accionistas a un rendimiento justo ni tampoco la responsabilidad fiduciaria de los directivos con respecto a los accionistas. Sólo indica que dichos derechos y responsabilidades tienen lugar en un contexto social más amplio y que la lógica estricta del beneficio como fin exclusivo deslegitima la empresa. Las empresas tienen una responsabilidad social, y esta responsabilidad no es una mera carga sino una parte integrante de sus fines esenciales. De ahí que las empresas deban atender las necesidades y ser equitativas con sus accionistas e inversores, pero también con sus trabajadores, sus clientes, sus proveedores y con la sociedad en general. Al mismo tiempo, la consideración de la empresa como institución impone que este proceso de socialización de las empresas sea posible solamente en su seno y desde dentro, esto es, mediante la autorregulación. La perspectiva institucional contempla la organización como un conjunto social que encarna unos valores que han de impregnar toda su actividad, porque son los valores capaces de conseguir la identificación de los miembros de la organización. Sobre todo ello, A. CORTINA, *La ética de la empresa*, op. cit.

¹⁹⁹ Como señala J. M. LOZANO, *Ètica i empresa*, Proa, Barcelona, 1997, p. 131: “(...) *la responsabilitat social de l’empresa és una resposta, entre d’altres possibles, al reconeixement previ del poder que tenen en la nostra societat empreses i organitzacions*. El punt de partida, per tant, no és la reflexió pura, sino la realitat del poder. En darrer terme, *no hem d’oblidar que una ètica de responsabilitat és –certament- conseqüencialista, però que l’atenció a les conseqüències de l’acció inclou la comprensió del poder de qui actua. Una de les coses que configura l’especificitat de tota ètica de responsabilitat és, justament, l’atenció a les conseqüències derivades de l’exercici del poder*”. (La cursiva es del texto original)

transmisión de los conocimientos profesionales, los procedimientos, las técnicas y las reglas que acompañan la gestión empresarial no han salido nunca del ámbito de la sociedad. Los poderes públicos, en su actividad de regulación del mercado no han penetrado, tradicionalmente, el umbral de la puerta de las empresas²⁰⁰.

Otras particularidades de la autorregulación en el seno de las empresas son consecuencia de algunos de los problemas que, en los últimos años, se vienen planteando en el interior de éstas y que tienen que ver con el aumento de su complejidad técnica, organizativa y ética.

El incremento de la complejidad técnica y organizativa de las empresas pone de manifiesto la necesidad de establecer sistemas coherentes de autorregulación que permitan controlar los riesgos tecnológicos generados por los propios procesos de producción, e imponer a los empleados el cumplimiento de los objetivos marcados por la propiedad y por la dirección, de acuerdo con los criterios y técnicas más adecuados. Aparecen así reglamentos internos, manuales de buenas prácticas, descripciones escritas de las relaciones de producción, protocolos de actuación y de seguimiento de la actividad empresarial, o sistemas de control y gestión de riesgos.

La separación entre propiedad y dirección, derivada también de la complejidad organizativa, constituye otro problema digno de mención. El aumento del número de empresas que se nutren de inversores anónimos, a través de su cotización en bolsa, y la consiguiente necesidad de ofrecer confianza a estos inversores, da lugar a la aparición de Códigos de buen gobierno o normas internas que intentan garantizar la transparencia de la gestión. Es necesario, pues, encontrar criterios de legitimación de quienes, dentro de una empresa, ejercen determinado poder. Dichos criterios se basan en su profesionalización y en la confianza.

²⁰⁰ Los poderes públicos han creado o han asumido la gestión de empresas; han marcado algunas directrices que éstas deberían seguir; han establecido un complicado sistema de límites, prohibiciones y controles que afecta a la apertura de tales establecimientos o a sus posibles efectos sobre la salud, la seguridad o el medio ambiente; pero hasta ahora no se han planteado incidir en las interioridades de la gestión empresarial. Sólo recientemente se ha reparado en los efectos que puede tener dicha gestión en la consecución de fines públicos.

3. La expansión de la función estatal de garante a ámbitos no regulados por el Derecho.

Acabamos de señalar que las interioridades de una empresa, sus técnicas de producción, los procesos internos de control de calidad de esta producción, los medios utilizados para la distribución de sus productos, sus campañas de marketing y publicidad, o la información ofrecida al público, son aspectos de la gestión empresarial que tradicionalmente no se han considerado relevantes para el Derecho público. Lo mismo cabe decir de los protocolos de actuación y los métodos propios de las investigaciones científicas y de sus aplicaciones técnicas, que tienen lugar en el seno de laboratorios privados, industrias, centros de investigación, o asociaciones que agrupan expertos en una determinada materia. En general, los procesos de aplicación técnica de los conocimientos científicos, incluso en ámbitos de elevado interés social, como el de la medicina, son aspectos no regulados por el Derecho. Ello no significa que los sujetos que operan en estos subsistemas no estén sometidos a unas pautas, que son consideradas obligatorias o vinculantes, con base en la autoridad científica de quien las establece. Decimos, sólo, que su obligatoriedad, por regla general, no viene impuesta jurídicamente.

La ausencia de intervención jurídica en las interioridades de los subsistemas técnicos es también trasladable a las consideraciones éticas de tales subsistemas. El Derecho impone, ciertamente, obligaciones generales, y concretos deberes, con una destacable carga ética. En la mayoría de los casos las formulaciones jurídicas adoptan la forma de prohibiciones o de objetivos, pero no llegan a regular las pautas positivas de actuación de los individuos²⁰¹. La autonomía y la libertad de los mismos les permite un

²⁰¹ Por poner un ejemplo, es paradigmático, en este sentido, el artículo 9 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las actividades de radiodifusión televisiva [Ley que ha sido modificada parcialmente por la Ley 22/1999, de 7 de junio]. Según este precepto, se considera ilícita la publicidad por televisión “que fomente comportamiento perjudiciales para la salud o la seguridad de las personas o para la protección del medio ambiente; atente al debido respeto a la dignidad humana o a las convicciones religiosas y políticas; o discrimine por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión, o cualquier otra circunstancia personal o social. Igualmente será ilícita la publicidad que incite a la violencia o a comportamientos antisociales, que apele al miedo o a la superstición o que pueda fomentar abusos, imprudencias, negligencias o conductas agresivas. Tendrá la misma consideración la publicidad que incite a la crueldad o al maltrato de personas o animales, o a la destrucción de bienes culturales o naturales”.

amplio margen de acción, dentro del cual también cabe, por su puesto, la autorregulación ética.

Ocurre, sin embargo, que, cuando se ha advertido, en algunos casos debido a grandes catástrofes, que estos procesos -su correcta o incorrecta aplicación, esto es lo de menos- constituyen un peligro real para la vida, la salud, la seguridad o la dignidad de las personas o, incluso, para la supervivencia de las generaciones futuras, se ha producido un cambio radical en la relación entre el Estado y estos subsistemas. Parece necesario, ahora, intervenir de algún modo en los contenidos que transmiten los medios de comunicación, en el desarrollo de la biología, la manipulación genética, la aplicación de la medicina, las tecnologías aplicadas a la industria e, incluso, en los mismos procesos industriales. La respuesta de los subsistemas sociales ante esta vocación reguladora de los poderes públicos es unánime: ellos mismos se autorregulan. Y es cierto. Lo que cabe preguntarse es si esta autorregulación es suficiente y cuál puede ser la estrategia del Estado, en caso contrario, para garantizar que lo sea.

A) *El universo técnico y sus riesgos.*

Unos años atrás –unos siglos, incluso-, la misma ciencia no era consciente de las repercusiones que podría tener su propio desarrollo, ni podía prever tampoco el impacto de sus aplicaciones técnicas en los procesos más elementales de la vida –su incidencia en los modos de nacer y de morir, su capacidad de mejorar la salud de las personas, pero también su capacidad para limitar las posibilidades de supervivencia de las generaciones futuras-. Durante mucho tiempo, y ello constituye uno de los rasgos de la modernidad, la ciencia no ha sido cuestionada. Es más, no solamente se ha impulsado su desarrollo, sino que también se ha tomado como un modelo de racionalidad, que debía extenderse a todos los ámbitos de conocimiento.

Esta fe en la ciencia, su impulso, estrechamente ligado a los procesos de innovación tecnológica, ha sido, como es sobradamente conocido, el principal factor de crecimiento de la sociedad industrial²⁰². Las estrategias diseñadas por especialistas

²⁰² J. HABERMAS, en *Ciencia y técnica como ideología*, Tecnos, Madrid, 1999, [*Technik und Wissenschaft als "Ideologie"*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1968], p. 81, pone de relieve que la interdependencia entre investigación y técnica, convierte a la ciencia en la primera fuerza

económicos, técnicos y científicos han condicionado, y siguen condicionando, las formas de producción y las formas de vida de los individuos en la sociedad²⁰³. Con ello, puede afirmarse que uno de los rasgos que caracterizan la sociedad contemporánea es, sin duda, el dominio en ella de la ciencia, y de la estructura artificial creada sobre la naturaleza por parte de los productos de esta ciencia, la técnica y la tecnología²⁰⁴.

Este predominio, la introducción hegemónica de la tecnocultura en la sociedad, ha tenido un doble efecto. Por una parte, la función pública de protección de la seguridad, pensada para evitar y reprimir conductas contrarias al ordenamiento jurídico, se ha transformado en una función de gestión de riesgos derivados, en muchos casos, de actividades completamente legales. La asunción por parte del Estado de nuevas funciones relacionadas con el control de los riesgos y con el enjuiciamiento de la contradicción entre un valor tecnológico y otros valores -como la conservación del medio ambiente, el equilibrio regional o la estabilidad social-, le obliga a intervenir en ámbitos tradicionalmente exentos de cualquier control público²⁰⁵. Por otra parte, y frente a ello, se ha producido una tecnificación de este tipo de cuestiones, en la medida en que su resolución se ha venido confiando, en buena parte, a estrategias elaboradas por expertos. Ello pone de relieve el importante papel de los expertos, de sujetos privados, en definitiva, no legitimados democráticamente para tomar decisiones que afectan a la sociedad, en el proceso de desarrollo de las tecnologías²⁰⁶. Estos mismos sujetos deben buscar también otros criterios de legitimación al poder que ejercen, y ello da lugar a una autorregulación de contenido ético, basada en el principio de

productiva. Y añade: “el progreso científico y el progreso técnico han quedado asociados y se alimentan mutuamente. Con la investigación industrial a gran escala, la ciencia, la técnica y la revalorización del capital confluyen en un único sistema” (p. 86). Por su parte, M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado...*, op. cit., p. 70: “El principal factor de crecimiento en la sociedad industrial desarrollada lo constituye la innovación, es decir, la aplicación constante de novedades técnicas al proceso productivo. (...) La innovación ya no depende del azar de un invento, sino que es previamente buscada y definida a través de la organización planificada de la investigación y el desarrollo. De este modo –y al revés de lo que sucedía en otras épocas–, se acortan extraordinariamente los plazos entre un descubrimiento científico, su aplicación técnica y su conversión en producto”.

²⁰³ Los alimentos que ingerimos, los medios de transporte -que nos permiten desplazarnos en el espacio cada vez en menos tiempo-, las opciones y los medios de trabajo, las posibilidades de elegir el cuanto y el cómo de nuestra descendencia, son aspectos que dependen de estas estrategias.

²⁰⁴ Ponen el acento en estos aspectos U. BECK, *La sociedad del riesgo...*, op. cit.; y J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho...*, op. cit.

²⁰⁵ M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado...*, op. cit., p. 71.

²⁰⁶ Esta tendencia es duramente criticada por X. ARBÓS y S. GINER, en *La gobernabilidad...*, op. cit., p. 80, que defienden que “es necesario enfrentarse a la invasión tecnológica mediante una repolitización del ámbito ocupado por los expertos”. En la misma línea, J. HABERMAS, *Ciencia y técnica como ideología*, op. cit., pp. 48 y ss.; y U. BECK, *La sociedad del riesgo...*, op. cit., p. 20.

responsabilidad²⁰⁷. Surgen, así, dentro de la propia ciencia, grupos de trabajo, con nuevos enfoques analíticos, que se preocupan de las pautas de generación de tecnologías y del impacto de las mismas en la sociedad²⁰⁸. Algunas de las conclusiones de estos grupos de trabajo, y el decidido interés de los poderes públicos para distribuir adecuadamente las responsabilidades en materia de producción y eliminación de riesgos, están abriendo camino a nuevos equilibrios.

En esta línea, puede observarse que, en la actualidad, cuando se acusa a la ciencia de sus repercusiones negativas -los desastres ecológicos, por ejemplo-, esta se defiende mediante tres argumentos²⁰⁹: un argumento, que ha sido desacreditado inmediatamente, basado en la neutralidad de la ciencia²¹⁰; un argumento basado en la autoridad científica, esto es, en la previsibilidad o imprevisibilidad de dichos desastres en función de los conocimientos disponibles por la propia ciencia; y un argumento basado en la imposibilidad de responsabilizar únicamente a la ciencia del uso que hacen de la misma las empresas, las industrias o los poderes públicos.

²⁰⁷ Sobre los fundamentos ético-filosóficos del principio de responsabilidad véase: K. O. APEL, *Una ética de la responsabilidad en la era de la ciencia*, Almagesto, Buenos Aires, 1992; y H. JONAS, *El principio de responsabilidad...*, op. cit.

²⁰⁸ A. E. PÉREZ LUÑO, en *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*, Fundesco, Madrid, 1987, p. 21-22, pone de manifiesto que “tras la crisis de conciencia producida al concluir la Segunda guerra mundial, en los físicos atómicos, que en impresionante testimonio de Oppenheim “habían conocido el pecado”, se han multiplicado las declaraciones y los esfuerzos de los científicos en pro de un enjuiciamiento responsable de la tecnología, que no puede dissociarse de la utilización a la que se destine. El actual proceso de rehabilitación de la racionalidad práctica puede interpretarse como una llamada de atención sobre la necesidad de someter las distintas formas de progreso tecnológico a un justiprecio ético”. Sobre este proceso, véanse J. L. LUJÁN y L. MORENO, “El cambio tecnológico en las ciencias sociales: el estado de la cuestión”, *Reis*, n.º 74, 1996, pp. 127 a 160; F. ARASA, “La ciencia y la técnica ante la ética”, en: F. Arasa (Dir.): *La ciencia y la técnica ante la ética y el Derecho*, Fundación Letamendi-Forns, Barcelona, 1988; y M. I. GONZÁLEZ GARCÍA, J. A. LÓPEZ CERREZO, y J. L. LUJÁN LÓPEZ, *Ciencia, tecnología y sociedad. Una introducción al estudio social de la ciencia y la tecnología*, Colección Ventana Abierta, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 57 y ss.

²⁰⁹ Estos tres argumentos son recogidos por H. G. GADAMER, en *La herencia de Europa*, op. cit.

²¹⁰ Este argumento ha sido criticado con acierto por M. I. GONZÁLEZ GARCÍA, J. A. LÓPEZ CERREZO, y J. L. LUJÁN LÓPEZ, en *Ciencia, tecnología y sociedad...*, op. cit., pp. 130, cuando afirman que: “La tecnología, lejos de ser neutral, refleja los planes, propósitos y valores de nuestra sociedad. Hacer tecnología es, sin duda, hacer política y, puesto que la política es un asunto de interés general, deberíamos tener la oportunidad de decidir qué tipo de tecnología deseamos. Mantener que la tecnología es políticamente neutral favorece la intervención de “expertos” que deciden lo que es correcto basándose en una evaluación “objetiva” e impide, a su vez, la participación democrática en la discusión sobre el diseño de la innovación tecnológica”.

Desde otros planteamientos, también se refiere a la neutralidad de la ciencia H. JONAS, en *El principio de responsabilidad...*, op. cit., p. 29. Según este autor, es cierto que durante mucho tiempo la responsabilidad del hombre frente a la técnica era inexistente: “el entero dominio de la *techne* era, a excepción de la medicina, éticamente neutro”. En la actualidad, en cambio, la propia dinámica de la ciencia y la técnica, caracterizada por la desvinculación entre los fines inmediatos de la investigación y

La reacción de los poderes públicos frente a ello toma una doble dirección, acorde con los dos últimos argumentos científicos. Por un lado, se limita la responsabilidad de quienes aplican nuevas tecnologías en los procesos de producción a los conocimientos disponibles en el momento de la implantación de tales procesos²¹¹; por otro, se impone, a los profesionales, a la industria y a las empresas, la obligación de demostrar constantemente que están adoptando todas las medidas necesarias para evitar que su actividad produzca daños a la salud de las personas o al medio ambiente²¹². La compartición de responsabilidades, la prevención y la precaución son, así, los principios que pretenden imponerse frente a unos riesgos que deben administrarse colectivamente

sus consecuencias y por la conversión del mundo real en un experimento, las transforma en una cuestión éticamente relevante.

²¹¹ En este sentido, se ha implantado, mediante la Directiva 83/374, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, una cláusula de exoneración basada en lo que se han denominado “riesgos de desarrollo”. Son riesgos del desarrollo los causados por un defecto de un producto que no era reconocible a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de su comercialización. En concreto, según el artículo 7 c) de la mencionada Directiva, “el productor no será responsable si prueba: e) que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto”. Esta cláusula ha sido introducida a nuestro ordenamiento mediante la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, y parece que tiende a extenderse a otros ámbitos. Comentar proyecto de ley sobre daños ambientales? Comentar la aplicación de esta cláusula al ámbito de la responsabilidad administrativa?

²¹² En líneas generales, el Estado está renunciando progresivamente a concretar los requisitos que debe cumplir la industria para garantizar unos niveles aceptables de seguridad aunque, como contrapartida, se reserva la facultad de controlar que es la propia industria quien se encarga de hacerlo. Se establecen normativamente, eso sí, cuáles deben ser estos niveles. Pero los industriales deben probar que los cumplen a través de los medios que consideren técnicamente más adecuados. Constituye una prueba privilegiada, en este sentido, la certificación privada del cumplimiento de las normas técnicas –normas de voluntario cumplimiento aprobadas por organismos privados de normalización- aplicables al sector. Las líneas generales de esta política se sentaron por la Unión Europea en la Resolución 85/C/136/81, de 7 de mayo de 1985, relativa a la nueva aproximación en materia de armonización y de normalización, que sentaba las bases de un “nuevo enfoque” comunitario en materia de armonización técnica; y, en España, la Ley 21/1992, de Industria y el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento para la calidad y la seguridad industrial, se encargan de trasponer y concretar los principios establecidos en dicha Resolución.

La industria debe responsabilizarse también de aplicar las mejores tecnologías disponibles en materia de eliminación de residuos, o de disminución de emisiones a la atmósfera, estando las licencias administrativas condicionadas a la posible evolución de tales tecnologías. Esta técnica viene impuesta, entre otras, por la Directiva 84/360/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1984, relativa a la lucha contra la contaminación atmosférica procedente de las instalaciones industriales; la Directiva 92/112/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1992, por la que se fija el régimen de armonización de los programas de reducción, con vistas a la supresión, de la contaminación producida por los residuos de la industria del dióxido de titanio; y la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación. En fin, también se fomenta, mediante las técnicas previstas en el Real Decreto 85/1996, de 25 de enero, que establece las normas para la aplicación del Reglamento (CEE) 1836/93, del Consejo, que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales. En definitiva, la industria se encuentra en una posición mucho más firme, frente a posibles responsabilidades y frente a previsibles intervenciones públicas, si se autorregula.

y que, en algunos casos, entrañan la probabilidad de catástrofes no probabilizables, irreversibles y no indemnizables²¹³.

Ello nos remite a los ámbitos donde se aplican los conocimientos científicos, los ámbitos dominados por los técnicos y los profesionales de la sanidad, los profesionales que aplican nuevas tecnologías en la elaboración de productos, manipulan la alimentación o intentan mejorar la producción industrial, por poner sólo algunos ejemplos. Los procesos de autorregulación que siempre han tenido lugar en el seno de estos subsistemas, tienden ahora a acentuarse y a documentarse. De este modo, se plasma en un texto la técnica o las técnicas más adecuadas para la realización de una actividad (protocolos, códigos y manuales de buenas prácticas), o para la elaboración de un producto (normas técnicas). También se documentan los controles que se realizan, a través de autocertificaciones o certificaciones por terceros. Con ello se produce un importante giro en relación con la responsabilidad de la ciencia. Si estas normas de autorregulación se fundamentan en la autoridad científica de quienes las han elaborado, y tales normas han sido aplicadas correctamente, sólo podrá probarse la responsabilidad de quien ha hecho un uso correcto de las mismas cuestionando la mencionada autoridad científica –lo cual es, en muchos casos, imposible-. A los efectos de este estudio es importante constatar que, gracias a la autorregulación, los poderes públicos obtienen una información privilegiada de las interioridades de los subsistemas técnicos, que les permite comprobar su adecuación a los objetivos públicos propuestos y les permite también ejercer, de un modo más racional, sus funciones y responsabilidades. Se observa, en definitiva, que el cumplimiento de las reglas técnicas, en las que los poderes públicos no habían reparado, permite garantizar los bienes más preciados para nuestra sociedad. Es por ello que el Estado, en su función de garante de tales bienes, fomenta,

²¹³ Recogemos en este sentido las aportaciones de R. RAMOS TORRE, en “Prometeo y las flores del mal: el problema del riesgo en la sociología contemporánea”, *Globalización, riesgo, reflexividad...*, op. cit., pp. 268 y ss. Según este autor, cuando los riesgos son colectivos, son administrables en función del principio de prevención, cuya expresión jurídico-política es la aseguración generalizada. Cuando, por el contrario, los riesgos no afectan a individuos aislados ni a categorías sociales o bienes asegurables, sino que entrañan la probabilidad de catástrofes no probabilizables, irreversibles y no indemnizables, entonces surge, como virtud, el principio de precaución. Este principio dicta limitaciones o prohibiciones a la acción en función del temor de daños que no son científicamente determinables ni medibles y sin quedar a la espera de que logren serlo. El principio de precaución informa ya, aunque sea en forma incipiente, aspectos de la legislación y la jurisprudencia relativos al medio ambiente. Sobre ello Ramos Torres nos remite, entre otros, a los siguientes trabajos: F. EWALD, “Philosophie de la précaution”, *L'Année Sociologique*, n.º 46, 1996, pp. 383 y ss.; O. GODARD, (Ed.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, De la Maison des Sciences de

regula e incluso impone su cumplimiento, extendiendo así su intervención hasta límites insospechados.

B) La ética aplicada.

El ámbito de la ética aplicada también se circunscribe, por regla general, a un marco escasamente intervenido por el Derecho. En paralelo al desarrollo del positivismo jurídico, el Derecho se vio liberado, en el plano estrictamente teórico, de su vinculación a planteamientos religiosos y morales. Esto sólo significaba que conceptualmente no se requería la positivización de ciertos valores morales, tenidos por objetivos, para estar en presencia de un orden jurídico. Con ello tampoco se tenía la obligación de responder a un determinado proyecto ético²¹⁴. El Derecho es válido, o no, en virtud de

l'Homme, París, 1997; G. MONDELO, et altri: *Principe de précaution et industrie*, l'Harmattan, París, 1998; y H. JONAS, *El principio de responsabilidad...*, op. cit.

²¹⁴ La separación de Derecho y moral es consecuencia, para las explicaciones con un enfoque marcadamente histórico, de la secularización de la sociedad, que es uno de los rasgos que acompaña a la modernidad. El mundo deja de ser teleológicamente interpretable, de modo que el Derecho debe constituirse autónomamente. Como afirma A. OLLERO, *Derecho y sociedad. Dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Editora Nacional, Madrid, 1973, p. 101, recogiendo las aportaciones de N. LUHMANN [“Positives Recht und Ideologie”, en *Soziologische Aufklärung*, Köln, 1970]: “Es el fluir histórico, por tanto, el que exige sustituir la tradición jurídico-ética por otra conceptual-sistémica. La separación de Derecho y moral es consecuencia típica del desarrollo civilizatorio, hasta el punto de que sólo por un prejuicio cabe ligar la conducta jurídicamente regulada a un conocimiento o justicia verdaderos.”

La separación entre la moral y el Derecho, como dos esferas independientes y no subordinadas la una a la otra, ha venido de la mano de las aportaciones de H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, traducida al español por J. R. Carrió con el título, *El concepto del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977; J. RAWLS, *Theory of Justice*, Belnap Press, Cambridge, Mass, 1971, traducido como *Teoría de la justicia*, CE, México, 1979; y, entre nosotros, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo”, *RAP*, n.º 40, 1963, pp. 189 y ss. Esta concepción se ha mantenido esencialmente inalterada, a pesar de las consecuencias que puede acarrear su aplicación estricta, como señaló en su momento la doctrina alemana, que fue la que se enfrentó con mayor crudeza a las mismas.

Por su expresividad, y por su significación histórica, queremos traer a colación unas pocas líneas de la *Teoría de Estado* de Herman HELLER, que fueron publicadas por primera vez en 1934 [tomamos la cita de la versión española, editada en 1947, op. cit., p. 247]: “Así, la norma fundamental kelseniana, que lleva en sí “potencialmente todas las posibles variaciones de su contenido normativo”, nos remite al arbitro del legislador real, libre de todo vínculo jurídico-moral, y llega, de esta suerte también, en último término, a la identificación de derecho y fuerza y a la afirmación de que todo Estado es Estado de Derecho. La conformidad de un acto estatal con la ley y de ésta con la constitución jurídico-positiva o con la constitución hipotética “lógico-normativa”, sólo puede constituir la base de una legalidad, nunca de una legitimidad justificadora”. Estas afirmaciones contradecían abiertamente las de Carl SCHMITT, defendidas en su *Verfassungslehre* en 1928. Según este autor [Teoría de la Constitución, Alianza, Madrid, 1983, traducción de F. Ayala]: “Una Constitución es legítima –esto es, reconocida, no sólo como situación de hecho, sino también como ordenación jurídica- cuando la fuerza y autoridad del Poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida (...) No necesita justificarse en una norma ética o jurídica; tiene su sentido en la existencia política”.

consideraciones distintas a las relacionadas con su contenido²¹⁵. Frente a ello, y como complemento, la ruptura con el tradicionalismo religioso, también propia de la modernidad, ha limitado a la esfera individual la responsabilidad de poseer un código moral propio, unos referentes éticos que pueden ser tomados, o no, de la religión²¹⁶.

El impulso del positivismo y del individualismo ético, sin embargo, no impiden reconocer, por un lado, que el Derecho incorpora unos principios generales que son socialmente reconocidos como valores éticamente positivos²¹⁷ y, por otro, que la sociedad desarrolla, más allá del individuo, sus propios procesos de autorregulación ética²¹⁸.

En lo que se refiere a este último aspecto, es paradigmático el papel que juegan las profesiones -como subsistema social altamente institucionalizado-, en el desarrollo de los valores y las pautas a seguir en el ejercicio de una actividad socialmente relevante

²¹⁵ Nos referimos, básicamente, a la idea de validez jurídica como legalidad propia de la imagen kelseniana de cadena de validez. Son normas válidas las que se crean conforme a los requisitos exigidos por otras normas válidas. Esta cadena finaliza en el presupuesto lógico-trascendental de la *Grundnorm*, que constituye la hipótesis cognoscitiva primera de validez. Véase H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960 [*Teoría Pura del Derecho*, traducción de R. Vernengo, UNAM, México, 1979].

²¹⁶ La denominada “destradicionalización”, como rasgo propio de la modernidad, el desarrollo del individualismo ético, y sus principales consecuencias, son analizadas con detalle en diversas de las aportaciones al libro colectivo de R. RAMOS TORRE Y F. GARCÍA SELGAS (Eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad...*, op. cit.; y, en especial, en la aportación de A. ARIÑO VILLAROYA, “Como lágrimas en la lluvia. El estatus de la tradición en la modernidad avanzada”.

²¹⁷ Según D. GRACIA, en “La relación entre la Bioética y el Derecho”, en *Derecho Biomédico y Bioética*, Comares, Granada, 1999, p. 167: “El Estado toma sobre sí unas funciones éticas específicas, las de fijar y defender los mínimos exigibles a todos por igual en el campo de las relaciones interhumanas; el Estado se convierte en garante de la integridad física, la no-discriminación social y la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos, y para ello no tiene más remedio que convertir estos principios, que por definición son éticos, en ley positiva”.

Parecen en este sentido totalmente acertadas las reflexiones introducidas por G. ALPA, en “Derecho Público “y” Derecho privado. Una discusión abierta”, *RDP*, 1999, p. 35. El desarrollo de nuevas tecnologías, los problemas planteados por la bioética, por ejemplo, abren la puerta a una nueva dimensión a la problemática sobre los valores, de la que los juristas no pueden ni abstraerse ni abstenerse: “Esta simple consideración es compartida por todos los juristas: desde los que pertenecen a la corriente iusnaturalista, que erige como bandera propia el conjunto de valores prejurídicos sobre los cuales predica que se debe fundar el Ordenamiento jurídico, a los que pertenecen a la corriente iusformalista, que ignora los valores prejurídicos, pero sabe que los valores jurídicos están impregnados de opciones éticas, económicas y sociales; y los que pertenecen a la corriente iusrealista, según la cual la interpretación y la aplicación de la ley procede conforme a lógicas individualistas/subjetivistas, apelando el intérprete supuestos valores, atribuidos a la colectividad de que se erige en garante e intérprete”.

²¹⁸ En palabras de J. M. LOZANO, *Ètica i empresa*, op., cit., p. 301: “En un món en canvi, on la complexitat és el resultat, alhora, de la interdependència i de la diversitat inabastable, forma part de les exigències de l'acció humana establir autorreguladament el marc de referència des del qual es comprèn i es constitueix a si mateixa, atès que ja no és donat de manera estable i compartida per un context social homogeni o per uns referents axiològics acceptats i assumits com a evidents i immutables”.

y funcionalmente diferenciada²¹⁹. Quienes han analizado el universo profesional han puesto de manifiesto que la existencia de una profesión implica, no solamente el dominio de unos conocimientos, sino también el reconocimiento de unos valores compartidos²²⁰. La definición de estos valores, sin embargo, se ha producido de forma muy distinta en el sistema continental y en el sistema anglosajón.

En el sistema continental, la ética profesional ha sido dominada parcialmente por el Derecho, puesto que éste ha atribuido a una organización pública, en la que deben integrarse obligatoriamente todos los individuos que ejercen una determinada profesión, la fijación de las conductas éticamente reprobables dentro de la misma, y el control de su cumplimiento. Estamos hablando, claro está, de los Colegios profesionales²²¹. Esta opción legislativa -junto con la monopolización del poder de los Colegios por determinados grupos, y la progresiva disociación entre los Colegios existentes y las especialidades profesionales que surgen en el mercado-, ha provocado un cierto alejamiento de los individuos que ejercen las profesiones y los “valores” o “principios morales” que se les “imponen” desde las Corporaciones de Derecho Público. Esta tendencia se ha visto agravada por la confusión, no superada por la doctrina administrativista ni por la jurisprudencia, entre la potestad sancionadora de la Administración y su potestad disciplinaria.

²¹⁹ La autorregulación profesional no es, ni mucho menos, un fenómeno nuevo. Ya en 1897 Emile Durkheim, ponía de relieve la incapacidad del Estado para regular lo que él llamaba la “vida profesional” y proponía el desarrollo de una normativa no estatal para cubrir este ámbito. Tomamos las aportaciones de este autor de X. ARBÓS, “La crisis de la regulación estatal”, op. cit., p. 261, el cual nos remite a algunos de los autores que defienden un Derecho no estatal, basado en la autorregulación de los contenidos técnicos y éticos de las profesiones [E. DURKHEIM, *Le suicide*, PUF, París, 1960, pp. 437-437 -la primera edición es de 1897-; y M. CROZIER, *État modeste, État moderne. Stratégie pour un autre changement*, Fayard, París, 1987, Caps. 5 y 6].

²²⁰ Coinciden en la necesidad de una ética (o de un código ético) profesional como requisito para calificar una determinada actividad como profesión: J. GONZÁLEZ, “Las profesiones en la sociedad corporativa”; y A. HORTAL, “Ética y tecnificación de las profesiones”, en sus respectivas aportaciones a la obra *Ética de las profesiones*, (Coords. J. L. Fernández Fernández y A. Hortal Alonso), op. cit., pp. 26 y ss.; y p. 207.

²²¹ Como puede advertirse, entendemos que los Colegios Profesionales son Administración pública y crean Derecho objetivo por atribución legal. No se trata, pues, a nuestro entender, de sujetos privados que ejercen, por delegación, funciones públicas. Es cierto que la base social de cada Colegio es un dato que nos permite afirmar que la regulación de las profesiones está en manos, fundamentalmente, de los propios profesionales; pero no en su condición de sujetos privados que se autorregulan, sino en su calidad de representantes de un sector al que el ordenamiento jurídico ha atribuido directamente un espacio de autonomía jurídico-pública que se encuentra, por ello, limitada y delimitada por expresa voluntad del legislador. En el Capítulo Cuarto de este trabajo analizaremos con más detalle estos aspectos, con el objeto de distinguir la autorregulación que puede aparecer en el seno de corporaciones de Derecho Público de sus manifestaciones reguladoras tradicionales.

En el sistema anglosajón, en cambio, el *ethos* de la profesión no se encuentra definido jurídicamente. La ética de cada grupo profesional es fruto de la propia reflexión de dicho grupo, que normalmente adquiere la forma jurídica de asociación profesional. En el seno de tales asociaciones se buscan y se actualizan constantemente los “fines de la profesión” y los “deberes” de la misma²²².

En la actualidad, el modelo anglosajón está influenciando notablemente el modo de entender la ética profesional también en nuestro entorno. La pérdida de credibilidad y la falta de confianza en el Estado se extienden también a su organización corporativa y, desde ella, se abren las puertas a la autorregulación social. En este sentido, se está abriendo camino a una línea de reflexión, dentro de la misma sociedad, que pone de relieve la voluntad de estas corporaciones de desvincularse del egoísmo corporativo y apostar por un profesionalismo responsable²²³. La misma noción de responsabilidad explica el desarrollo de una ética empresarial y una ética específica de la función pública²²⁴. Los estudios de ética aplicada destacan que son los profesionales, y no el Derecho, quienes deben sacar a la luz los fines específicos de su actividad y desentrañar luego qué principios de conducta permitirán alcanzarlos y qué valores y hábitos es preciso incorporar para llegar a ellos²²⁵. La diversificación de las profesiones y el aumento de su complejidad impone la necesidad de incorporar una nueva cultura, basada en el aprendizaje y el desarrollo de una ética que responda a la autorreflexión y, en definitiva, a la autorregulación²²⁶. Como consecuencia de ello, es cada vez más

²²² J. L. VELARDE, y P. ARREBOLA NACLE, en *Estudios de ética farmacéutica*, Doce Calles, Madrid, 1999, p. 52, ponen de relieve que, frente a la consagración de los códigos profesionales aprobados por los Colegios como fuente del Derecho, “en el ámbito anglosajón, estos “códigos de ética” no han salido del ámbito de las organizaciones profesionales y no han necesitado el reforzamiento del Derecho positivo”.

²²³ En lo que atañe a las nuevas líneas de reflexión relacionadas con el profesionalismo, pueden consultarse, a título de ejemplo, los debates y aportaciones que tienen lugar en el “Foro de las profesiones sanitarias”: <http://www.fdps.org>. En ellas se rechaza la interpretación “corporativista” del profesionalismo (autoprotección, promoción de los intereses propios, espíritu gremial excluyente, búsqueda de poder, prestigio y beneficios), y se aboga por un ejercicio profesional éticamente responsable, acorde con las demandas sociales y basado en la autorregulación.

²²⁴ La aparición de este fenómeno en el ámbito de las empresas, los medios de comunicación y la función pública ha sido destacado, entre otros, por A. CORTINA, *La ética de la sociedad civil*, op. cit.

²²⁵ Un exponente de esta línea de reflexiones se encuentra en A. CORTINA, *La ética de la sociedad civil*, op. cit., y, de la misma autora, *La ética de la empresa*, op. cit.

²²⁶ En este orden de consideraciones, suscribimos totalmente las afirmaciones de J. M. LOZANO, *Ètica i empresa*, op. cit., p. 162: “hem d’anar en compte de no definir les professions des del supòsit que “el paradigma de les professions són els metges i els advocats”, i des del supòsit que ens trobem en societats culturalment estables on es comparteix una idea de la vida bona i del bé comú que permet situar i comprendre quina és l’aportació que hi fan determinades professions. És a dir, sense atendre a la diversitat professional de les societats avançades, on *les professions s’han diversificat i han*

frecuente que la autorregulación ética se desarrolle en el seno de las instituciones en las que los profesionales desempeñan su actividad –órganos de la Administración pública, hospitales, sociedades mercantiles, empresas, bufetes de abogados-, en organizaciones de tipo asociativo, más o menos formalizadas -asociaciones de profesionales o foros de debate en Internet-, o en asociaciones internacionales, que agrupan diversas especialidades profesionales. Incluso las profesiones organizadas en torno a Colegios profesionales empieza a ser habitual que, como complemento a la regulación de los derechos y deberes de los profesionales fijada en los correspondientes Estatutos de la profesión, se desarrolle una cierta actividad de autorregulación al margen de los cauces formales previstos legalmente. Algunos Colegios profesionales vienen aprobando códigos internos de conducta que no se integran en los Estatutos de tales Colegios y que regulan cuestiones éticas no contempladas en los Estatutos de la profesión²²⁷.

En la misma línea, es también significativo que una serie de profesiones, con larga tradición colegial en todo el continente europeo, desarrollen sus principales contenidos éticos en foros internacionales. Así sucede, por ejemplo, en el caso de las profesiones medicas²²⁸, las profesiones farmacéuticas²²⁹ e, incluso, en el ámbito de la

esdevingut més complexes (com la mateixa societat), de manera que, més que compartir un cos de valors preestablert, han d'aprendre a desenvolupar una autorregulació responsable en un context cultural d'incertesa i pluralisme i en un context organitzatiu". (La cursiva es del texto original)

²²⁷ Según la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, los derechos y deberes de los colegiados, así como su régimen disciplinario, vendrán establecidos en los Estatutos Generales de la profesión. Dichos Estatutos son elaborados por los Consejos Generales y aprobados por el Gobierno. Los Colegios pueden, asimismo, aprobar sus estatutos particulares para regular su funcionamiento. Los Estatutos particulares deberán ser aprobados por el Consejo General, siempre que estén de acuerdo con la Ley de Colegios Profesionales y con el Estatuto General de la profesión correspondiente (art. 6). Tradicionalmente han sido, pues, los Estatutos Generales, reglamentos en definitiva, los que han venido regulando las normas deontológicas en base a las que se ejerce la potestad disciplinaria colegial. Frente a la articulación jurídico-pública de la deontología profesional, algunos Colegios han venido aprobando códigos éticos de conducta, sin atribución legal expresa, sin seguir los cauces de aprobación previstos legalmente e, incluso, sin publicar oficialmente las normas contenidas en estos códigos. Véase: STS de 9 de julio de 2001; RJ 2001/8005 [recurso de casación núm. 2759/1997].

²²⁸ La evolución de los principios éticos de la profesión médica se ha producido en foros internacionales y, sólo con posterioridad, han sido adaptados en el ámbito estatal. Los análisis de ética aplicada a la medicina exponen, por ejemplo, la evolución que se ha producido en el principio supremo del juramento hipocrático –"favorecer y no perjudicar al paciente"-, mediante la aprobación del Código de Nuremberg de 1947, y la Declaración de la Asamblea Médica Mundial de Helsinki, sobre investigación biomédica con sujetos humanos, revisada en 1975 (Tokio), 1983 (Venecia) y 1989 (Hong Kong). Frente a la visión paternalista del ejercicio de la medicina en la que se inspiraba el citado juramento, las modificaciones introducidas al mismo han fijado, como principio básico de la actuación médica y de la experimentación, el consentimiento voluntario de los pacientes, transformado en la actualidad en el denominado "consentimiento informado". Este principio es recogido hoy en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, cuyo artículo 60, dedicado al "respeto a los postulados éticos", reza como sigue: "Los ensayos clínicos deberán realizarse en condiciones de respeto a los

abogacía, donde se tiende a la unificación de las normas deontológicas a nivel internacional²³⁰.

Este modelo asociativo de autorregulación ética se traslada también, y con más motivos, al ámbito de la industria, donde se aplican avances científicos de gran repercusión en la sociedad. Son los propios límites de la ciencia y de la técnica, es decir el desconocimiento que éstas tienen las consecuencias de su misma aplicación y utilización, los que abren la necesidad de una reflexión ética en su seno. Ahora no es necesario solamente aplicar las mejores tecnologías a un ámbito de actividad, sino tener en cuenta también su impacto social, las consecuencias futuras de su utilización y reflexionar sobre ellas antes de aplicarlas²³¹.

derechos fundamentales de la persona y a los postulados éticos que afectan a la investigación biomédica en la que resultan afectados seres humanos, siguiendo a estos efectos los contenidos de la declaración de Helsinki y sucesivas declaraciones que actualicen los referidos postulados”. También incorporan este principio el Convenio del Consejo de Europa relativo a los derechos humanos y la biomedicina, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de noviembre de 1996 y firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997; y el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, que exige el consentimiento del interesado en toda intervención, médica o de investigación, hasta el punto de que sin su consentimiento no puede llevarse a cabo intervención alguna, aunque de ello se derive la muerte. Esta información puede ampliarse con la lectura de: J. MÉJICA, (Coord.), *Bioética práctica. Legislación y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2000; y J. R. AMOR, I. FERRANDO, y J. RUIZ, (Eds.), *Ética y gestión sanitaria*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000; R. MARTIN MATEO, en *Bioética y Derecho*, op. cit., también da noticia de la existencia de diversos Comités éticos, en el ámbito europeo, con una gran influencia a nivel internacional: la Comisión Warnock en Inglaterra, el Consejo Australiano de Investigaciones Médicas, el Grupo de trabajo sobre la fertilización in Vitro y la Comisión Informativa sobre Cuestiones de Ingeniería Genética, ambas en la Alemania; y el Comité Consultif National d'Étique francés.

²²⁹ J. L. VELARDE, y P. ARREBOLA NACLE, P.: *Estudios de ética farmacéutica*, op. cit., pp. 23 y ss., informan sobre la existencia de la Federación Internacional de Industria de Medicamentos (FIIM), que es una organización no gubernamental que agrupa asociaciones de la industria Farmacéutica de 51 países de todo el mundo. La FIIM recomienda la aplicación del “Código FIIM de normas de comercialización de productos farmacéuticos, aprobado en Ginebra en 1987. También opera a nivel supraestatal la Federación Europea de Asociaciones de la Industria Farmacéutica (EFPIA), que representa a las asociaciones nacionales de 16 países europeos que fabrican medicamentos. Esta Federación ha elaborado el Código de Buenas Prácticas para la promoción de Medicamentos.

²³⁰ J. M. MARTÍNEZ DEL VAL, en *Ética en la abogacía*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 27 y ss., destaca, al respecto, la importancia de los trabajos de la “International Bar Association” (IBA), y de la Comisión Consultative des Bureaux Européens (BCBE).

²³¹ H. JONAS, en *El principio de responsabilidad...*, op. cit., p. 34, señala que son las consecuencias futuras e imprevisibles de la aplicación del saber las que imponen a la ética la función de “dar instrucciones a la cada vez más necesaria autovigilancia de nuestro desmesurado poder”. Por su parte J. R. CAPELLA, en “Modernitat i progrés”, *Perspectives de la modernitat avançada*, (Dir. X. Arbós y A. Castiñeira), Centre d'Estudis de Temes Contemporanis/Enciclopedia Catalana, Barcelona, 1994, p. 154, señala que, en el ámbito científico, la transmisión de conocimientos ya adquiridos y los modos de enfrentarse a situaciones conocidas pierde importancia frente a la cuestión de la capacidad de enfrentarse a hechos sin precedentes y a situaciones desconocidas. En una línea parecida, S. GINER, S., y S. SARASA, (Eds.), en *Buen gobierno y política social*, op. cit., p. 208, ponen el acento en la carga moral derivada de las posibilidades de elección que ofrece la ciencia.

La reflexión ética de la propia ciencia es importante, porque los científicos son conscientes de sus limitaciones, más que los legos. Con ello no queremos decir que la reflexión ética de la propia ciencia, o la de los profesionales, deba sustituir la reflexión social sobre estos temas. Es obvio que, como señala Gadamer, cuando los descubrimientos científicos y técnicos afectan a decisiones políticas y a medios de comunicación, existe también una responsabilidad de estos otros subsistemas, y debe haber una participación de la sociedad en las reflexiones éticas²³². Ahora bien, entendemos que, del mismo modo en que se ha insistido durante varios siglos en la libertad de la ciencia, en la libertad de las profesiones, o en la libertad de los medios de comunicación, es hora ya de hacerlo también en su responsabilidad, de modo que la autorregulación ética, la autorreflexión, compense el poder, casi ilimitado, que se deriva de su monopolio en el ámbito de la técnica y del mercado. Así, para establecer los límites al desarrollo, se propugna una autolimitación de la libertad y un reforzamiento de la autodisciplina²³³.

Ante un modelo de sociedad acostumbrada a esperar todo del Estado, parece que se impone una nueva cultura de la responsabilidad social. Más en concreto, la responsabilidad de los particulares en la función de garantía de la seguridad debe ser exigida allí donde son ellos los que generan los riesgos que deben ser evitados por el Estado. En otras palabras, la responsabilidad social es exigible allí donde ciertos subsistemas sociales –la ciencia, la industria o el mercado–, son los principales causantes de los problemas que debe resolver el Estado, y son, al mismo tiempo, quienes están en posesión de los medios para evitar tales problemas. A este tipo de responsabilidad se invoca cuando se alude a la autorregulación que debe complementar o sustituir la regulación estatal de policía. De nuevo se constata que el cumplimiento de las normas éticas permite garantizar los bienes que son puestos en peligro por el ejercicio de determinadas actividades privadas. Así pues, el Estado, en su función de garante de tales bienes, fomenta, regula e incluso impone su cumplimiento, produciéndose una clara vinculación entre la ética y el Derecho.

²³² H. G. GADAMER, *La herencia de Europa*, op. cit.

²³³ Así, H. JONAS, en *El principio de responsabilidad...*, op. cit., p. 72.

4. La nueva sensibilidad social.

Hemos comprobado que la industria, la ciencia, la técnica, y las profesiones se autorregulan. La constatación, por parte de estos subsistemas sociales, de su imparable crecimiento, la autorreflexión sobre sus potencialidades y sus peligros, conduce derechamente a su automoderación²³⁴. Sería posible deducir de esta tendencia la formación de un mundo ideal, en el que los subsistemas se autorresponsabilizarían de velar por los bienes que ellos mismos ponen en peligro²³⁵. Ello nos devolvería, ciertamente, a un modelo de autorregulación similar al que se desprende del ideal liberal. Sin necesidad de intervención estatal, las empresas, las industrias, la ciencia y las profesiones, mediante la autorregulación, conseguirían la materialización de todos aquellos valores que, con más de un siglo de vida, no ha sido capaz de hacer realidad el Estado social. Un sistema así no resulta creíble²³⁶. Con algo de pragmatismo, pueden encontrarse motivaciones muy diversas en el interés de los subsistemas sociales mencionados por autorregularse.

²³⁴ No podemos pasar por alto las agudas reflexiones de J. ESTEVE PARDO, vertidas en su trabajo, *Autorregulación...*, op. cit., pp. 23 y 24, donde se establece un paralelismo entre el poder del que gozaban los monarcas absolutos, desvinculado de las leyes *-rex legibus solutus -*, con el poder que poseen hoy las organizaciones que venimos analizando, y que le permiten hablar de una *societas legibus soluta*. Este autor señala que, del mismo modo en que, en su momento, el poder del monarca supo en muchos casos automoderarse cuando se apeló a la idea de *prudentia civilis*, los poderes surgidos en el seno de la sociedad están ahora comenzando a ser conscientes de sus posibles excesos y disfunciones, si actúan de manera desordenada e irresponsable. “De ahí que se vaya reconociendo la necesidad de que quienes actúan y, de una forma u otra, adoptan decisiones que pueden tener una gran trascendencia lo hagan de manera responsable y prudente: una nueva “*prudentia civilis*” parece reivindicarse, pero no, como antaño, para la autolimitación del poder del monarca, de los poderes públicos en definitiva, sino que ahora se pretende controlar y moderar con ella el poder que ha surgido en el propio seno de la sociedad y el sector privado. Una prudencia que lleva derechamente a la automoderación, al autocontrol y, por supuesto, a la autorregulación en muchos casos”.

²³⁵ J. ESTEVE PARDO, en *Autorregulación...*, op. cit., pp. 36-37, sostiene, no sin cierta ironía: “Si atendiésemos a las pretensiones autorreguladoras de cada uno de esos grupos o sectores estaríamos dibujando un mundo ideal desde la perspectiva de cada uno pero del todo inadmisibles en su conjunto, al menos en la pretensión de los autorreguladores de extender a ese conjunto sus propias y unilaterales determinaciones. Un mundo en el que la industria contaminante, en régimen de autorregulación, fijaría los límites de la contaminación y las medidas preventivas, correctoras y represivas en su caso; en el que sólo las empresas de la comunicación, autorregulándose, cuidarían de que su programación no tuviera efectos negativos sobre la juventud y la infancia aunque ello supusiera una disminución de la audiencia y de sus ingresos publicitarios; también las empresas de telefonía móvil se cuidarían mucho de abusar de clientes juveniles, estableciendo normas que restringieran su utilización innecesaria; promoverían estas empresas programas de investigación para detectar posibles riesgos por la presencia de campos magnéticos en los oídos de sus clientes y de detectarse algún riesgo adoptarían medidas tajantes al respecto; la industria del automóvil se cuidaría también de los problemas y riesgos que generan los vehículos controlando y restringiendo su utilización y recomendando la de la bicicleta; las empresas dedicadas a los juegos de azar velarían por la protección de los ludópatas; la banca se autorregularía y fijaría unas condiciones muy favorables, y sobre todo transparentes, de sus operaciones”.

²³⁶ También se posiciona claramente en este sentido J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación...*, op. cit., p. 40.

La autorregulación puede desarrollarse por motivos simplemente prácticos. Así, una autorregulación de contenido meramente técnico puede surgir de la necesidad de conocer y mejorar las tecnologías para ser más competitivo en el mercado, o incluso, de la necesidad de armonizar los procesos de producción con el fin de facilitar la intercambiabilidad de los productos. La autorregulación ética, por su parte, puede tener su origen en la autorresponsabilidad y en la convicción de los profesionales de la necesidad de obrar correctamente²³⁷.

Sin embargo, la autorregulación puede desarrollarse también por otros motivos: para lograr valores externos tales como el dinero, la fama o el poder -porque se conoce de antemano que estas serán también consecuencias de una actitud formalmente más responsable-; o, lo que también es habitual, para evitar una regulación estatal -porque los autorreguladores temen que la misma será más severa o porque pretenden aprovechar la autorregulación para introducir ventajas frente a los competidores-²³⁸.

En todo caso parece que las principales motivaciones de la autorregulación está relacionadas con la presión que ejercen la sociedad y los poderes públicos frente a quienes se autorregulan y con el propio interés de los autorreguladores. La sociedad -o, más en concreto, los individuos, en su rol de consumidores, o de personas comprometidas con los derechos sociales y con el medio ambiente-, no tolera ya que las empresas respondan sólo a la lógica de los mercados, que los profesionales se escuden

²³⁷ Una autorregulación ética basada en la intencionalidad del acto respondería a la concepción kantiana de la deontología, según la cual la aplicación de los deberes o imperativos categóricos no depende de los fines que se consigan con su aplicación, sino que se fundamentan en la intencionalidad del acto. La base de la ética kantiana se encuentra en el siguiente principio básico: “Obra siempre de acuerdo con aquella máxima que al mismo tiempo desees que se convierta en ley universal”. Sobre las aportaciones de Immanuel Kant se ha consultado J. HABERMAS, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta, Madrid, 2000, [*Erläuterungen zur Diskursethik*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1991], pp. 60 y ss.

²³⁸ En el ámbito de la publicidad -donde la autorregulación ética está directamente relacionada con la necesidad de los anunciantes, las agencias de publicidad y los medios que difunden los anuncios, de ganarse la confianza de los consumidores-; en el ámbito de los medios de comunicación -que buscan, mediante la aprobación de códigos éticos y la creación de figuras internas de control, el respeto de sus audiencias-; o en el ámbito de las empresas -que se dotan de códigos de conducta para mejorar su imagen en el mercado-, la búsqueda de valores externos en la autorregulación ética está especialmente presente. En cierto modo, la deontología que tiene lugar en estos ámbitos estaría relacionada con la concepción utilitarista de la misma proveniente de Bentham. Este autor considera que la deontología se debe basar en el principio de utilidad, lo cual significa que los actos buenos o malos de los hombres sólo se explican en función de la felicidad o bienestar que puedan aportar. Las perversiones a las que puede conducir la aplicación de los principios de la ética utilitarista son manifiestas, cuando predomina, en la autorregulación ética, el interés de los autorreguladores. Para adentrarse en la posición de Bentham sobre

en su autoridad técnica para eludir responsabilidades, o que la ciencia no tome en consideración bienes altamente valorados, como la libertad, la vida humana, o los recursos naturales²³⁹.

Los medios de comunicación se erigen en transmisores privilegiados de estas demandas de la sociedad, y difunden, con gran rapidez, los riesgos, los daños, y los dilemas éticos que tienen lugar en el seno de los subsistemas expertos. En respuesta a esta presión, que responde a una nueva sensibilidad social, a un nuevo orden de valores, utiliza el Estado sus recursos de poder. Los poderes públicos se cuidan de endurecer los mecanismos de responsabilidad de las empresas que no cumplen con estas demandas sociales, mediante el establecimiento de sistemas de responsabilidad objetiva, o acudiendo, cada vez con mayor frecuencia, a la penalización de las conductas contrarias al citado orden de valores. La extensión del Derecho penal, su “administrativización”, en suma, que se manifiesta en la tipificación de delitos que tienen por objeto la protección de ciertos bienes colectivos, es una clara muestra de ello²⁴⁰.

Esta presión externa permite sostener que nunca hasta ahora había adquirido tanta relevancia la opinión pública en el ámbito, por ejemplo, de la gestión empresarial²⁴¹. No le falta razón a quien sostiene que, como consecuencia de los riesgos tecnológicos, la opinión pública acaba gobernando el destino de la economía: “Empresas que, durante mucho tiempo, de acuerdo con las normas de la economía de

la deontología véase F. VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, *Fundamentos de ética informativa*, Forja, Madrid, 1983.

²³⁹ Así lo pone de relieve M. A. SÁNCHEZ, “Ética, organización y formación”, *Reis*, n.º 77-78, 1997, pp. 185 a 196.

²⁴⁰ J. M. SILVA SÁNCHEZ, en *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., pp. 130 y ss., utiliza diversos argumentos para confirmar esta “administrativización” del Derecho penal que poseen relevancia para nuestro estudio. El primer argumento deriva de la traslación al Derecho penal del “modo de razonar propio del Derecho Administrativo sancionador”, de forma que éste “se convierte en un Derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales”. La gestión de los riesgos es, precisamente, uno de los principales objetivos de este nuevo Derecho penal. La tipificación los delitos contra el medio ambiente, o contra la salud y la seguridad de los consumidores y usuarios son un ejemplo de ello. En segundo argumento dice relación con la inclusión de la actividad administrativa en si misma considerada entre los bienes protegidos por el Derecho penal, compensándose la actividad preventiva de la Administración, a través de sus funciones de inspección y supervisión, con la tipificación de las conductas que comporten una desobediencia a la autoridad que ejerce tales funciones.

²⁴¹ U. BECK, *La sociedad del riesgo...*, op. cit., p. 29: “Los riesgos reconocidos socialmente, tal como se manifiesta claramente por primera vez en el ejemplo de la discusión sobre la muerte de los bosques, tienen un contenido político explosivo muy peculiar: lo que hasta el momento *se había considerado apolítico se vuelve político: la supresión de las “causas” en el proceso de industrialización mismo*. De repente, la opinión pública y la política empiezan a mandar e le ámbito íntimo de *management* empresarial, en la planificación de la producción, en el equipamiento técnico, etc”.

mercado habían sido mimadas debido a su beneficencia fiscal y a su amor laboral al prójimo se ven de repente en el banco de los acusados (...) se hundan mercados, suben los costes, se ciernen prohibiciones y procesos judiciales, surgen obligaciones a renovar por completo el sistema técnico de producción²⁴². Los consumidores no toleran la existencia de empresas altamente contaminantes ni de empresas no respetuosas con los derechos de los ciudadanos. La opinión pública también presiona a gobiernos y éstos endurecen su política para acallar las protestas ciudadanas.

Desde otro punto de vista, puede señalarse también que el efecto catalizador que tienen la publicidad y los medios de comunicación, junto con la nueva sensibilidad social, hace que sean mucho más codiciados los productos que son respetuosos con el medio ambiente, o los que no han sido elaborados mediante la explotación del trabajo infantil. Se valoran también positivamente las empresas que se declaran respetuosas con los derechos sociales, los profesionales que afirman seguir determinados principios éticos, o las industrias no contaminantes. La adopción de códigos éticos, las declaraciones públicas de principios, o las etiquetas y marcas identificativas que demuestran su cumplimiento, constituyen un atractivo para el mercado y son utilizadas, también, como una cuestión de marketing²⁴³. No puede pasarse por alto, pues, el efecto de la opinión pública, la presión social que reciben a través de ella los sistemas expertos, en el desarrollo de la autorregulación.

La autorregulación de las grandes multinacionales responde, sin lugar a dudas, a este tipo de presiones. Estas organizaciones acumulan grandes beneficios y, en ocasiones, dichos beneficios son alcanzados a costa de incrementar las desigualdades económicas, de involucrarse en muchos supuestos de corrupción transnacional, de perjudicar el medio ambiente y de no respetar los derechos sociales o, incluso, los derechos humanos, cuando operan en países que se lo permiten²⁴⁴.

²⁴² U. BECK, *La sociedad del riesgo...*, op. cit., p. 85.

²⁴³ Una visión altamente crítica de la mercantilización de la autorregulación ética puede leerse en R. TERMES CARRERÓ, "Ética y mundo de los negocios", *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 73, 1996, pp. 285 y ss.; y L. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, "El papel de la ética en la estrategia empresarial", *Alta Dirección*, n.º 172, 1993, pp. 87 a 94.

²⁴⁴ El papel de las multinacionales en la corrupción transnacional es denunciada en la Recomendación de la OCDE, de mayo de 1994, sobre Pagos Ilícitos en las Transacciones Económicas Internacionales. Sobre la misma, M. MADRID JUAN, "Recomendaciones de la OCDE sobre pagos ilícitos en las transacciones económicas internacionales", *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 741, 1995, pp. 47 a 54. La incidencia negativa de estas empresas en el desarrollo de los derechos sociales, así como algunas propuestas para poner remedio a esta situación, se desprenden de la

La respuesta de las grandes multinacionales a estas acusaciones está dando lugar a una autorregulación de contenido ético. Estas empresas, conscientes de su poder, e influenciadas por las fuertes presiones de los Estados y de la opinión pública, utilizan también la autorregulación para justificar que cumplen voluntariamente con los estándares ambientales, sociales y éticos que, de otro modo, les intentarían imponer los poderes públicos²⁴⁵. En general, las manifestaciones de la autorregulación que más eco han tenido en la opinión pública, tienen por objeto, a nuestro entender, renovar la confianza de la sociedad en los sectores que se han visto más afectados por la presión social a la que acabamos de aludir²⁴⁶.

La autorregulación puede aportar, pues, grandes ventajas. Pero presenta también peligros que deben ser advertidos y eliminados mediante la acción estatal. A ello responde la regulación de la autorregulación, que es la estrategia que vienen siguiendo los poderes públicos y que dibuja el novedoso papel que desempeña el Estado ante la autorregulación.

Declaración Tripartita, aprobada en 1977 por la Organización Internacional del Trabajo, sobre “Principios para Sociedades Multinacionales y Política Social”. Esta Declaración es comentada por D. VAN DEL BULCKE, en “Países en vías de desarrollo y empresas multinacionales. ¿Hacia una era de desregulación?”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º662, 1988, p. 109.

²⁴⁵ Este fenómeno es comentado, con carácter general, en A. CARROLL (Coord.), *Business and Society: Ethics and Stakeholder Management*, South-Western, Cincinnati, 1996.

²⁴⁶ Por poner un ejemplo muy significativo, es clara la imagen negativa que tiene la sociedad de la industria química. Pues bien, el sector químico, suscribió, el día 15 de abril de 1993, ante el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, un convenio titulado “Compromiso de progreso”. Se trata de una iniciativa impulsada por la Federación Empresarial de la Industria Química Española (FEIQUE) y respaldada por unas cien empresas químicas, para mejorar la seguridad y la protección de la salud y del medio ambiente por el impacto causado en el ejercicio de su actividad. La idea no es nueva ya que tiene sus antecedentes en una iniciativa parecida del sector químico de Canadá. Dicho sector, agrupado en la “Asociación Canadiense de la Industria Química”, alcanzó un pacto entre las empresas llamada “Responsible Care” (conducta responsable). En Europa, el European Chemical Industry Council (CEFIC) ha propuesto a sus asociados (18 federaciones químicas europeas, entre las que también se encuentra la asociación española), llevar a cabo una actuación basada en los mismos criterios. El “Responsible Care” ha sido asumido por muchos modelos parecidos en países como Bélgica, Alemania, Australia, Francia, Finlandia, Holanda, Italia, Japón, Nueva Zelanda, Reino Unido, Suecia, Suiza y México.

Los contenidos de estos compromisos se encuentran descritos en el artículo de M. P. MALAGA TELLO, “Industria química española y medio ambiente”, *Boletín Económico del ICE*, n.º 2370, 1993, pp. 1430 a 1433. Con ello adquieren especial vigor las expresivas palabras de Ulrich Beck, en U. BECK, A. GIDDENS y S. LASH, en *Modernización reflexiva...*, op. cit., p. 34, cuando sostiene que “la compulsión por comprometerse en la salvación ecológica y en la renovación del mundo se ha hecho ahora universal.

5. Los ámbitos de desarrollo de la autorregulación.

Una vez establecido el marco en el que se desarrolla la autorregulación regulada y analizadas las principales razones que explican su actual expansión, estamos en disposición de contemplar cómo y en que medida se concreta en este fenómeno en diversos ámbitos. Esta tarea va a ser abordada en los dos capítulos siguientes a través de una selección poco convencional de los sectores analizados. Los temas escogidos no van a ser analizados, como cabría esperar, en función de los diversos sectores de intervención administrativa afectados por la autorregulación, esto es, la protección del medio ambiente, la protección de consumidores y usuarios o la protección de la salud y la seguridad de los individuos, por poner algunos ejemplos. El hilo conductor de nuestra exposición viene determinado, en primer término, por el origen mismo de la autorregulación, por la identificación de los subsistemas sociales en los que ésta se genera.

La especialización técnica y profesional, la existencia de una reglas técnicas y de un *ethos* particular en el ejercicio de actividades de destacada incidencia en la sociedad, permite englobar, en una línea similar de reflexiones, las manifestaciones de la autorregulación que tienen lugar en el ámbito de los medios de comunicación, la publicidad, las nuevas tecnologías de la información y, en general, en el ejercicio de toda profesión. La autorregulación regulada en estos ámbitos está directamente relacionada con la deontología y la autodisciplina y permite constatar la ya apuntada tendencia hacia la progresiva aproximación entre la ética y el Derecho. Estos aspectos serán tratados en el capítulo tercero.

En el capítulo segundo nos centraremos básicamente en aquellas manifestaciones de la autorregulación regulada que denotan una peculiar interconexión entre la técnica y el Derecho. La normalización y la certificación de productos, así como la intensa actividad de adaptación de las empresas a las reglas técnicas formuladas por sujetos privados ofrecen ricos y variados ejemplos de gran interés para este trabajo.

Uno casi está por temer que las empresas químicas sigan al pie de la letra los anuncios a toda página que insertan en la prensa y se reinstituyan como asociaciones conservacionistas”.

La aparente coherencia de este planteamiento no debe impedirnos reconocer que, en muchos aspectos, no es posible discernir los rasgos que caracterizan las manifestaciones de la autorregulación analizadas en uno y otro capítulo. También en el ámbito de las empresas, por ejemplo, juega un importante papel la profesionalización de las actividades empresariales, la ética y, hasta cierto punto, la autodisciplina. Simultáneamente, en el ámbito profesional detectamos diversas manifestaciones de autorregulación técnica que poseen relevancia para los poderes públicos. La raíz común que posee toda manifestación autorregulativa y la semejanza estructural de los instrumentos de autorregulación –a pesar de sus diversas denominaciones- explica sobradamente estas similitudes.

CAPÍTULO II. AUTORREGULACIÓN Y RACIONALIDAD TÉCNICA EN EL ÁMBITO DE LA GESTIÓN DE RIESGOS.

I. DE LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE CALIDAD Y SEGURIDAD A LA GESTIÓN DE RIESGOS.

Como hemos anunciado, en este capítulo se va a dedicar especial atención a la autorregulación regulada que tiene lugar en ámbitos dominados por la técnica. Entre tales ámbitos el fenómeno que pretendemos describir es especialmente visible allí donde los avances científicos son aplicados a la elaboración de productos destinados al mercado y a la determinación de las técnicas y los procedimientos de gestión empresarial. En este concreto sector existe una peculiar correlación entre la técnica y el Derecho, difícil de abarcar en toda su extensión, y que plantea innumerables problemas para nuestra disciplina. Estos problemas han sido ya detectados por unos pocos autores, pioneros en el análisis de un sector en profunda transformación¹. Los estudios existentes sobre esta materia permiten llegar a una conclusión común, que podría resumirse en la constatación de la inadecuación de las categorías dogmáticas clásicas del Derecho Administrativo a las fórmulas jurídicas ensayadas en el ámbito de la calidad y la seguridad industrial².

¹ El planteamiento más acertado de estos problemas proviene de la pluma de J. ESTEVE PARDO, en su excelente monografía, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999. Las ideas apuntadas por este autor han sido desarrolladas después por dos tesis dirigidas por él, a las que ya hemos hecho referencia en el capítulo anterior. Se trata de los trabajos de D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*; y M. TARRÉS VIVES, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*. También han abordado frontalmente esta materia, aportando información de gran interés: V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, IGO/Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000; M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000; y MOLES PLAZA, *Derecho y calidad. El régimen jurídico de la normalización técnica*, Ariel, Barcelona, 2001.

² En términos generales, los autores citados en la nota anterior sostienen que la garantía de la seguridad es, indiscutiblemente, una función pública: por responder a una finalidad propia del Estado o, en definitiva, a un fin de interés general [V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización industrial*, op. cit., M. TARRÉS VIVES, *Normas técnicas...*, op. cit.]; por haber sido asumida tradicionalmente por el Estado [D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad...*, op. cit.; M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos...*, op. cit.]; por comportar el desarrollo de una actividad jurídica de *imperium* [J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad...*, op. cit.]; y/o por ser ejercida mediante medios de autoridad estatal [D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad...*, op. cit.]. Se constata, en definitiva que dicha función ha sido tradicionalmente ejercida mediante instrumentos jurídico-vinculantes, mediante técnicas clásicas de policía administrativa –reglamentaciones, inspecciones, autorizaciones y sanciones–, reservadas a la Administración. Partiendo de este presupuesto, intentan explicar, mediante la técnica de la colaboración,

No pretendemos aquí ofrecer una solución a este descorcentante panorama. Sin embargo, es indudable que la calidad de los trabajos que nos preceden en el estudio de este tema nos permite afrontar los problemas por ellos planteados desde una posición aventajada, que intentaremos aprovechar.

En concreto, intentaremos avanzar en dos líneas, que han sido ya apuntadas por la doctrina, y que no han sido recorridas en toda su extensión. La primera de estas líneas está relacionada con la consideración de la técnica y el Derecho como dos subsistemas separados, dotados de racionalidades diversas que, ello no obstante, presentan numerosos puntos de conexión³. La segunda dice relación con la separación ficticia, en materia de productos industriales, entre el ámbito de la seguridad y el ámbito de la calidad⁴. En este apartado realizaremos sólo algunas reflexiones preliminares en las que iremos profundizando en epígrafes posteriores.

La relación entre la técnica y el Derecho, la transformación de reglas técnicas en reglas jurídicas, no debe impedirnos constatar que ambos tipos de normas responden a racionalidades distintas. La validez de una norma jurídica depende, como es sabido, de criterios formales, de su adopción por parte de un órgano dotado de potestades normativas de acuerdo a determinados procedimientos. Dicha validez depende también de la existencia previa de una norma de reconocimiento. La validez de una norma técnica, en cambio, depende de criterios materiales, de su concreta utilidad y, como no, también de su reconocimiento en el seno del subsistema científico, técnico o profesional

la categoría del ejercicio privado de funciones públicas, la descentralización de funciones administrativas, o mediante una redefinición, de carácter objetivo, de la noción de Administración pública, las nuevas responsabilidades asumidas por sujetos privados en el ejercicio de esta función. En todos los casos se reconoce, ello no obstante, que cualquiera de las explicaciones propuestas plantea problemas jurídicos de gran calado derivados, todos ellos, de la vinculación de las mencionadas funciones a la noción misma de soberanía estatal.

³ La relación entre la técnica y el Derecho como dos subsistemas distintos, o como dos ordenamientos paralelos y, en especial la referencia explícita al “ordenamiento o paraordenamiento de la técnica”, ha sido introducida por J. ESTEVE PARDO, en *Técnica, riesgo y Derecho...*, op. cit., p. 164.

⁴ La separación entre el ámbito de la calidad industrial, caracterizado por la voluntariedad y la persecución de fines relacionados con la competitividad empresarial, y el ámbito de la seguridad, protagonizado por intervenciones jurídicas de tipo vinculante y por la persecución de fines públicos, ha sido refrendada por la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (LI) y por el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial (RICSI). Ello coloca a los investigadores que abordan el análisis de estas normas en la difícil tesitura de seguir manteniendo en su discurso la mencionada distinción, a pesar de que dicha separación, como acertadamente advierten todos ellos, es cada vez más difícil de establecer. Explícitamente, J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad...*, op. cit., p. 45, señala que el progresivo acercamiento de los sectores de la calidad y la seguridad industrial difumina “la frontera establecida entre ellos desde el punto de vista de los efectos jurídicos de las técnicas utilizadas en uno y otro caso”.

en el que dicha norma se aprueba y se aplica. A diferencia de las normas jurídicas, que se caracterizan por su rigidez formal, las normas técnicas están sometidas a una constante mutación, derivada del propio desarrollo de los conocimientos científicos y del contraste de dichos conocimientos con la realidad a la que son aplicadas⁵. Las reglas jurídicas, por su origen estatal, nos ponen en contacto con la noción de regulación. Las reglas técnicas, en principio y con las precisiones que realizaremos a lo largo de este capítulo, tienen un origen social y son fruto de la autorregulación –en concreto, son una manifestación de la autorregulación normativa-⁶.

La juridificación de reglas técnicas tiene lugar, históricamente, con el proceso de apropiación, por parte del Estado, de la función de gestionar los riesgos derivados del desarrollo tecnológico. Las primeras instalaciones industriales y, más en concreto, las máquinas y aparatos al servicio de tales instalaciones y las innovaciones técnicas puestas al mercado, fueron objeto de gran preocupación por parte de los poderes públicos debido a los riesgos, para la salud y para la seguridad de las personas, que podían ocasionar. Fruto de esta preocupación aparecen, a mediados del siglo XIX, las primeras reglamentaciones sobre las condiciones de seguridad determinados productos u artefactos técnicos⁷. El título habilitante de la actuación administrativa en este ámbito y los instrumentos característicos de esta intervención no son otros que los propios de la

⁵ Estas ideas son explicadas con insuperable claridad por J. ESTEVE PARDO, en *Técnica, riesgo y Derecho...*, op. cit., pp. 166-167, donde se señala que, a diferencia de las normas jurídicas, las normas técnicas “no se fundan en procedimientos formales y valores apriorísticos, sino que tratan de obtener su peculiar legitimación en los conocimientos y competencia técnica y científica de quienes las elaboran. El contenido de esas normas siempre quedará abierto a dos posibles vías de revisión: una es el contraste empírico y la experiencia derivada de su aplicación; otra, la autoridad científica o técnica de quienes la elaboran al haber tomado unas referencias que podrían haberse visto superadas por el desarrollo tecnológico o la investigación científica” (...) “Por todo ello, si al orden jurídico, a las normas jurídicas, es consustancial la idea de seguridad y de fijeza en sus determinaciones, en el cosmos de la ciencia y de la técnica, en cambio, la mutabilidad, el progreso, la innovación y la corrección a partir de los resultados de la experiencia aplicativa son elementos característicos”.

⁶ Este origen social de las reglas técnicas no admite discusión si se atiende a la organización gremial de la Alta Edad Media, donde tales reglas tuvieron una notable importancia. Así, PENNEAU, en *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, París, 1989, pp. 38 a 42, identifica las reglas técnicas con las *règles de l'art* o las *règles de savoir faire*, que fueron evolucionando a lo largo de los siglos como criterios de producción y elaboración de determinados productos artesanos y que tuvieron su auge definitivo en torno a las agrupaciones gremiales de la alta Edad Media. Este autor admite, sin embargo, que en épocas muy anteriores y en culturas distintas a la europea existían ya reglas técnicas. Cabe mencionar, así, los parámetros y estándares utilizados por la ingeniería sumeria y egipcia en la construcción de grandes obras arquitectónicas, a las que se refiere G. ARIZA DOLLA, en *Barreras técnicas al comercio. Normalización, homologación y certificación de productos*, ESIC, Madrid, 1989, pp. 15-19. También en la actualidad, sin embargo, es claramente visible que la formulación de reglas técnicas, con independencia de la forma que adopten con posterioridad, depende de sujetos privados.

⁷ Sobre el contenido de estas reglamentaciones, véase, D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad...*, op. cit.

policía administrativa⁸. Mediante reglamentaciones técnicas, las correspondientes inspecciones administrativas para comprobar su cumplimiento, el otorgamiento de autorizaciones y, en su caso, la imposición de sanciones por la vulneración de las prescripciones normativas fijadas, se pretendía garantizar la seguridad de los individuos frente a los incipientes riesgos industriales. Una de las preocupaciones constantes de la época fue, precisamente, la formación de cuerpos especializados de funcionarios encargados de realizar estas funciones⁹. No sólo la incorporación de técnicos en la burocracia estatal, sino también el recurso de la participación orgánica, permitió la formulación de reglas técnicas, aprobadas posteriormente en forma de reglamentos, que pretendían contrarrestar los efectos negativos provocados por el desarrollo industrial¹⁰.

Se produce, con ello, una identificación entre los conceptos de seguridad, obligatoriedad y reglamentos técnicos –identificación que explica con creces la vinculación de este ámbito de actuación estatal con la noción de función pública, en el sentido amplio y estricto de esta expresión-. Un producto o una instalación es segura, desde un punto de vista jurídico, si cumple con las reglas técnicas contenidas en los reglamentos obligatorios o de seguridad. Expresado en otros términos: la asunción estatal de la responsabilidad de proteger la seguridad frente los riesgos generados por el desarrollo reduce, en un principio, las obligaciones de quienes generan tales riesgos al cumplimiento de las reglamentaciones técnicas de seguridad. Dicho cumplimiento, verificado por la Administración, permite obtener las correspondientes autorizaciones de funcionamiento de las industrias o de circulación de los productos y evita la imposición de sanciones administrativas.

⁸ J. L. VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la Industria*, t. I, IEP, Madrid, 1964, pp. 65-85 y 99-119; M. BAENA DE ALCAZAR, *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Tecnos, Madrid, 1966, pp. 237 y ss.; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Esbozo histórico sobre la libertad de comercio y la libertad de industria”, *Libro Homenaje al profesor J. L. Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 697 y ss.; y M REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, MAP, Madrid, 1989.

⁹ Como hemos señalado con anterioridad, por Real Decreto de 23 de marzo de 1911, se creó, específicamente, el Cuerpo Nacional de Ingenieros Industriales, si bien la formación específica de las enseñanzas industriales y la intervención de estos ingenieros en la Administración data de 1850.

¹⁰ La elaboración de reglamentos técnicos por parte de la Administración se ha venido caracterizando, desde sus mismos orígenes, por la elevada participación de las asociaciones industriales o las organizaciones de producción afectadas, así como por la participación de técnicos y especialistas privados. Cuando hablemos específicamente de la normalización industrial intentaremos reforzar estas afirmaciones con concretos ejemplos.

Puede adelantarse ya, sin embargo, que estos reglamentos abarcan sólo un limitado número de reglas técnicas y alcanzan un nivel de precisión también distinto al que es propio de éstas. No regulan, en principio, los procedimientos internos de la producción industrial sino que toman sólo en consideración su resultado –el producto que debe ser puesto al mercado- y sus posibles efectos –para la salud o la seguridad de los consumidores y usuarios y, mucho más recientemente, para el medio ambiente-.

Mientras que en España éste ha sido hasta hace pocos años el panorama más visible, ciertos movimientos sociales de ámbito transnacional preparaban el terreno para su transformación. La comunidad científica y técnica al servicio de la industria, impulsada por el interés de facilitar la intercambiabilidad de los productos y extender su comercialización, inicia un recorrido que le conduce a su progresiva autoorganización. Se pretende que las reglas técnicas aplicadas a determinados productos sean las mismas a nivel internacional. La vocación inicial de esta racionalización y armonización de las reglas técnicas no es otra que el interés comercial¹¹. En poco tiempo, estas reglas técnicas, aprobadas por asociaciones privadas de ingenieros, técnicos e industriales, demuestren ser operativas no sólo para facilitar la intercambiabilidad de los productos sino también para mejorar sus características, su calidad. En algunos casos, el término “calidad” hace referencia a unas cualidades específicas, en otros, la calidad alude a la superación de las exigencias de seguridad establecidas en las reglamentaciones técnicas. Superación no demasiado difícil, por lo demás, teniendo en cuenta, por un lado, que el grado de concreción de estas normas es mucho mayor que el de las normas jurídicas y, por el otro, que los aspectos por ellas regulados inciden, esta vez de modo directo, en los aspectos más concretos que uno pueda imaginar, relacionados con la producción industrial.

¹¹ La vinculación de la normalización técnica a intereses comerciales tiene una doble lectura. Por un lado, la armonización de los productos a nivel internacional mediante la normalización facilita su intercambiabilidad. Por otro lado, la certificación de la conformidad de productos a normas técnicas, como complemento de la actividad privada de normalización, permite la diferenciación y la distinción de tales productos en el mercado y, por tanto, facilita su venta. El primer aspecto es especialmente destacado por V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización industrial*, op. cit., pp. 34 y ss. La segunda de las funciones que cumple la normalización es tomada en consideración con detalle, entre otros, por J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad...*, op. cit., pp. 34 y ss; y por E. MALARET GARCÍA, “Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales. (Algunas consideraciones en torno a la regulación de productos)”, *RAP*, n.º 116, 1998, p. 290.

En España la falta de capacidad de autoorganización de las asociaciones u organizaciones privadas de técnicos o ingenieros propició que fuesen también las burocracias estatales las que entrasen a formar parte de las organizaciones internacionales encargadas de armonizar las reglas técnicas -conocidas hoy como organismos internacionales de normalización-. La adaptación a nivel estatal de las reglas técnicas desarrolladas por los organismos internacionales de normalización se producía mediante la aprobación de normas técnicas, de carácter voluntario. En nuestro país estas normas voluntarias eran aprobadas por organismos integrados en el seno de la Administración. En otros, como Gran Bretaña y Alemania, la aprobación de tales normas correspondía a organismos privados de normalización¹².

La distinción jurídica entre un producto o una instalación industrial “segura” y un producto de “calidad” estaba directamente relacionada con la adaptación de dicho producto o instalación a las reglamentaciones técnicas, de carácter obligatorio, o las normas técnicas, de carácter voluntario.

Este panorama, esbozado a rasgos muy generales, sufrió distorsiones diversas desde su mismo origen. Las primeras aparecen cuando la rápida evolución de los conocimientos técnicos empieza a desbordar la capacidad de adaptación de la Administración¹³. Este desbordamiento empiezan a ser visibles cuando se observa que, en la elaboración de las reglamentaciones técnicas y en la actividad inspectora de la Administración colaboran activamente sujetos privados, profesionales formados en el ámbito de la técnica, que no son ya funcionarios públicos. Tales manifestaciones, aunque en un primer momento tienen un carácter puntual, aparecen casi simultáneamente a la misma asunción administrativa de la función de gestión de riesgos industriales.

¹² No responde del todo a la realidad, pues, afirmar que “bajo la rúbrica “normalización” aparece dos tipos de actividades diferentes: la de los órganos públicos, dirigida a la publicación de reglas técnicas de carácter coactivo, y la de los organismos privados, encaminados a la formulación de normas técnicas de carácter consensual”: E MALARET GARCÍA, “Una aproximación jurídica al sistema español de normalización...”, op. cit., p. 289. También los órganos públicos han venido aprobando normas técnicas de carácter voluntario, como se verá más adelante.

¹³ Este desbordamiento es hoy fácilmente observable, aunque sea tan sólo atendiendo al número de hombres que se dedican a la ciencia y sus aplicaciones técnicas en la actualidad, en comparación con el número existente en épocas anteriores. Se ha hablado así de la “concentración histórica del poder científico”, en referencia al número de científicos vivos en la actualidad que “es muy superior al de los científicos que vivieron en todos los siglos anteriores. Así lo pone de manifiesto G. BONO, en “Formación moral de individuos y grupos”, *Alta Dirección*, n.º9, 1966, p. 83.

La colaboración en el ejercicio de las funciones administrativas de control de la aplicación de reglamentaciones técnicas, por parte de laboratorios privados de ensayo o de entidades colaboradoras en el ámbito de la inspección y verificación industrial es paralela al momento en que la Administración asume la responsabilidad de proteger la seguridad en este ámbito¹⁴. Lo mismo cabe decir de la participación privada en el proceso de aprobación de reglamentaciones técnicas. Allí donde las reglas técnicas son conocidas por los determinados expertos privados con mayor precisión que por la Administración se requiere su colaboración –para la realización de inspecciones o para la formulación de las reglamentaciones técnicas-. Prácticamente a lo largo del todo el siglo XX, en España, es el Estado quien fomenta esta colaboración.

El punto en el que nos hallamos en la actualidad, y que sorprende en gran manera a la doctrina administrativista, no es sino una consecuencia de este proceso. Se está produciendo una progresiva sustitución de la actividad administrativa relacionada con la gestión de los riesgos industriales por una actividad privada de idéntico signo. Las normas técnicas no son ya aprobadas por organismos públicos sino por organismos privados de normalización. Estas normas complementan y/o sustituyen, según los casos, los reglamentos técnicos aprobados por la Administración. Los sujetos y las organizaciones privadas acaparan también todo el protagonismo en la realización de inspecciones y en la certificación del cumplimiento de reglas técnicas –tanto de normas como de reglamentos técnicos-. La relevancia jurídica de estos fenómenos impide seguir considerando la actividad que realizan los particulares como un supuesto de colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas¹⁵.

¹⁴ Este paralelismo se pone claramente de manifiesto en los detallados estudios realizados por de D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares...*, op. cit.; J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad...*, op. cit.; y M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales...*, op. cit. Con anterioridad a la publicación de estos trabajos, la colaboración privada en el ámbito industrial había sido ya analizada por A. OJEDA MARÍN, “Entidades privadas colaboradoras con la Administración en el ámbito técnico”, en *Estudios en Homenaje a García Trevijano*, IEAL, Madrid, 1982, p. 611.

¹⁵ Utilizamos, en este momento, la expresión de “colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas” en un sentido amplio y no en un sentido técnico-jurídico. La doctrina, en un importante esfuerzo dogmático, ha precisado acertadamente que la técnica de la colaboración, pensada para la realización de actividades materiales que coadyuvan a la satisfacción de fines públicos, y la técnica del ejercicio privado de funciones públicas, que describe la atribución de ciertas prerrogativas a sujetos privados que ejercen una determinada profesión, no explica en su totalidad el fenómeno que venimos describiendo. Así, J. A. CARRILLO DONAIRE, en *El derecho de la seguridad...*, op. cit., pp. 595 y ss., defiende que estamos ante un novedoso supuesto de descentralización de funciones públicas; MOLES PLAZA, *Derecho y calidad. El régimen jurídico de la normalización técnica*, op. cit., pp. 213-219 y 292-306, califica la normalización como un servicio público virtual; M. TARRÉS VIVES, en *Normas técnicas...*, op. cit., critica la mencionada calificación y parece decantarse por conceptualizar la

Para explicar este fenómeno, a nuestro entender, es preciso, retomar la distinción entre una regla técnica y una regla jurídica –que remiten a racionalidades distintas- y superar la artificial contraposición entre la calidad y la seguridad industrial –admitiendo que ambas esferas convergen en la nueva noción de orden público, que se concreta, como sabemos, en una función de gestión de riesgos-.

La calificación jurídica de un producto como “seguro” de acuerdo a un reglamento técnico permite su puesta en circulación en el mercado y evita la imposición de sanciones administrativas a la empresa que lo comercializa. Dicha calificación jurídica no garantiza, sin embargo, que el producto en cuestión no produzca daños. Se garantiza solamente que los riesgos de su puesta en circulación han sido admitidos por las instancias públicas. La industria, o la comunidad técnico-científica, puede haber acordado, entretanto, una nueva regla técnica que permita superar estos niveles de seguridad o, a la inversa, puede estar aplicando una determinada tecnología que, cumpliendo todos los requisitos reglamentarios, haya sido científicamente probada como insegura.

Si lo que pretende el nuevo Estado garante, como hemos defendido, es la minimización de los riesgos, carece de sentido que intente definir reglamentariamente las condiciones de seguridad de los productos; que responsabilice a la industria sólo por el incumplimiento de normas jurídicas; y, finalmente, que intente controlar unos procesos que, por falta de personal y de capacidad técnica, escapan totalmente de sus posibilidades. Lo que interesa al Estado es la aportación de un máximo nivel de seguridad que, a pesar de ello, se conoce de antemano que no va a ser absoluta. No debe sorprender, pues, que sean sujetos privados, aquellos que acrediten los conocimientos técnicos necesarios, los que definan las normas técnicas que deben aplicar las empresas –mediante la autorregulación normativa- y los que controlen su cumplimiento –autorregulación declarativa y, en su caso resolutoria-¹⁶.

normalización como un supuesto de autorregulación; por su parte, D CANALS AMETLLER, en *El ejercicio por particulares...*, op. cit., defiende un concepto objetivo de Administración, para integrar en su seno aquellas entidades privadas que, en puridad, ejercen funciones de autoridad propias de los poderes públicos.

¹⁶ Esta afirmación choca frontalmente con las numerosas críticas vertidas a la determinación de las condiciones de seguridad por parte de normas técnicas, en base a la falta de legitimación democrática de los organismos de normalización. Estas críticas no proceden sólo de la doctrina española. También la doctrina alemana es, por lo general, reacia a la extensión de las normas técnicas, sobretudo cuando se advierte que la regulación de materias como la salud o la protección de la vida se entrega al poder

En el mismo orden de consideraciones, atendiendo al *décalage* existente entre el grado de especialización de la Administración y el grado de desarrollo de los conocimientos técnicos, resulta ilusorio e inoperante seguir atribuyendo exclusivamente al Estado la responsabilidad de minimizar los riesgos generados por la técnica. Esta responsabilidad debe recaer, en primer término, sobre los sujetos privados que generan tales riesgos. Las industrias, pero también, destacadamente, los científicos y los técnicos vinculados al desarrollo industrial, deben ser y, de hecho, son ya, los principales responsables de garantizar la seguridad, la salud y la protección del medio ambiente.

Si se confirma, pues, que se está produciendo este traslado de responsabilidades, el análisis sobre la naturaleza de la actividad privada de normalización, inspección y certificación puede ser tomada en consideración desde una perspectiva distinta a la tradicional. Puede tomarse en consideración, por ejemplo, que tal actividad no es sólo el complemento de una responsabilidad estatal, sino que es también un ejercicio de autorresponsabilidad y un complemento a la responsabilidad empresarial. Expresado en otros términos, si los sujetos privados no tienen sólo la obligación de cumplir las normas jurídicas, sino que deben también garantizar los niveles de seguridad técnica y científicamente posibles, deben articular sistemas de autorregulación y de autocontrol que les permitan la minimización de los riesgos que generan¹⁷. No debe sorprender entonces que las condiciones de seguridad de un producto puedan ser fijadas,

normativo de “gremios organizados de acuerdo con el Derecho privado”. Véase, en este sentido, A. ENDERS y P. MARBURGER, “Technische Normen im Europäischen Gemeinschaftsrecht”, en *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, Heidelberg, 1994, p. 359. Estas críticas, sin embargo, pierden por lo menos parcialmente, su justificación, si se atiende al dato de que las normas técnicas no son normas jurídicas y se advierte que la obligación de protección de los bienes mencionados no sólo corresponde a los poderes públicos, sino también, en primera instancia, a los particulares.

¹⁷ Esta obligación ha sido positivizada en la nueva regulación de la responsabilidad civil por daños derivados de productos defectuosos. Dicha regulación proviene de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, sobre responsabilidad del fabricante por productos defectuosos, que ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento por Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Se establece, como regla general, la responsabilidad objetiva del fabricante por los daños causados a los consumidores. Sin embargo, el fabricante puede exonerarse de dicha responsabilidad, según el artículo 6.e. de la Ley 22/1994, “si prueba que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto. La necesidad de adaptación de los empresarios al estado de los conocimientos científicos, aún sin mencionar que ello comporta una destacada actividad de autorregulación, es destacada, entre otros, por J. SOLÉ I FELIU, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 545-546.; M. A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, “Responsabilidad civil por productos defectuosos en el marco de la legislación especial en materia de consumo. Perspectivas de adaptación y reforma”, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, 1995, p. 881; y E. VICENTE DOMINGO, “Responsabilidad por producto defectuoso, responsabilidad objetiva, riesgos del desarrollo y valoración de daños”, *La Ley*, n.º 5034, 13 de abril de 2000, p. 3.

indistintamente, por un reglamento técnico, por una norma técnica, o por cualquier otro instrumento de autorregulación normativa¹⁸. Estas normas establecen, en puridad, el deber de diligencia exigible a las empresas –fabricantes y distribuidores de productos industriales-, en tanto que profesionales¹⁹.

Este nuevo orden de correlaciones no comporta, en ningún caso, una exoneración de la responsabilidad del Estado. Lo que ocurre es que la función de protección atribuida a éste se concentra en la utilización de aquellos instrumentos jurídicos que, en puridad, le corresponden. Corresponde al Estado, en concreto, definir las condiciones de responsabilidad de los particulares, definir las condiciones que deben cumplir para realizar ciertas funciones y garantizar en última instancia que la autorregulación y el autocontrol privado se desarrolle con las debidas garantías.

En definitiva, no nos parece aventurado que, en una distribución de funciones que responda a las capacidades propias de cada subsistema, la regulación de policía en el ámbito de la gestión de los riesgos industriales sea adecuadamente complementada por la autorregulación regulada. Esperemos que se nos entienda correctamente. Las

¹⁸ Es por ello que, como complemento de la normativa citada en la nota anterior se ha aprobado la Directiva 92/59/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 29 de junio, relativa a la seguridad general de los productos, que impone la obligación de comercializar exclusivamente productos seguros. La Directiva ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español por Real Decreto 44/1996, de 19 de enero, por la que se adoptan medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor. Según el artículo 4 de este Real Decreto: “Cuando no existan disposiciones comunitarias específicas se considerará seguro un producto cuando sea conforme con la normativa española específica. En su ausencia la conformidad del producto con el requisito general de seguridad se valorará, teniendo en cuenta las normas españolas no obligatorias que recojan una norma europea o, si existiesen, las especificaciones técnicas comunitarias o, a falta de éstas, las normas técnicas españolas. En ausencia de las previsiones anteriores, se tendrá en cuenta su conformidad con los códigos de buena conducta en materia de sanidad y seguridad vigentes en el sector correspondiente o bien se tomará en consideración la situación de la práctica y de la técnica, así como la seguridad que razonablemente los consumidores puedan esperar”. Como acertadamente han advertido M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, en “Responsabilidad por infracciones administrativas de los intervinientes en la puesta en el mercado de bienes y servicios a disposición del consumidor y usuario final”, *Estudios sobre Consumo*, n.º 56, 2001, p. 83, para la determinación de la seguridad de los productos esta norma remite expresamente “no ya sólo a las normas obligatorias, sino a normas técnicas, a los “códigos de buena conducta vigentes en el sector correspondiente” e incluso, sencillamente, a la situación de la práctica y de la técnica”.

¹⁹ Esta vertiente de la responsabilidad empresarial ha sido acertadamente destacada, en relación con la responsabilidad de los distribuidores de productos, por M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, en “Responsabilidad por infracciones administrativas...”, op. cit., p. 82: “Lo que importa es “lo que debieran conocer...en tanto que profesionales”. Su deber de saber y de informarse sobre lo que comercializan es el deber de un profesional y, como tal, debe participar en la vigilancia de los productos que ofrece”. A nuestro entender, esta línea de reflexiones puede hacerse extensiva, de acuerdo con la regulación vigente en materia de seguridad de productos e instalaciones industriales, a cualquier sujeto o empresa que realice una actividad susceptible de generar riesgos para la salud y la seguridad de los consumidores y usuarios o para el medio ambiente.

normas y los controles privados que van a ser, en última instancia, aplicadas en el ámbito empresarial no pueden tener cualquier contenido, perseguir cualesquiera fines y ser adoptadas por cualquier sujeto privado. Es necesaria una adecuada regulación de la autorregulación. Una regulación pública que aproxima, como ya hemos apuntado también, el régimen jurídico propio de quienes se autorregulan al régimen formal de las Administraciones públicas. Si con ello se produce o no una transformación de los sujetos y de los instrumentos de autorregulación en sujetos e instrumentos públicos -es decir, si los organismos de normalización y certificación se transforman en órganos administrativos, o si las normas técnicas y los certificados técnicos adquieren naturaleza de reglamentos o actos administrativos, por ejemplo- es una cuestión que vamos a analizar más adelante. Por el momento intentaremos respaldar el discurso apuntado con una descripción más detallada de los temas que venimos tratando que, forzosamente, por su complejidad, deberá ser incompleta.

II. LA RACIONALIDAD TÉCNICA EN LOS SISTEMAS DE NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN.

En un sentido muy amplio, la normalización comprende todo proceso destinado a la estandarización de una conducta humana²⁰. La normalización industrial es, pues, el proceso destinado al establecimiento de las normas que rigen la vida industrial²¹. Por su

²⁰ De acuerdo con la definición ofrecida por V. ÁLVAREZ GARCÍA, en “Introducción a los problemas jurídicos de la normalización industrial: normalización industrial y sistema de fuentes”, *RAP*, n.º 147, 1998, p. 309: “La normalización (o “estandarización”, castellanizando su denominación anglosajona) es el proceso dirigido a la elaboración o producción de unos elementos de referencia comunes (que son, como ya sabemos, las normas o los estándares), destinados a la ordenación uniforme de los diferentes comportamientos o actividades humanas que se presentan de manera repetitiva en las relaciones sociales. En tanto que elementos de referencia, obligatorios o no, las normas provocan la simplificación o la reducción de la variedad de los comportamientos o actividades humanas que, como regla general, tenderán a acercarse al marco referencial previsto en las normas”.

²¹ Siguiendo, de nuevo, a V. ÁLVAREZ GARCÍA, en “Introducción a los problemas jurídicos de la normalización industrial...”, op. cit., p. 311: La normalización industrial “es el proceso destinado al establecimiento de las normas que rigen la vida industrial, en tanto que parámetros o criterios que van a tener que ser respetados por los productos o por sus fabricantes para poder ocupar un sitio en el mercado. O, de una manera quizás más precisa, la normalización industrial podría definirse como el proceso o la actividad destinada, por un lado, a establecer de forma unificada os criterios técnicos que deben respetar tanto los productos industriales como las propias empresas encargadas de producirlos y, por otro, a fijar un lenguaje común respecto a estos dos campos concretos de actividad”.

En el artículo 8.5 de la LI la normalización se define como “la actividad por la que se unifican criterios respecto a determinadas materias y se posibilita la utilización de un lenguaje común en un campo de actividad concreto”. Según la definición de la ISO, “la normalización es la actividad propia que da soluciones de ampliación respectiva a problemas que provienen esencialmente de esferas de la ciencia, de

contenido, y debido al elevado componente técnico de este tipo de actividad, la normalización industrial se basa, fundamentalmente, en reglas técnicas. Por su forma jurídica, la normalización puede plasmarse en reglamentos técnicos, de carácter obligatorio, aprobados necesariamente por los poderes públicos, o en normas técnicas, de carácter voluntario, que pueden ser aprobadas, indistintamente, por organismos públicos o privados de normalización²².

La certificación no es más que la actividad encaminada a verificar y a plasmar documentalmente el cumplimiento de una norma técnica, de carácter voluntario²³. La verificación del cumplimiento de los reglamentos técnicos se ha venido produciendo, tradicionalmente, mediante certificaciones de conformidad emitidas por una Administración pública, conocidas, según el ámbito en el que operan, como homologaciones de productos o como autorizaciones o licencias de apertura y funcionamiento de una actividad industrial²⁴. En la actualidad, la certificación del

la técnica y de economía, con vistas a la obtención del grado óptimo en un contexto dado”. AENOR, *Normalización y Certificación. Conceptos básicos*, AENOR, 1991, p. 15.

²² Según el artículo 8.7 LI, un reglamento técnico es “la especificación técnica relativa a productos, procesos o instalaciones industriales, establecida con carácter obligatorio a través de una disposición para su fabricación, comercialización o utilización”.

El artículo art. 8.6 LI entiende por norma, “la especificación técnica de aplicación repetitiva o continuada cuya observancia no es obligatoria, establecida con participación de todas las partes interesadas, que aprueba un Organismo reconocido, a nivel nacional o internacional, por su actividad normativa”. Según el ISO, la norma es la “especificación técnica, accesible al público, establecida con la cooperación y el consenso o la aprobación general de todas las partes interesadas, basada en los resultados conjuntos de la ciencia, la tecnología y la experiencia, que tiene por objetivo el beneficio óptimo de la comunidad y que ha sido aprobado por un organismo cualificado a nivel nacional, regional o internacional”.

²³ El artículo 8.7. LI define la certificación como “la actividad que permite establecer la conformidad de una determinada empresa, producto, proceso o servicio con los requisitos definidos en normas o especificaciones técnicas”. Según ISO, la certificación es “la acción de garantizar por medio de un certificado de conformidad, o una marca de conformidad, que un producto o servicio es conforme a normas específicas o especificaciones técnicas determinadas”.

²⁴ La homologación es un procedimiento administrativo a través del cual la Administración da fe de que el prototipo de un producto cumple todos los requisitos reglamentarios mediante “una resolución administrativa que implica el reconocimiento oficial de que un producto se ajusta a normas determinadas”: E. MALARET GARCÍA, “Una aproximación jurídica al sistema español de normalización...”, op. cit., p. 312. Según el art. 8.7. LI, se entiende por homologación “la certificación por parte de una Administración pública de que el prototipo de un producto cumple los requisitos reglamentarios”.

En relación con las instalaciones industriales, la comprobación administrativa del cumplimiento de las condiciones de seguridad remite, en primer término, a la regulación de las licencias municipales, reguladas en los arts. 29 y siguientes del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, de 30 de diciembre de 1961.

cumplimiento de reglamentario también puede ser realizado por organismos privados, calificados por la Ley de industria como “organismos de control”²⁵.

Las correlaciones que acabamos de establecer son meramente indicativas. Las actividades descritas, según el momento histórico que se tome como referencia, el país o el sector afectado, pueden ser realizadas bien por sujetos públicos o bien por sujetos privados. En las páginas siguientes nos referiremos básicamente a los sectores a los que se refiere la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (en adelante, LI), sin perjuicio de hacer también una breve mención a la industria alimentaria y farmacéutica. En todos los casos, la vinculación de la normalización industrial a reglas técnicas está directamente relacionada con su origen preferentemente privado. De ser así, la normalización industrial se caracterizaría, conceptualmente, por ser un producto de la autorregulación.

En otro orden de consideraciones cabe destacar también que los fines perseguidos por la normalización, en sus orígenes, eran extraordinariamente modestos en comparación con la relevancia que ha adquirido esta técnica en la actualidad. La normalización aparece como respuesta a determinadas necesidades, que salen a la luz cuando el comercio adquiere dimensiones que superan las fronteras de los Estados y se pone de manifiesto que determinados productos no son intercambiables de un país a otro debido a razones estrictamente técnicas. Con la normalización industrial, pues, se persigue en primer lugar la intercambiabilidad de los productos. Atendiendo a su contenido, la normalización respondía, inicialmente, a la necesidad de regular y homogeneizar determinadas cuestiones de carácter metrológico, dimensional, cualitativo y técnico sobre productos²⁶. Pronto se advierte que también pueden ser objeto de normalización los procesos empresariales de elaboración de productos, los controles que pueden realizarse en tales procesos para garantizar la seguridad de un producto y la fijación de los requisitos que deben poseer los sujetos encargados de

²⁵ Al trazar las líneas generales sobre la nueva infraestructura de la calidad y la seguridad en España, comprobaremos cómo y desde cuándo se admite esta posibilidad.

²⁶ Mediante la normalización se perseguían tres objetivos básicos: la tipificación, como proceso de simplificación consistente en limitar el número de modelos diferenciados que puedan fabricarse de un mismo producto, de forma que se reduzcan los costes derivados de la necesidad de diversificar la producción; la unificación, como homogeneización de las características dimensionales y metrológicas de los productos al objeto de favorecer su intercambiabilidad; y la especificación, que hace referencia a la descripción detallada de las características cualitativas y técnicas que han de ofrecer los distintos procesos, equipos y productos industriales. J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad...*, op. cit., p. 69.

realizarlos. La especificaciones contenidas en las normas técnicas empiezan a perseguir, no sólo la intercambiabilidad de los productos, sino también la seguridad de los mismos y la minimización de los riesgos derivados de los procesos de producción²⁷. En realidad, no se trata de una finalidad explícitamente buscada sino que la propia evolución de una regla de la técnica conduce a esta expansión. Mientras dichas normas mantienen su carácter estrictamente voluntario, permiten también a quienes las cumplen, como hemos señalado ya, distinguir sus productos en el mercado y garantizar su calidad. Mucho más recientemente, las normas técnicas ven modificada su función, sirviendo de complemento tanto a la actividad privada como a la actividad pública de gestión de riesgos.

1. El papel de las asociaciones de ingenieros y técnicos en la formulación de reglas técnicas.

Existe un acuerdo más o menos generalizado para definir una “regla de la técnica” como aquella que contiene criterios y propuestas para la solución de problemas técnicos, relacionados con la tipificación, unificación y especificación de productos y procesos industriales²⁸. Según la opinión dominante, las “reglas de la técnica” son generalmente reconocidas cuando, siendo conocidas por los especialistas que actúan en el sector afectado, se consideran correctas por la mayoría de ellos y resultan acreditadas en la práctica²⁹. Ello con independencia de si un individuo particular o un grupo de individuos las desconocían o no las conocieron, porque lo verdaderamente importante es la concepción mayoritaria³⁰.

²⁷ Según V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización industrial*, op. cit., p. 33: “Aunque históricamente no siempre ha sido así, en la actualidad las normas técnicas disciplinan tanto el producto industrial (dimensiones, tolerancias, diseño...), como distintos aspectos referidos a la propia empresa productora (el proceso de fabricación, su organización interna, los servicios de postventa...), así como el comportamiento de uno y otra en relación con los problemas que a lo largo de la histórica contemporánea han venido preocupando de una manera especial a la sociedad en su conjunto: la salubridad, la seguridad y, más recientemente, el medio ambiente”.

²⁸ A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, op. cit., p. 75.

²⁹ Más concretamente, según A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, op. cit., p. 105, las reglas de la técnica generalmente reconocidas describen “el comportamiento técnico apropiado, accesible al conjunto del cuerpo profesional a cuya aplicación alcanza, y que se corresponde con el estado de la técnica en el momento de la realización del acto”. La norma EN 4502: 1993, apartado 1.5 viene a identificar, en cierto modo, la noción de “reglas de la técnica”, con las “reglas de la técnica generalmente reconocidas”, al definir la “regla técnica” como “una determinación técnica reconocida por una mayoría representativa de expertos como exponente del estado de la técnica”.

De la noción “reglas de la técnica generalmente reconocidas” cabe distinguir un segundo concepto: “estado de la técnica”. Se suele definir el “estado de la técnica” como el estado del desarrollo en un momento determinado, de organizaciones, productos, procesos productivos o métodos, que permite mostrar la aptitud práctica de una medida de seguridad. La función de una medida de seguridad de este tipo supone aplicar en la práctica los nuevos desarrollos experimentados por la técnica. Ahora bien, que la medida deba tener una aptitud práctica no significa que sea generalmente reconocida. Para formar parte del estado de la técnica es suficiente la realización de la prueba con éxito en una empresa. Esta concepción corresponde a la posición mayoritaria en la doctrina alemana con relación a la recepción normativa de los estándares de seguridad, representada por la denominada teoría de los tres niveles (*Drei-Stufen-Theorie*). Según dicha teoría, no existe un estándar normativo uniforme de seguridad, sino que el derecho de la seguridad técnica halla su fundamento en tres niveles distintos. El nivel mínimo de seguridad es el establecido por las “reglas generalmente reconocidas de la técnica” (*allgemeinen anerkannten Regeln der Technik*) el nivel medio lo constituye el llamado “estado de la técnica” (*Stand der Technik*), y finalmente, el estadio más elevado lo fija el “estado de la ciencia y de la técnica” (*Stand von Wissenschaft und Technik*)³¹.

Lo que pretendemos destacar ahora es que el concepto mismo de “regla técnica” lleva implícita la existencia de un grupo o cuerpo social que domina el lenguaje técnico de un sector y que conoce y considera correctas tales reglas. Este grupo ha venido tomando cuerpo, desde el punto de vista jurídico-organizativo, a través de asociaciones de ingenieros y técnicos y de asociaciones profesionales. Este movimiento asociativo adquiere verdadera relevancia durante el primer tercio del siglo XX, en Inglaterra, Alemania y Francia, donde se gestan las primeras organizaciones privadas, de ámbito nacional y de carácter multisectorial, que constituyen el origen de los actuales organismos de normalización de estos países³².

³⁰ W. HERSHEL, “Regeln der Technik”, *NJW*, 1968, p. 618; F. NICKLISCH, “Funktion und Bedeutung technischer Standards in der Rechtsordnung”, *BB*, 1983, p. 263.

³¹ Sobre ello, véase, P. MARBURGER, *Die Regeln der Technik im Recht*, Heymann, Köln, Bern, München, 1979.

³² Un detallado análisis de este proceso ha sido elaborado por M. TARRÉS VIVES, en *Normas técnicas...*, op. cit.

Cabe citar aquí la *British Standards Institution* (BSI), que fue constituida en Inglaterra en 1928³³; el *Deutsches Institut für Normung* (DIN), que es la denominación actual del *Deutscher Normenausschutz* (DNA), creado en 1926³⁴; y la *Association Française de Normalisation* (AFNOR), nacida en 1926³⁵. En España, fue el Estado quien fomentó la creación de asociaciones de parecida naturaleza, mediante el Decreto de la Presidencia 1765/1961, de 22 de septiembre, por el que se crean las Asociaciones de investigación industrial³⁶.

³³ Según pone de manifiesto el autor que más profusamente ha estudiado el origen histórico de la normalización industrial, J. MAILY [*La normalisation*, Dunod, París, 1946, p. 293], las primeras tentativas de crear una entidad de normalización centralizada y de carácter multisectorial que operase a nivel nacional surgieron en Inglaterra con la fundación del *Committee of Standards* con el fin de sistematizar el estudio de la construcción de piezas mecánicas. Esta organización recibió la adhesión de varias instituciones y asociaciones profesionales británicas, entre las que destacan la *Institution of Mechanical Engineers*, la *Institution of Naval Architects*, el *Iron and Steel institut*, o la *Institution of Electrical Engineers*. La colaboración de estas organizaciones profesionales propició el surgimiento del *Engineering Standards Committee* que, en 1918 se transformó en la *British Engineering Standards Association*, para, finalmente, en 1928, adoptar su forma actual: la *British Standards Institution*, (BSI).

³⁴ Desde 1913 operaba en Alemania una asociación de ingenieros (el *Verein Deutscher Ingenieure*, conocido por las siglas VDI), con el fin de elaborar las entonces denominadas “normas de empresa” para la unificación de la industria mecánica alemana. En 1917, en el marco de un programa militar destinado a la elaboración de criterios técnicos para la unificación de los distintos materiales de guerra utilizados en la armada alemana, el *Königliche Fabrikationsbüro* concluyó un acuerdo con la mencionada asociación de ingenieros, que dio lugar al nacimiento de *Normalienausschuss für den allgemeinen Maschinenbau beim VDI* (Comité de normalización de la VDI para la construcción de maquinaria), que el 22 de diciembre del mismo año se convierte en el *Normenausschuss der Deutschen Industrie* (NDI) (Comité de normas de la industria alemana). En 1926 la asociación vuelve a cambiar su nombre por el de *Deutscher Normenausschuss* (DNA), que es el antecedente inmediato del actual *Deutsches Institut für Normung* (DIN). Estos organismos operan hoy no sólo en el ámbito de la producción industrial, sino que también realizan tareas relacionadas con los oficios artesanales, el desarrollo de la ciencia y la Administración. En todos estos casos la elaboración de normas tiene un componente estrictamente privado cuyo fin es la satisfacción de las necesidades de la industria alemana. La participación en los diferentes comités técnicos es voluntaria y no se limita sólo a firmas industriales, sino que también participan en estas organizaciones las Escuelas Técnicas Superiores (*Technische Hochschulen*). En cambio, no existe una representación institucional de la Administración, aunque ello no excluye la presencia de sus técnicos. Sobre ello véase: R. STAHLSCHEMIDT, “Der Ausbau der technisch-wissenschaftlichen Gemeinschaftsarbeit, 1918 bis 1933”, en K. H. Ludwig (Hrsg.), *Technik, Ingenieure und Gesellschaft*, Düsseldorf, 1981, pp. 375-379.

³⁵ El sistema de normalización francés es una réplica del modelo alemán, adaptado a las necesidades de la industria francesa. Las asociaciones empresariales más relevantes de la época constituyeron la *Association Française de Normalisation* (AFNOR). La organización del sistema de normalización francés, sin embargo, especialmente en lo que se refiere a su vinculación con la Administración, es distinta de la propia del modelo alemán. En concreto AFNOR es, desde el punto de vista de la Administración, la correa transmisora entre el *Comité Supérieur de Normalisation* (CSNOR), organismo público creado por Decreto de 24 de abril de 1930 y los *bureaux de normalisation* creados, generalmente, por los propios fabricantes o por iniciativa de AFNOR. Ellos son los agentes técnicos encargados de elaborar las normas técnicas. El modelo previsto en el mencionado Decreto de 1930 perdura, con algunas modificaciones, hasta la actualidad. Sobre el origen histórico, composición y funcionamiento de esta asociación puede consultarse J. IGALENS, y H. PENAN, *La normalisation*, PUF, París, 1994, pp. 22-27 y C. GERMON, *La normalisation, clé d'un nouvel essor*, Rapport au Ministère de la Recherche et l'Industrie/Documentation Française, Collection Rapports officiels, Paris, 1983, pp. 131 a 148; y A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, op. cit., pp. 38 y ss.

³⁶ La iniciativa estatal en el fomento de la existencia misma de tales asociaciones y la necesidad de su supervivencia inicial mediante subvenciones estatales se explica por el diverso grado de desarrollo industrial de España, frente a otros países. La Exposición de Motivos del Decreto de la Presidencia

Estas asociaciones han sido las encargadas de la plasmación de las reglas técnicas en documentos convencionales de aplicación voluntaria -“normas técnicas”-, excepto en el caso español, donde esta función ha sido asumida por un organismo público, con una amplia participación privada.

La rápida evolución de las técnicas y modos de organización de las empresas industriales, junto al continuo desarrollo de los sistemas de producción, fueron dando un carácter preeminente a estos documentos técnicos de origen convencional, que se convirtieron progresivamente en un punto de referencia inexorable en los acuerdos y transacciones comerciales con terceros. La virtualidad de estas normas, en su origen, radicaba en el hecho que facilitaban la estandarización de los sistemas de producción y aumentaban las posibilidades de intercambio de los productos industriales y de sus distintas piezas y componentes. La vinculación posterior de estas normas a la noción de calidad, junto con las ventajas competitivas que ofrece a las empresas la certificación de la conformidad de sus productos a las normas técnicas, es un importante acicate para su desarrollo. Las certificaciones de conformidad de los productos industriales a las normas técnicas eran emitidas, en la mayoría de los casos, por las mismas organizaciones privadas de normalización.

El desarrollo y la posterior consolidación de los organismos de normalización posee dos fases bien diferenciadas. En la primera de ellas destaca el impulso de diversas organizaciones de ámbito mundial y la creación de organismos internacionales de normalización. De hecho, es este impulso el que explica los primeros pasos de la normalización española. En una segunda fase, protagonizada por el determinante papel

1765/1961, de 22 de septiembre, justifica esta acción estatal con base en las recomendaciones de “las organizaciones económicas internacionales”, y destaca que este proceso asociativo “puede felizmente iniciarse en España gracias al personal científico y técnico de que se va disponiendo”. Según el art. 1 del citado Decreto, las Asociaciones de investigación industrial podían constituirse por empresas pertenecientes a una misma actividad industrial, interesadas en el desarrollo cooperativo de programas de investigación y en la resolución de problemas de asistencia técnica, encaminados al progreso y mejoramiento de sus técnicas de trabajo y rendimiento de producción. Estas Asociaciones, de base no lucrativa, tenían carácter privado, si bien estaban sometidas al patronato de la Comisión Asesora de Investigación Científica y Técnica de la Presidencia del Gobierno (art. 5), a quien correspondía, a través del Patronato “Juan de la Cierva”, la supervisión inmediata de sus trabajos (art. 6). Desde el mismo momento de su creación, se pone de manifiesto la multiplicidad de funciones que corresponde asumir a una organización empresarial y profesional de este tipo. La función primordial de las asociaciones de investigación industrial consistía en proporcionar asesoramiento y asistencia técnica a las empresas en ellas asociadas. Dicha asistencia técnica, sin embargo, se amplió rápidamente al ámbito público, cuando empezaron a colaborar en las tareas de normalización asumidas por la Administración pública y a colaborar también en las tareas de inspección de ciertos aparatos industriales.

de la Unión Europea, la normalización multiplica sus fines. Se reconoce explícitamente que la normalización y la certificación industrial no son solamente instrumentos al servicio del mercado, sino que poseen un elevado potencial para reducir significativamente los riesgos derivados de la actividad empresarial. La influencia de la Unión Europea explica la reestructuración actual de la infraestructura de la calidad y la seguridad industrial en España.

2. Los organismos de normalización internacional.

La creación de organismos de normalización a nivel internacional surge inicialmente de la necesidad de facilitar el desarrollo del comercio y la intercambiabilidad de productos. Sin embargo, la elaboración de normas aplicables a los productos que circulan en el mercado global no puede suponer en ningún caso una rebaja de los estándares de seguridad de tales productos establecidos por las reglamentaciones de los Estados. Por ello la normalización se caracteriza no sólo por la armonización de especificaciones técnicas sino también por una elevación de los niveles de seguridad exigidos reglamentariamente.

La existencia de un organismo de normalización a nivel mundial tiene sus orígenes en un sector de la industria muy determinado: el sector eléctrico³⁷. La generalización, a principios del siglo XX, de la utilización industrial y comercial de la electricidad, pasaba imperativamente por la definición previa de las características de construcción de las redes, frecuencias, tensiones de corriente alternativa y conexiones a la red, así como la concreción de las normas de seguridad que habrían de regir en la utilización de esta nueva forma de energía. La necesidad de regular este fenómeno a escala internacional motivó la celebración del primer Congreso Mundial de la electricidad que tuvo lugar en Saint-Louis, Missouri, en 1904. El Congreso fue promovido y organizado por los Comités electrotécnicos nacionales, que eran organizaciones profesionales surgidas desde finales del siglo XIX en distintos países europeos y que agrupaban, principalmente, a los productores de energía eléctrica y los

³⁷ Sobre los orígenes de los organismos de normalización industrial a nivel internacional y su influencia en el desarrollo de esta actividad en España, existen en la actualidad detallados estudios, que hemos utilizado profusamente en la redacción de este apartado y a los que nos remitimos para más detalles. Son especialmente destacables, en concreto: V. ÁLVAREZ GARCÍA en *La normalización industrial*, op. cit.; J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad...*, op. cit., pp. 40 y ss.

fabricantes de materiales de conducción y de los productos que utilizaban esta forma de energía. De esta reunión surgió la propuesta de crear una comisión representativa de las diversas organizaciones nacionales para estudiar las cuestiones de normalización del sector. De este modo nació, dos años después, la *International Electrotechnical Commission* (CEI). En este foro internacional de normalización electrotécnica, al margen de toda intervención gubernamental, participaban activamente los sectores industriales interesados en la elaboración de unos criterios técnicos homogéneos que debían garantizar la mejor explotación y regulación de esta fuente energética. Esta iniciativa sentó las bases de una progresiva extensión del fenómeno de la autorregulación en materia de normalización al resto de sectores industriales.

A impulso de los organismos de normalización de ámbito nacional, asociaciones de técnicos e ingenieros en su mayoría, se fue gestando la idea de que debería existir una asociación internacional que realizase a este nivel las funciones de normalización. Después de algunas tentativas fallidas³⁸, en 1925, las delegaciones de diversos países industrializados llegaron a un acuerdo acerca de la creación de una Asociación internacional de carácter no gubernamental, en la que estarían representadas las distintas organizaciones y asociaciones nacionales de normalización. Como consecuencia de este acuerdo nació, en 1930, la *International Standardizing Association* (ISA), actualmente denominada *International Organization for Standardization* (ISO)³⁹. Esta asociación, a diferencia del Comité Electrotécnico Internacional, tiene vocación multisectorial dentro de la normalización internacional. Es por ello que los trabajos de la ISO se desarrollan a

³⁸ Las primeras iniciativas para la creación de una organización internacional de normalización se deben a la Association belge d'standardization que, en 1919, intentó alcanzar un acuerdo multilateral con diversas asociaciones profesionales americanas y británicas en materia de normalización de la industria del zinc. Fruto de estos primeros contactos entre organizaciones de normalización de diversos países, se celebró en 1921 una reunión oficiosa en Londres, en la que los Secretarios generales de las asociaciones de normalización que allí se dieron cita decidieron reunirse de nuevo en Zurich en 1923, donde se programó un segundo encuentro para 1925: MAILLY, *La normalisation*, op. cit., p.331.

³⁹ La denominación de *International Organization for Standardization* (ISO) fue adoptada tras la cumbre internacional celebrada en Londres en 1946, donde se produjo una importante modificación orgánica de esta institución, con el objeto de acercar su estructura a la de la Comisión Electrotécnica Internacional (CEI). A tal fin se dotó a esta entidad del estatuto jurídico de organización no gubernamental con forma de asociación de derecho privado, constituida y regulada conforme al Código civil suizo. La ISO coordina en su seno los intereses de fabricantes, usuarios, consumidores, gobiernos nacionales y organizaciones supranacionales e internacionales para la elaboración de las llamadas "normas ISO". En la actualidad está compuesta por los organismos de normalización multisectorial de 124 países. Cada país está representado por un "Comité miembro" que es siempre la entidad de normalización más representativa de cada país. Estos Comités miembros están habilitados para participar y ejercer su derecho a voto en cada Comité Técnico de la ISO encargado de elaborar normas para cada sector. Para más detalles, vid. V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización industrial*, op. cit., pp. 423-433.

través de órganos técnicos de normalización especializados en distintos sectores productivos (Comités técnicos, Sub-comités y Grupos de Trabajo).

La actividad de la ISO se ha visto notablemente incrementada por la existencia de diversos acuerdos internacionales tendentes a superar los obstáculos al comercio internacional, derivados de la existencia de reglamentaciones técnicas diversas en los distintos Estados⁴⁰.

La preocupación por hacer desaparecer estas trabas, facilitando una mayor liberalización del comercio mundial, si bien se había manifestado puntualmente con anterioridad, se acentuó notablemente con el fin de la segunda guerra mundial⁴¹. El primer hito destacable en este sentido se consigue con la firma del Acuerdo General sobre Aranceles de Aduana y Comercio (GATT o *General Agreement on Tariffs and Trade*), en 1947⁴². En 1979 se aprobó en el seno del GATT el “Acuerdo sobre los obstáculos técnicos al comercio (o “Código de la Normalización”). El ámbito de aplicación de este acuerdo fue ampliado y perfeccionado en la Ronda del GATT de 1994, conocida como la Ronda de Uruguay. Los resultados más relevantes de la Ronda de Uruguay pueden cifrarse en la creación de un acuerdo marco, el Acuerdo de Marrakech de 1994, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), que engloba los acuerdos multilaterales anteriores y los Acuerdos

⁴⁰ El comercio internacional de mercancías puede verse afectado por dos tipos básicos de obstáculos: los arancelarios, consistentes en percepciones fiscales obtenidas con ocasión del paso de las mercancías por las aduanas, y los no arancelarios. Esta última categoría incluye una gran variedad de trabas al comercio, entre las que nos interesa destacar las provocadas por las reglamentaciones y normas técnicas nacionales divergentes entre los diversos Estados. Sobre ello véase: REY, J. J.: *Institutions Economiques Internationales*, Bruylant, Bruxelles, 1988, p. 57.

⁴¹ En 1945 los Estados Unidos lanzaron una propuesta para la creación de una organización internacional especializada en el campo del comercio mundial. En la Conferencia Internacional de la ONU sobre comercio y empleo, celebrada en la Habana en 1947, se aprobó la Carta de la Habana, que era “un verdadero código de comercio internacional”, que no consiguió la suficiente aceptación como para ser realmente aplicada. Sobre ello véase R. TAMAMES, *Introducción a la Economía internacional*, Alianza, Madrid, 1983, pp. 65 y ss.

⁴² El GATT es un acuerdo intergubernamental de carácter multilateral dirigido a la regulación de las relaciones comerciales entre los Estados firmantes del mismo. Desde sus orígenes se han celebrado en el seno del GATT ocho conferencias o Rondas de Negociación. En un principio estas negociaciones se dirigían únicamente a reducir los obstáculos arancelarios al comercio. Pero, a partir de la séptima Ronda, conocida como Ronda Tokio (1973-1979) se introdujeron importantes medidas contra obstáculos no arancelarios. Para ello se aprobaron una serie de acuerdos o “códigos” dirigidos al control de diferentes barreras proteccionistas no arancelarias, como el “dumping”, las subvenciones, los derechos compensatorios o, lo que nos interesa a nosotros, los obstáculos técnicos al comercio.

Plurilaterales⁴³. El Código de Normalización de 1979 fue actualizado también en esta Ronda de Uruguay y, a diferencia de su antecesor, está llamado a aplicarse a la totalidad de los Miembros de la OMC. El nuevo “Código de Normalización” de 1994 tiene por objeto establecer cláusulas destinadas a la supresión de las barreras técnicas existentes y a establecer un sistema de prevención para evitar la proliferación de nuevas barreras provocadas por normativas técnicas dispares⁴⁴.

Los Acuerdos de la Ronda Uruguay representan un hito en el sistema de comercio multilateral, no sólo porque fomentan la normalización industrial, sino también porque extienden los principios de la misma al ámbito de la agricultura y la alimentación. Sin embargo, los organismos de privados normalización que hemos mencionado, tanto a nivel nacional como internacional, no abordaban la tarea de establecer concretas reglas técnicas para la elaboración ni de productos alimentarios. La normalización de estos productos ha venido impulsada por los comités técnicos de la FAO (Organización Mundial para la Agricultura y la Alimentación) y la OMS (Organización Mundial de la Salud).

⁴³ La Organización Mundial del Comercio (OMC o WTO, *World Trade Organization*, en su denominación inglesa) está llamada a constituir el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus miembros en los asuntos relacionados con los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos del Acuerdo por el que se crea esta organización. Estos Acuerdos o instrumentos son, los Acuerdos Comerciales Multilaterales, el Entendimiento relativo a la solución de diferencias, el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales y los Acuerdos Comerciales Plurilaterales, así como las decisiones y declaraciones ministeriales relativas a los mismos. Todos los miembros de la OMC están vinculados por todos estos acuerdos e instrumentos jurídicos internacionales, con la excepción de los “Acuerdos Comerciales Plurilaterales”, que únicamente vinculan a aquellos miembros de la OMC que los hayan aceptado expresamente.

⁴⁴ El Acuerdo de 1994 no contiene mecanismos de armonización de las normativas técnicas nacionales divergentes. Los Miembros de la OMC “alientan”, en el Preámbulo del Acuerdo, la normalización a nivel internacional. Pero no deja de ser cierto que el punto de partida del Acuerdo es el reconocimiento del derecho irrenunciable que asiste a todo estado para adoptar en su territorio “las medidas necesarias (entre ellas, por su puesto, las reglamentaciones y normas técnicas) para asegurar la calidad de sus exportaciones, o para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente (...), o para la protección de sus intereses esenciales en materia de seguridad”: Preámbulo del Acuerdo adoptado en la Ronda de Uruguay de 1994.

Este proceso está detalladamente descrito por V. ÁLVAREZ GARCÍA en *La normalización industrial*, op. cit., pp. 410 y ss. Según señala este autor este derecho de los Estados, reconocido en el citado Acuerdo, de adoptar normativas específicas por cada Estado no es, en modo alguno, absoluto, sino que está modulado en gran medida por el clausulado del Acuerdo, cuyas disposiciones se dirigen en concreto a ordenar la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos y normas técnicas tanto por instituciones públicas como privadas, los sistemas de conformidad con estos reglamentos y normas técnicas, la información sobre reglamentos técnicos, las normas y procedimientos de evaluación de la conformidad, la asistencia técnica y el trato diferenciado en estas materias para países en desarrollo, el establecimiento del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio y la solución de diferencias suscitadas en relación con el funcionamiento del Acuerdo.

Cuando se fundaron la FAO y la OMS, a finales del decenio de 1940, la tendencia seguida por el sector de la reglamentación alimentaria era motivo de gran preocupación a nivel internacional⁴⁵. También por las mismas fechas, la ciencia y la tecnología de los alimentos hicieron rápidos progresos. Con la aparición de instrumentos analíticos más sensibles, crecieron también rápidamente los conocimientos sobre la naturaleza de los alimentos, su calidad y sus riesgos para la salud. Paralelamente, al haber cada vez más información disponible sobre los alimentos y temas afines, hubo una mayor aprensión por parte de los consumidores. Mientras que anteriormente las preocupaciones de los consumidores solo abarcaban lo “visible” -peso insuficiente del contenido, variaciones en el tamaño, etiquetado engañoso y calidad deficiente- ahora incluían el temor a lo “invisible”, es decir, a los peligros para la salud que no podían percibirse con la vista, el olfato o el gusto. La posible existencia en los alimentos de microorganismos, residuos de plaguicidas, contaminantes ambientales y aditivos alimentarios, junto con la propagación de algunas crisis alimentarias, que siguen alertando en la actualidad a los consumidores, fue objeto de preocupación social. Los grupos de consumidores se estructuraron paulatinamente, tanto a nivel internacional como nacional, contribuyendo notablemente a un aumento, en todo el mundo, de la presión sobre los gobiernos para que protegieran a la sociedad contra los alimentos peligrosos y de mala calidad.

Los poderes públicos responsables de la reglamentación alimentaria, desbordados por la complejidad de los nuevos retos planteados, los comerciantes, los consumidores y los expertos, expresaron de modo creciente su esperanza de que la FAO y la OMS tomaran la iniciativa de desenmarañar la madeja de reglamentaciones alimentarias que obstaculizaban el comercio y en la mayoría de los casos proporcionaban a los consumidores una protección insuficiente.

En el período comprendido entre 1954 y 1958, ante la relativa pasividad de las organizaciones internacionales, Austria promovió activamente la creación de un código

⁴⁵ Extracto del Informe de la primera reunión del Comité Mixto FAO/OMS de Expertos de Nutrición, de 1950: “Los reglamentos alimentarios de los diferentes países son con frecuencia divergentes y contradictorios. La legislación que regula la conservación, la nomenclatura y las normas alimentarias aceptables suele variar considerablemente de un país a otro. A menudo se introducen nuevas legislaciones que no están basadas en conocimientos científicos y puede darse el caso de que apenas se tengan en cuenta los principios nutricionales en la formulación de las reglamentaciones”

alimentario regional, el *Codex Alimentarius Europaeus*⁴⁶. Dos años después, en octubre de 1960, la primera Conferencia Regional de la FAO para Europa reconoció: “la conveniencia de un acuerdo internacional sobre normas alimentarias mínimas y cuestiones conexas (entre ellas, requisitos de etiquetado, métodos de análisis, etc.) como medio importante para proteger la salud de los consumidores, asegurar la calidad y reducir los obstáculos al comercio, especialmente en el mercado de Europa en rápida integración”. Esta Conferencia fue el impulso definitivo para la creación del Consejo del *Codex Alimentarius Europaeus* que, a su vez, encomendó las tareas de normalización alimentaria a nivel internacional e impulsó la creación de la Comisión del *Codex Alimentarius*⁴⁷.

Los trabajos de la Comisión del *Codex* han sido siempre respaldados por la consulta y participación de expertos de todo el mundo. El *Codex Alimentarius* incluye normas alimentarias concretas para productos, códigos de prácticas de higiene o tecnológicas, así como normas y directrices para la utilización de plaguicidas, aditivos alimentarios y medicamentos veterinarios evaluados. La Comisión del *Codex* realiza también otras actividades, entre las que cabe citar una intensa actuación de fomento para que los comerciantes de alimentos adopten voluntariamente normas éticas como forma importante de proteger la salud de los consumidores y promover prácticas equitativas en el comercio alimentario. Con este fin, la Comisión ha publicado un *Código de Ética para el Comercio Internacional de Alimentos*, incluido en el *Codex Alimentarius*. En el ámbito de la normalización alimentaria, pues, la Comisión del *Codex Alimentarius*

⁴⁶ En el Imperio austrohúngaro, entre 1897 y 1922, se elaboró una colección de normas y descripciones de productos para una gran variedad de alimentos bajo el título de *Codex Alimentarius Austriacus*. Aunque carecía de fuerza jurídica, fue utilizado como referencia por los tribunales con el fin de determinar normas de identificación para ciertos alimentos. El nombre del *Codex Alimentarius* actual deriva del código austriaco.

⁴⁷ Este proceso se desarrolló de acuerdo a los siguientes pasos. Cuatro meses después de la celebración de la conferencia regional, la FAO entabló conversaciones con la OMS, la CEPE (Comisión Económica para Europa), la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico) y el Consejo del *Codex Alimentarius Europeus*, presentando propuestas que culminaron en el establecimiento de un programa internacional sobre normas alimentarias. El Consejo del *Codex Alimentarius Europaeus* aprobó una resolución en la que se propone que la FAO y la OMS se hagan cargo de sus actividades relacionadas con las normas alimentarias. Debido a este impulso, en noviembre de 1961, la Conferencia de la FAO, aprobó una resolución por la que se creaba la Comisión del *Codex Alimentarius*. Los Estatutos de esta Comisión fueron aprobados en mayo de 1963, en el marco del Programa Conjunto FAO/OMS sobre Normas Alimentarias, de la XVI Asamblea Mundial de la Salud. Según el artículo 2 de sus estatutos, pueden formar parte de la Comisión todos los Estados Miembros y Miembros asociados de la FAO y la OMS. Dichos estatutos, así como las características, el funcionamiento y las normas aprobadas por la Comisión del *Codex* han sido consultadas en la página web de la OMC: <http://www.oms.org>.

juega un papel similar al que se atribuye, en el ámbito de la normalización industrial, a los organismos internacionales de normalización de carácter privado⁴⁸.

Para no extendernos innecesariamente, podemos decir que la normalización de los productos farmacéuticos que incluye, por un lado, las “Normas de Correcta Fabricación” de medicamentos y, por el otro, la *Farmacopea* o *Codex Medicamentarius*, que es el código de especificaciones que han de satisfacer los medicamentos y sus materias primas, ha tenido una evolución similar. El protagonismo de Comités científicos de ámbito internacional ha caracterizado el largo proceso de elaboración de estas reglas técnicas⁴⁹. La comunicación entre Comités científicos facilita la armonización de estas normas que, por su concreción, su extensión y su precisión, son aprobadas oficialmente a nivel europeo e incorporadas después a nivel nacional, sin ni siquiera ser publicadas oficialmente⁵⁰.

⁴⁸ La importancia de la adopción de las normas del Codex como normas justificadas científicamente a efectos de los Acuerdos SFS y OTC es inmensa. Esas normas han pasado a formar parte integrante del marco jurídico dentro del cual se está facilitando el comercio internacional gracias a la armonización. Se han utilizado ya como punto de referencia en controversias comerciales y cabe prever que se utilizarán cada vez más en ese contexto.

⁴⁹ Los acuerdos internacionales para la unificación de las fórmulas de composición de los medicamentos datan de principios de siglo, antes de la existencia de la OMS. En concreto, el 29 de noviembre de 1906 se firmó en Bruselas un Acuerdo para la Unificación de la Fórmula de los Medicamentos Heroicos, que fue revisado el 20 de agosto de 1929. Con fecha de 20 de mayo de 1952 se firmó en Ginebra un nuevo acuerdo en el que ya se encargaba el patrocinio de estos trabajos a la OMS, mediante la adscripción de la Secretaría Permanente de la Farmacopea Internacional a este organismo. Fruto de sus trabajos se elaboraron la *Pharmacopea Internationalis* y las Normas de Correcta Fabricación de Calidad de los Medicamentos. En la actualidad, colabora estrechamente con esta Secretaría permanente, una organización privada de carácter internacional, la *International Conference on Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use*, de la que forman parte: la Agencia Europea de Evaluación de productos medicinales; la Federación Europea de Asociaciones e Industrias Farmacéuticas; el Ministerio de Salud y Bienestar de Japon; la Asociación japonesa de productos farmacéuticos; la *Food and Drug Administration* de Estados Unidos (FDA) y la Asociación de Investigación y Elaboración de productos farmacéuticos de America.

⁵⁰ Puede decirse que estas normas, más que ser aprobadas por organismos públicos con competencias normativas, son en realidad “recogidas” por tales organismos y dotadas de carácter vinculante mediante su aprobación por un instrumento jurídico. La obligación de aplicar la Guía de Normas de Correcta Fabricación recomendada por la OMS proviene de la Directiva 91/356/CEE, de 13 de julio de 1991, si bien en España esta obligatoriedad fue impuesta con anterioridad, mediante la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 19 de abril de 1985. También era obligatorio en España, a tenor de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, seguir las indicaciones de la Farmacopea Europea, hasta que no se aprobase oficialmente su versión española. La primera edición armonizada de la Farmacopea Española se aprobó por Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 26 de diciembre de 1996. Según el artículo 1 de la citada Orden: “Se aprueba la Real Farmacopea Española que consta de 1126 monografías de la Farmacopea Europea y dos monografías peculiares españolas”. Con posterioridad, se han aprobado diversos Suplementos, adiciones y actualizaciones. Véanse las Ordenes del

3. La normalización y la certificación en el ámbito de la Unión Europea.

La normalización en el ámbito de la Unión Europea y el impulso de la certificación privada de normas técnicas responde a las mismas motivaciones que explican este fenómeno a nivel internacional. Un hito fundamental en este proceso tiene lugar a partir de la adopción, por parte de la Unión Europea, de una política de armonización de productos conocida como “nuevo enfoque”⁵¹. El origen de esta política se encuentra en las dificultades de la Unión para llevar a cabo una armonización completa de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros, en lo que se refiere al establecimiento de los requisitos de fabricación y comercialización de productos. Sin esta armonización, las reglamentaciones nacionales sobre estos temas se erigían en verdaderos obstáculos técnicos a la libre circulación de productos. Para afrontar este problema, el Consejo aprobó la Resolución 85/C/136/81, de 7 de mayo de 1985, relativa a la nueva aproximación en materia de armonización y de normalización, que sienta las bases de un “nuevo enfoque” comunitario en materia de armonización técnica⁵².

Los cuatro principios fundamentales sobre los cuales reposa la nueva aproximación, según reza el Anexo II de la citada Resolución europea, son los siguientes. En primer lugar, se pretende que la armonización comunitaria en materia de seguridad industrial se limite a la adopción de las exigencias esenciales de seguridad (entre las que se incluyen otras exigencias de interés colectivo, como la protección de la salud o del medio ambiente). Estas exigencias deben ser respetadas por todos los productos puestos en el mercado, los cuáles, por este hecho, deberán beneficiarse de la libre circulación en la Comunidad. En segundo lugar, se prevé que las mencionadas

Ministerio de Sanidad y Consumo de 30 de diciembre de 1997; 31 de diciembre de 1998; 24 de febrero de 2000 y 17 de abril de 2001.

⁵¹ Puesto que existe abundante bibliografía sobre el “nuevo enfoque”, nos limitaremos aquí a señalar solamente un par de rasgos esenciales de esta nueva política. Para profundizar en ellos pueden consultarse, entre otros: J. PELKMANS, “The new approach to technical harmonization and standardization”, *Journal of Common Market Studies*, n.º 25, 1987, pp. 249 y ss.; D. WAELBROECK, “L’harmonisation des règles et normes techniques dans la CEE”, *Cahiers de Droit Européen*, 1988, pp. 243 y ss.; A. MATERA, *El Mercado Único Europeo. Sus reglas de funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, p. 214; E. PREVIDI, y J. McMILLAN, “Reglamentos técnicos, normalización y certificación en la Comunidad Europea”, *Economía Industrial*, n.º 247, 1986, pp. 63 a 72; L. MILLÁN MORO, *La armonización de legislaciones en la CEE*, CEC, Madrid, 1986, p. 243; M. LÓPEZ ESCUDERO, *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1991, p. 420; V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización...*, op. cit., p. 354 a 367; J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad ...*, op. cit., p. 262.

exigencias esenciales de seguridad sean especificadas y desarrolladas, teniendo en cuenta el estado de la tecnología, por los organismos competentes en materia de normalización industrial. En tercer lugar, se establece que las especificaciones técnicas aprobadas por los organismos de normalización (denominadas “normas técnicas europeas armonizadas”) no tendrán carácter obligatorio, conservando su estatuto de normas voluntarias. En cuarto y último lugar, el sistema se cierra con una previsión importantísima. A pesar del carácter voluntario de las “normas técnicas armonizadas”, se obliga a las Administraciones públicas a reconocer en los productos fabricados de conformidad con las mismas, una presunción de conformidad con las “exigencias esenciales” establecidas por las directivas que fijan las condiciones de seguridad. Ello implica que las empresas tienen la facultad de no fabricar sus productos de conformidad con las normas voluntarias aprobadas por los organismos de normalización, pero que, en dicho caso, les incumbe la tarea de probar la conformidad de sus productos con las exigencias esenciales de seguridad fijadas a nivel comunitario.

Este “nuevo enfoque” se concreta con la aprobación de la Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1989, relativa a un planteamiento global en materia de evaluación de la conformidad, llamada “enfoque global”. En ella se incluye la definición de los distintos “módulos de certificación de conformidad”, que permiten acreditar el cumplimiento de las normas técnicas. En la actualidad, el sistema modular comprende ocho módulos de evaluación que abarcan desde el más sencillo (A), hasta el más complejo (H)⁵³. La certificación de un producto de acuerdo con alguno de estos módulos permite la colocación de una marca que atestigua la conformidad del producto a las exigencias esenciales de las directivas de “nuevo enfoque”: el “marcado CE de conformidad”⁵⁴.

⁵² DOCE C 136, de 4 de agosto de 1985.

⁵³ Una detallada descripción de los distintos módulos del “enfoque global” puede verse en J. R. HIDALGO MOYA y M. OLAYA ADÁN, *Derecho del producto industrial*, Colex, Barcelona, 1997, pp. 349 y ss.; y M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos...*, op. cit, pp. 328 a 344.

⁵⁴ Las previsiones de la Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1991, conocida como “enfoque global” [DOCE C 10, de 16 de enero de 1990] y, en concreto, la introducción de la marca “CE”, de acuerdo a los módulos de conformidad se pusieron en marcha después de la entrada en vigor de la Decisión del Consejo 90/683/CEE, de 13 de diciembre de 1990 [DOCE L 380, de 31 de diciembre de 1990]. La “marca CE” ha sido sustituida por el “marcado CE de conformidad”, mediante las modificaciones introducidas por la Decisión 93/465/CEE, de 22 de julio, que modifica la anterior, y por la Directiva 93/68/CEE, de 22 de julio, que generaliza el sistema modular, adaptándolo a las Directivas de “nuevo enfoque” aprobadas hasta aquel momento.

Para poner en funcionamiento este sistema es necesario, por un lado, que existan en todos los Estados organismos acreditados que certifiquen la conformidad de los productos a las normas técnicas armonizadas (“organismos notificados”, según la terminología comunitaria) y, por el otro, que se indique cuáles son los organismos competentes en materia de normalización.

También a nivel europeo se han creado organizaciones privadas para realizar estas funciones. Existen tres organismos de normalización: el Comité Europeo de Normalización (CEN); el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (CENELEC); y, por último, el Instituto Europeo de normas de Telecomunicaciones (ETSI). Todos ellos adoptaron, desde el momento de su creación, la forma jurídica de Asociaciones privadas sin ánimo de lucro. En el seno de la CEN y la CENELEC están representados los organismos de normalización de los diversos países miembros de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Cambio⁵⁵. El ETSI, por el contrario, agrupa “todas las partes interesadas en los trabajos de normalización a nivel europeo”⁵⁶. Los organismos europeos de normalización también desarrollan la actividad de certificación de la conformidad de los productos de acuerdo a las normas por ellos aprobadas. La CENELEC ha venido gestionando diversos sistemas de certificación, a raíz del Acuerdo CCA (Cenelec Certification Agreement) y el Acuerdo CECC (*Cenelec Elektronik Components Committee*). También el CEN creó en su seno el CENCER, que no es más que un sistema de certificación gestionado por el propio CEN. Más recientemente, gracias al acuerdo de la Comisión de las Comunidades Europeas, la Secretaría de la Asociación Europea de Libre Comercio, el CEN y el CENELEC se ha creado una organización internacional consagrada al fomento a nivel europeo del reconocimiento recíproco de las pruebas y certificaciones en el ámbito voluntario. Esta organización adopta la forma de asociación y recibe la denominación de Organización

⁵⁵ Sobre la estructura y funcionamiento de estos organismos puede verse: V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización...*, op. cit., p. 367; F. NICOLAS, y J. REPUSSARD, *Normas comunes para empresas*, Oficina de Publicaciones oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, 1994, p. 41; y, J. IGALENS, J. y H. PENAN, *La normalisation*, op. cit., p. 48.

⁵⁶ Esta especial estructura representativa de carácter directo se explica por la ausencia de organismos, asociaciones o entidades de normalización especializadas en el sector de las telecomunicaciones a nivel nacional. Un detenido análisis sobre la composición y funciones de este organismo puede encontrarse en P. LIPPENS DE CERF, “La normalisation des Télécommunications en Europe”, *Revue des affaires européennes*, n.º 1, 1991, pp. 39 a 54.

Europea de Certificación (EOTC, según las siglas correspondientes a su denominación en inglés, *European Organisation for Testing and Certification*)⁵⁷.

Mediante el nuevo enfoque comunitario la Unión Europea refuerza claramente el desarrollo de la normalización y le otorga un importante papel, no sólo en el ámbito de la calidad industrial, donde venía normalmente operando, sino también en el ámbito de la protección de bienes esenciales, como la seguridad. A pesar de la relación existente entre la normalización y la garantía de la seguridad industrial, la Unión Europea en ningún momento prejuzga el carácter, público o privado, que deben tener los organismos de normalización y las entidades de certificación a nivel nacional. Es más, teniendo en cuenta que esta tarea ha venido siendo desarrollada tradicionalmente, en la mayoría de los países europeos, por asociaciones privadas, puede afirmarse sin reparos que la Unión Europea está pensando en la naturaleza privada de los organismos de normalización.

Lo destacable es, en cualquier caso, que la Unión Europea sienta las bases para la existencia de una actividad privada de normalización, de carácter estrictamente voluntario, cuyo cumplimiento permite obtener una certificación que constituye una prueba privilegiada del cumplimiento de los requisitos de seguridad establecidos a nivel comunitario⁵⁸.

4. La normalización y la certificación en España.

La tardía incorporación de España en el desarrollo económico, el notable retraso en la recepción de los sistemas de producción en serie y la tradicional formación de ingenieros y técnicos en el seno de la Administración pública, propiciaron que en nuestro país se desarrollase un sistema de normalización totalmente distinto al implantado en otros Estados.

La actividad de normalización de productos industriales ha sido desarrollada tradicionalmente en nuestro país por estructuras jurídico-públicas integradas en la

⁵⁷ Esta información ha sido tomada de V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización...*, op. cit., pp. 454-455.

organización de la Administración del Estado. Sin embargo, las limitaciones de la Administración respecto al dominio de los conocimientos técnicos, la progresiva modernización y tecnificación del sector industrial, el contraste con los modelos existentes en otros países, las presiones del movimiento privatizador -que propugnan una reducción del Estado al mínimo necesario-, la recepción de normas internacionales y, fundamentalmente, el impulso de la Unión Europea, han transformado por completo el panorama preexistente. La normalización de productos e instalaciones es una actividad en la que, mayoritariamente, a nivel supraestatal, los protagonistas son hoy los sujetos privados⁵⁹. También en España, en la actualidad, la autorregulación del sector industrial, de las asociaciones de técnicos e ingenieros, es un rasgo que define la normalización industrial. El protagonismo adquirido por las normas técnicas en el sector industrial no es, sin embargo, extensible a todos los productos. El sector alimentario y farmacéutico sigue residenciado en manos públicas y su regulación se plasma en normas que poseen carácter jurídico-vinculante, más en concreto, en reglamentaciones técnicas que, habitualmente, incorporan el contenido de las reglas técnicas internacionales (Código Alimentario, Reglamentaciones Técnico-sanitarias y Normas de Calidad de los alimentos), o en reglamentos que remiten al contenido de dichas reglas técnicas (Normas de Correcta Fabricación y Farmacopea).

A) La intervención pública como rasgo tradicional.

El origen de la normalización industrial en España puede cifrarse en la creación de la Comisión Permanente Española de Electricidad (CPE), mediante RD de 22 de noviembre de 1912, que la define como organismos adscrito al Ministerio de Fomento

⁵⁸ Esta dirección ha sido confirmada por la Resolución del Consejo, de 28 de octubre de 1999, sobre “La función de la normalización en Europa”, DOCE C 141, de 2000.

⁵⁹ El “nuevo enfoque” comunitario y, por tanto, las actividades de los organismos privados de normalización a nivel europeo -CEN y CENELEC- afectan a productos industriales y electrotécnicos. La armonización, a nivel supraestatal, de la normalización de productos alimentarios, tiene lugar a través de la actividad de la Comisión del *Codex Alimentarius*, en la que participan activamente diversas asociaciones privadas; y la armonización europea e internacional de la normalización de productos farmacéuticos está relacionada con la actividad, respectivamente: de la Agencia Europea de Evaluación de productos medicinales y de la Federación Europea de Asociaciones e Industrias Farmacéuticas; y de la Secretaría Permanente de la Farmacopea Internacional de la OMS y la *International Conference on Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use*. Parecería que no existe una actividad supraestatal de armonización de la normalización de instalaciones, que nos permita sostener que, también en este campo, es notorio el protagonismo de sujetos privados. Sin embargo, la relación existente entre la normalización de productos industriales para la construcción y la normalización de las estructuras e instalaciones de todo tipo conduce a que el CEN -y, mediante la

de la época, en dependencia de la Dirección de Comercio, Industria y Trabajo. Esta Comisión tenía atribuida la función de asesorar al Gobierno “en cuanto se refiere a las aplicaciones industriales de esta ciencia y representar a España en las reuniones internacionales que tengan por objeto unificar las disposiciones legales correspondientes”; con este objeto, “la Comisión representará a España en la Comisión Internacional Electrotécnica, asumiendo las funciones que los Estatutos de ésta, aceptados por el Gobierno español por Real Orden de 6 de febrero de 1907, señalan a los Comités Nacionales Electrotécnicos”. La creación de la CPE se produce, pues, al impulso de la normalización internacional que, como hemos visto, se venía desarrollando para el sector electrotécnico desde 1906. No obstante, y a diferencia de otros países, la participación española no se fundamenta en la iniciativa privada, sino en una iniciativa de carácter público que se concreta en un supuesto de participación orgánica de sujetos privados en la organización consultiva de la Administración ya que, la CPE estaba integrada, junto por representantes de la propia Administración, por representantes de los sectores profesionales y empresariales interesados⁶⁰.

Siguiendo el modelo de la CPE, la mayor parte de los intentos de extender la normalización industrial a otros sectores surgieron a iniciativa de la Administración Pública, mediante la creación de organismos especializados en los que se fomentaba la participación de la industria y los profesionales⁶¹. Destacan, sin embargo, las iniciativas privadas de la Asociación Electrónica Ibérica y la Federación Nacional del Hierro⁶².

incorporación de sus normas, también los organismos privados de normalización a nivel estatal, esté asumiendo responsabilidades en esta materia.

⁶⁰ El artículo 2 del RD de 22 de noviembre de 1912 establece que la CPE estará integrada por “un Presidente y un Secretario Delegado, nombrados por el Ministerio de Fomento; los cinco Profesores de Electricidad de las Escuelas Especiales de Ingenieros de Caminos, Minas, Montes, Agrónomos e Industriales; el Profesor de Electricidad de la Universidad Central; un representante de cada uno de los Ministerios de Fomento, Instrucción Pública, Guerra y Marina, nombrados por sus respectivos Ministros, y un representante de las diversas compañías de electricidad establecidas en España”. Posteriormente, un RD de 13 de octubre de 1913 aprobó el Reglamento de régimen interior por el que se regía esta Comisión, previendo, en su artículo 1, la posibilidad de que la Comisión “proponga con posterioridad las ampliaciones que estime pertinentes en el número de Vocales que la constituyen, si fuera oportuno dar cabida en ella a alguna personalidad u organismo cuya índole lo requiriese”.

⁶¹ Puede citarse en esta línea la creación de organismos públicos de normalización, con representación pública y privada, en los siguientes sectores: a) Material ferroviario (RD de 18 de diciembre de 1925, de creación de la Comisión permanente para el Ensayo de Materiales y la Tipificación Industrial, dependiente del Ministerio de Agricultura, Industria y Comercio; y RD de 14 de diciembre de 1928, por el que se regula el estatuto de dicha Comisión y se crea la Oficina de Unificación del Material Ferroviario); b) Aparatos elevadores (Orden del Ministerio de Industria de 31 de marzo de 1966, de creación del Comité asesor de la industria de aparatos elevadores, dependiente del Consejo Superior de Industria); c) Aparatos y recipientes a presión (Orden del Ministerio de Industria de 31 de marzo de 1966, por el que se constituyó el Comité asesor de la industria de aparatos y recipientes a presión, dependiente,

No obstante, el peso de la Administración pública y, seguramente, el escaso impulso de una industria privada fuertemente intervenida y poco desarrollada, fue determinante en la configuración jurídico-pública del primer organismo de normalización industrial de carácter multisectorial en España. En efecto, en 1946 se creó el Instituto de Racionalización del Trabajo (IRATRA), con el objeto de asumir las tareas de normalización técnica en el conjunto del sector industrial⁶³. Este Instituto se integró en el Patronato “Juan de la Cierva” que, a su vez, formaba parte del Consejo Superior de Investigaciones Científicas⁶⁴. Como ya hemos avanzado, con el objeto de prestar apoyo al Instituto encargado de la normalización industrial en España se crearon, mediante Decreto 1765/1961, de 22 de septiembre, las llamadas “Asociaciones de Investigación Industrial”⁶⁵. Estas asociaciones, de base puramente privada y de carácter no lucrativo, se constituían por sectores industriales que agrupaban en su seno a las

al igual que la anterior, del Consejo Superior de industria); d) Vehículos automóviles (Orden del Ministerio de Industria de 31 de julio de 1974, de creación de la Comisión Asesora del Ministerio de Industria en materia de reglamentación de vehículos automóviles, que venía a sustituir al Comité asesor de reglamentación de vehículos que había sido creado en 1966); d) Materiales para la construcción (Decreto de 5 de diciembre de 1975, de creación del organismo autónomo “Instituto Nacional para la Calidad de la Edificación” (INCE), dependiente del Ministerio de Vivienda. Este Instituto venía a agrupar las funciones que ejercían en este ámbito el Instituto Técnico de Construcción y Edificación y el Comité Asesor sobre marcas nacionales de fabricación y de calidad de los materiales de construcción). Estos datos han sido tomados de la documentada monografía de J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad ...*, op. cit., p. 79.

⁶² R. PAVÓN GUERRERO, en “La normalización en España y en el mundo”, *Economía Industrial*, n.º 247, 1986, p. 53, da cuenta de un fallido intento de creación de una entidad de normalización metalúrgica por parte de la Federación Nacional del Hierro. No obstante en 1930, dicha Federación auspició la creación de la Comisión de Normalización de la Construcción Naval que, en palabras del citado autor, llegó a ser una de las entidades españolas de mayor prestigio en el campo de la normalización industrial. También en 1930 se fundó la Asociación Electrónica Ibérica, cuya función primordial era realizar estudios conjuntos entre la Administración y los fabricantes de este tipo de productos.

⁶³ A pesar de ello, según pone de manifiesto J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad ...*, op. cit., p. 80: “algunos sectores continuaron manteniendo la autonomía operativa que les caracterizó desde sus orígenes, derivada de su íntima ligazón a las necesidades normalizadoras propias de la Administración pública”.

⁶⁴ El Consejo Superior de Investigaciones Científicas es un organismo autónomo de carácter administrativo adscrito orgánicamente al Ministerio de Educación y Ciencia que, según dispone la Ley de 24 de noviembre de 1939, de creación de dicho Consejo, se “divide en Patronatos, integrados por Institutos”. Entre estos Patronatos, el encargado de llevar a cabo investigaciones de carácter técnico e industrial recibía la denominación de Patronato “Juan de la Cierva”, que integra, a su vez, por Decreto de 9 de enero de 1948, el IRATRA.

⁶⁵ Su misión consistía, esencialmente, en “el desarrollo, con carácter cooperativo de programas de investigación y la resolución de problemas de asistencia técnica encaminados al progreso y mejoramiento de sus técnicas de trabajo y rendimiento de su producción”. En este marco, las Asociaciones de investigación que fueron surgiendo a lo largo de la década de los sesenta, asumieron funciones relativas a la normalización de las características y calidades de los productos afectados por sus respectivos ámbitos de actuación, a la definición de los métodos de ensayo y, en general, a la resolución de los problemas técnicos que, en sus respectivos sectores, presentaba la evolución tecnológica e industrial. La labor de investigación y normalización sectorializada de estas asociaciones había sido, en muchos casos, aprovechada por el IRATRA y, posteriormente, por el IRANOR para la elaboración de las “normas técnicas españolas” (UNE).

empresas de su ámbito. A pesar de que estas asociaciones nunca asumieron formalmente las funciones de normalización industrial en España, su existencia resulta indispensable para entender la reorganización actual de esta tarea.

Unos años más tarde, mediante Decreto 2012/1971, de 23 de julio, por el que se reordenan los Patronatos e Institutos dependientes del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, el IRATRA pasa a llamarse Instituto Nacional de Racionalización y Normalización (IRANOR) y se vincula funcionalmente a la Dirección General de la Promoción Industrial y Tecnología del Ministerio de Industria. A partir de 1981, por expresa disposición del Reglamento General de Actuaciones del Ministerio de Industria en el campo de la Normalización y la Homologación, el IRANOR comenzó a actuar bajo la coordinación de la Comisión Ministerial de Normalización, Homologación y Seguridad.

Esta conexión funcional entre la actividad de normalización y la homologación denota ya la promiscuidad existente entre los ámbitos de la calidad y la seguridad industrial. La normalización en sentido amplio, esto es, la actividad encaminada a cumplir las funciones de tipificación, unificación y especificación de productos, podía en realidad ser desarrollada indistintamente mediante normas técnicas o mediante reglamentos técnicos. El contenido de unos y otros no era, en sustancia, distinto. Es más, en muchos casos las normas técnicas constituían (y siguen siendo) la antesala para la aprobación de reglamentos técnicos⁶⁶. Las normas técnicas españolas (UNE) eran elaboradas, hasta su supresión en agosto de 1985, por el IRANOR, y se caracterizaban por ser de aplicación voluntaria. Como veremos, las normas UNE aprobadas hasta 1985 por este organismo público son hoy aprobadas por una asociación de carácter privado, la

⁶⁶ Existen numerosos ejemplos que demuestran que los reglamentos técnicos, en la mayoría de los casos, no son sino un supuesto de incorporación de normas técnicas al ordenamiento jurídico, un supuesto, en otras palabras, de atribución de efectos jurídico-vinculantes a una norma voluntaria. La referencia a un reciente reglamento técnico, cuyo contenido material coincide con el de algunas normas técnicas existentes con anterioridad, nos permite establecer, al mismo tiempo la vinculación existente entre esta técnica jurídica y la gestión de los riesgos. Se trata del RD 909/2001, de 27 de julio, en el que se establecen los criterios higiénico-sanitarios para la prevención y el control de la legionelosis, aprobado como consecuencia de la alarma social provocada por la aparición de diversos brotes de legionela. El contenido de este reglamento se basa en la Norma UNE 100-030-1994 [modificada por la Norma UNE 100-030-2001], en la que se establece la “Guía para la prevención de la legionela en instalaciones”; y en las siguientes Normas Técnicas de Prevención (NTP) editadas por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo: la NTP-288/1991, sobre la síndrome del edificio enfermo, las enfermedades relacionadas y el papel de los bioaerosoles; la NTP-299/1993, sobre el método para el recuento de

Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR). Los reglamentos técnicos, de carácter obligatorio, eran aprobados por Real Decreto o por Orden del Ministerio de Industria, y servían de base para la homologación de los productos incluidos en su ámbito de aplicación⁶⁷.

La relativa complejidad de este entramado de reglas técnicas, de instrumentos relacionados con las mismas y de organismos competentes para su aprobación, se acentúa notablemente si se analiza un ámbito en concreto, como el relativo a la normalización de instalaciones y productos de edificación. En este campo, entre las reglas técnicas de carácter voluntario cabe citar, no sólo las normas UNE, sino también las Normas Tecnológicas de la Edificación (NTE), aprobadas por la Dirección General de la Vivienda, la Arquitectura y el Urbanismo⁶⁸. Las reglas técnicas de carácter obligatorio adoptan la forma de Normas Básicas de Edificación (NBE), aprobadas por Real Decreto, a propuesta de la misma Dirección General⁶⁹; Reglamentos, Instrucciones Técnicas Complementarias y Normas Básicas aprobadas por el Ministerio de Industria⁷⁰; Pliegos de Recepción de materiales aprobadas por el Ministerio de Fomento⁷¹; y un largo etcétera⁷².

bacterias y hongos en el aire; y la NTP-313/1993, sobre la calidad del aire interior y los riesgos microbiológicos en los sistemas de ventilación y climatización.

⁶⁷ Puede consultarse la profusa relación de reglamentos técnicos a los que hace referencia J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad ...*, op. cit., pp. 300 a 305.

⁶⁸ Las NTE suponen una traducción operativa de los conceptos generales contenidos en las Normas Básicas, en los Reglamentos y en las Instrucciones de obligado cumplimiento, cuando éstas existan. La existencia de NTE viene prevista en el Decreto 3565/1972, de 23 de diciembre. También hace mención a ellas el Decreto 1650/1977, que se recalca su no obligatoriedad; y el Decreto 570/1981, por el que se faculta a la Dirección General de Arquitectura y Vivienda (hoy día, de la Vivienda, Arquitectura y Urbanismo) a realizar las modificaciones que considere oportunas en la Clasificación sistemática aprobada en el Decreto de 1972.

⁶⁹ Las NBE están reguladas por el RD 1650/1977, de 10 de junio, sobre normativa de la edificación y establecen, a partir de los fundamentos del conocimiento científico y tecnológico, las reglas necesarias para la correcta proyección y ejecución de edificios. Su contenido viene determinado por las normas UNE existentes en esta materia y, en la actualidad, por los denominados “Eurocódigos”, que son normas EN destinadas a regular la construcción de obras en la Comunidad Europea.

⁷⁰ Estas normas, emanadas por el Ministerio de Industria, están reguladas por el RD 2585/1981, en el que se aprueba el Reglamento General de Actuaciones del Ministerio de industria en el campo de la normalización y de la Homologación. No están dirigidas, como las NBE, a las obras o a partes de ellas, sino a la regulación de productos e instalaciones.

⁷¹ Los Pliegos de recepción son disposiciones, obligatorias en algunos casos, que establecen las prescripciones técnicas que han de reunir los materiales para su recepción en obras de construcción. Establecen los métodos de ensayos necesarios para determinar las características de los materiales en función de normas UNE. Cabe destacar que los productos que presenten Sellos o Marcas de calidad reconocidos están exentos de los ensayos de recepción.

⁷² Para mayor información, véase R. SALGADO DE LA TORRE, “La normativa de la edificación”, *Arquitectos*, n.º 143, 1997, pp. 43 a 47, y M. N. DE LA SERNA BILBAO, *Manual de Derecho de la edificación*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, en especial, pp. 149 y ss.

En otros sectores no sólo ha sido tradicional el carácter público de la normalización, sino también el desarrollo exclusivo de ésta mediante instrumentos jurídico-vinculantes. Estos rasgos siguen caracterizando hoy la normalización alimentaria. A diferencia de lo que venía ocurriendo en el ámbito de la normalización industrial, donde la actividad del IRANOR, o de otros organismos públicos de normalización, podía dar lugar, indistintamente, a normas voluntarias o a reglamentaciones técnicas de carácter obligatorio, las normas aprobadas por los organismos públicos de normalización alimentaria poseen siempre carácter vinculante. En este sector, pues, la diversa denominación de las normas aprobadas, entre las que se distingue las Reglamentaciones Técnico-sanitarias de las Normas de Calidad, no responde a una naturaleza distinta. Ello no es obstáculo, sin embargo, para sostener que tales normas responden a una actividad de normalización en sentido material. Se ha afirmado con rotundidad que “las normas alimentarias son poco más que mera normalización de alimentos. Ello, incluso, parece ser lo único que se pretende con ellos”⁷³.

Por lo demás, la regulación de la alimentación coincide, en su contenido y en sus fines, con la normalización que se lleva a cabo a nivel internacional⁷⁴. En concreto, como respuesta a las llamadas de la FAO, la OMS y la Comisión del *Codex Alimentarius* se creó, por Orden de la Presidencia de Gobierno de 21 de junio de 1955, una Comisión Interministerial encargada de estudiar y redactar proyectos de Reglamentaciones Técnico-Sanitarias, convertida posteriormente en la Comisión Interministerial para la Ordenación Alimentaria, por Decreto de 1664/1966, de 16 de junio. En su seno, y como fruto de los trabajos de la misma, se estableció, por Orden de 29 de marzo de 1960, una subcomisión de expertos para la redacción del Código

⁷³ M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora*, ... , op. cit., p. 126.

⁷⁴ Así, la organización de las naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación y la Organización Mundial de la Salud consideran normas alimentarias al “conjunto de reglamentos o leyes donde se definen ciertos criterios (composición, aspecto, frescura, procedencia, saneamiento, contenido bacteriano máximo, pureza, concentraciones máximas de aditivos, etc.) que deben satisfacer los alimentos para que se autorice su distribución o venta”: Estudio FAO-OMS preparado en colaboración con el programa de la ONU para el medio ambiente, “Orientaciones para el establecimiento de un eficaz sistema nacional de inspección de los alimentos”, Roma, 1976, p. 121. No se trata de un criterio metodológico relativo a las funciones que realizan estos organismos internacionales, sino que es una realidad, no sólo internacional, sino nacional de muchos países. En este sentido, A. GERARD, *Elementos del Derecho de la Alimentación (estructura, principios y disposiciones esenciales)*, FAO, Roma, 1975, p. 21: “La idea de norma alimentaria corresponde con mucha frecuencia (...) a la definición de un producto lanzado al comercio”.

Alimentario Español⁷⁵. Cuando dicha Comisión dio por cumplido el encargo⁷⁶, y después de someter su trabajo a otras consultas⁷⁷ y a numerosos trámites de información pública,⁷⁸ se sometió el texto a su aprobación por parte del Gobierno.

El resultado de este proceso es el Decreto 2484/67, de 21 de septiembre de 1967, por el que se aprueba el Código Alimentario Español. El marcado carácter técnico de esta norma, la coincidencia esencial de su contenido con el del *Codex Alimentarius*, y la complejidad que entrañaba su aplicación provocaron que este Decreto no entrase en vigor hasta siete años después de su aprobación. A pesar de ello, paradójicamente, sirvió de base material –aunque no de base jurídica– tanto a las Reglamentaciones Técnico-sanitarias como a las Normas de Calidad, que se fueron dictando en desarrollo de sus contenidos⁷⁹.

Las Reglamentaciones Técnico-sanitarias tenían inicialmente por objeto la regulación de determinados productos alimenticios, con exclusión de los que no eran objeto de producción industrial. Tras la entrada en vigor del Código Alimentario

⁷⁵ La exposición de motivos del Decreto 2484/67, de 21 de septiembre, que finalmente probó el Código Alimentario Español, hace referencia expresa a los trabajos realizados por la FAO y la OMS, de los que ya hemos tenido ocasión de hablar y del impulso internacional a que se realizasen estudios técnicos a nivel nacional: “La Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) y la Comisión de Industrias Agrícolas y Alimenticias (CIIA) vienen ocupándose desde hace años de que los distintos Gobiernos lleven a cabo estudios técnicos sanitarios sobre las condiciones que han de reunir los alimentos destinados al consumo humano, lo cual ha traído como consecuencia la preparación y perfeccionamiento de Códigos Alimentarios nacionales”.

⁷⁶ La subcomisión de expertos elaboró, como primer paso, un “proyecto de estructura” del Código Alimentario, que fue aprobado por Orden de 14 de febrero de 1961, que sirvió de base a la elaboración definitiva del Código.

⁷⁷ El Decreto de 16 de junio de 1966 suprimió la antigua Comisión para la Reglamentación Técnico-Sanitaria y creó la Comisión Interministerial para la Ordenación Alimentaria (CIOA), a la que correspondía informar el texto definitivo de Código Alimentario Español.

⁷⁸ Hace referencia a dichos trámites C. BARROS, “Situación legislativa alimentaria”, *Alimentaria*, n.º 92, p. 84.

⁷⁹ En efecto, la aprobación del Código Alimentario no supuso su inmediata entrada en vigor. En artículo 1 del Decreto 2484/1967, de 21 de septiembre establecía: “El Consejo de Ministros acordará por Decreto la entrada en vigor de las distintas partes que componen el mismo”. Al parecer, la publicación había pretendido únicamente dar conocimiento a todos los afectados de las exigencias mínimas básicas de composición, elaboración, condiciones higiénico-sanitarias, tecnología, almacenamiento, transporte y comercialización de los productos y prácticas que recoge el texto con vistas a una puesta en vigor efectiva, no traumática. Ello denota el abismo existente entre las prácticas habituales de producción alimentaria en España y las que se consideraban buenas prácticas desde un punto de vista estrictamente técnico y a nivel internacional. Sea como fuere, el Decreto 2519/1974, de 9 de agosto, acordó la entrada en vigor y aplicación del Código, que debía producirse en dos fases: a los seis meses de la publicación del Decreto entraron en vigor veintinueve capítulos y al año los nueve restantes. Sobre este proceso, véase M. REBOLLO PUIG, *La potestad sancionadora...*, op. cit., p. 187 y ss.; y M. BAENA DEL ALCÁZAR, *La regulación jurídico-pública de los productos alimentarios: Ponencia española del Congreso italo-*

Español, esta técnica de reglamentación se extiende en relación con todos los productos alimentarios⁸⁰. Por su contenido, estas normas se refieren a la normalización de productos industriales destinados a la alimentación; por su naturaleza jurídica se trata de reglamentos técnicos o normas técnicas obligatorias⁸¹.

Las denominadas Normas de Calidad alimentarias están relacionadas con la normalización de productos agrícolas y ganaderos que se inicia, también a iniciativa pública, a impulso de la Ley 22/1972, de 10 de mayo, por la que se aprueba el III Plan de Desarrollo Económico y Social⁸², y la Ley 26/1968, de 20 de junio, por la que se creó el Fondo de Ordenación y Regulación de Precios y Productos Agrícolas⁸³. Estas normas dieron cobertura a los Decretos 2257/1972, de 21 de julio, por el que se regula la normalización de productos agrícolas en el mercado interior y 1043/1973, de 17 de

español de profesores de Derecho Administrativo, Perurgia, Septiembre de 1981, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1982.

⁸⁰ I. DÍAZ YUBERO, “Código Alimentario Español; dificultades de aplicación y su importancia para el consumidor”, *Alimentaria*, n.º 64, 1975, p. 17, pone de relieve que las competencias de la Comisión Interministerial de Ordenación Alimentaria extendía inicialmente sus competencias a las industrias encuadradas en el Sindicato Nacional de Alimentación y Productos Coloniales, por lo que quedaban fuera de su ámbito de actuación productos tales como la carne, la leche, frutas, hortalizas, cereales, vinos, aceites, etc.

⁸¹ Como regla general, a partir de la entrada en vigor del Código Alimentario Español, las Reglamentaciones Técnico-Sanitarias empiezan a aprobarse por Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministros competentes por razón de la materia y previo informe de la Comisión Interministerial de Ordenación Alimentaria. El procedimiento sigue siendo en la actualidad el mismo, sin perjuicio de la participación de los sectores afectados y de los consumidores. Normalmente, sin embargo, quien tiene la iniciativa es la mencionada Comisión interministerial (así lo establece expresamente su normativa: arts. 2 y 5 del real Decreto de 18 de junio de 1982).

La clara juridificación de la aprobación de las reglas técnicas aplicadas a los productos alimentarios no desmiente, sin embargo, que el contenido de tales reglas sea en realidad formulado por sujetos privados. Aunque encontraríamos muchos ejemplos semejantes, es explícita en este sentido la Exposición de Motivos de Real Decreto 2452/1998, de 17 de noviembre, por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria para la elaboración, distribución y comercio de caldos, consomés, sopas y cremas, en la que se reconoce explícitamente que en esta norma se incluyen “determinados aspectos del Código de Prácticas para caldos y consomés, elaborado por la Asociación Internacional de la Industria de Caldos y Sopas y la Federación de Asociaciones de la Industria de Caldos y Sopas de la CEE y aceptado por la Comisión Europea, con el fin de asegurar la libre circulación de estos productos en el mercado comunitario”.

⁸² Ya la Ley 194/1963, por la que se aprobó el Plan de Desarrollo Económico y social para el período 1963-1967 encomendaba al Ministerio de Agricultura la elaboración de las disposiciones necesarias para la normalización de la producción de las industrias agrícolas. En este mismo sentido los artículos 8e y 220 de la Ley 171969, de 11 de febrero, de aprobación del II Plan de Desarrollo Económico y Social. Pero es el artículo 14 del III Plan de Desarrollo Económico, que impone al gobierno una acción decidida de normalización y tipificación de productos agrarios para conseguir los objetivos de política agrícola propuestos, el que acaba encontrando finalmente un desarrollo reglamentario.

⁸³ Según reza su exposición de motivos, la ley de 20 de junio de 1968 encomendaba al Fondo de Ordenación y Regulación de Precios y Productos Agrícolas (FORPA) “la misión de ordenar los mercados de los productos agrarios, velando siempre, de modo especial, por la justa y equilibrada protección tanto de las rentas de los agricultores como del poder adquisitivo de los consumidores”. A tal fin le atribuía, entre otras, la función de proponer al Gobierno “el régimen de tipificación y normalización de los productos agrarios” (art. 2.I.d).

mayo, por el que se regula la normalización de productos ganaderos en el mercado interior. Ambos Decretos tenían por finalidad establecer las directrices comunes para la futura producción de Normas de Calidad. En la práctica, sin embargo, la entrada en vigor del Código Alimentario español en 1974 condujo a que las Normas de Calidad, al igual que las Reglamentaciones Técnico Sanitarias, fuesen dictadas en desarrollo del mismo⁸⁴. En ambos casos, por su naturaleza jurídica, estamos ante reglamentaciones técnicas y no ante normas de aplicación voluntaria. Quizás el único aspecto que distingue las Reglamentaciones Técnico Sanitarias de las Normas de Calidad sea el procedimiento previsto para su elaboración, mucho más participativo en estas últimas⁸⁵.

El carácter público de la actividad de normalización y el protagonismo de las reglamentaciones técnicas, en todos los sectores –que contrasta con el vigor actual de las normas técnicas en algunos de ellos, como veremos a continuación- se correspondía, asimismo, con el carácter público de la verificación del cumplimiento de tales normas. También la certificación pública de la conformidad de las condiciones de seguridad establecidas reglamentariamente -requisito necesario para la apertura y el funcionamiento de las instalaciones industriales o para la puesta en circulación en el mercado de los productos industriales-, responde a modelos distintos.

⁸⁴ Después de un análisis exhaustivo de las reglamentaciones Técnico-Sanitarias y las Normas de Calidad, M. REBOLLO PUIG [en *Potestad sancionadora...*, op. cit., pp. 201 y ss.] llega a la conclusión de que no existen diferencias fundamentales que permitan distinguir ambos tipos de normas en lo que se refiere a su contenido y su obligatoriedad. Solamente es posible advertir que su aprobación se basa en fundamentos distintos (referencia expresa a la actividad de normalización en el caso de las Normas de Calidad) y en distintos instrumentos jurídicos de aprobación (Decreto *versus* Orden). Así, por ejemplo, el citado autor desmiente, a través de ejemplos, las afirmaciones F. TOVAR HERNÁNDEZ, [en *Legislación alimentaria. Códigos nacional e internacional en los alimentos; inspección y control*, Madrid, 1984, pp. 30 y ss.], según el cual, la diferencia entre Reglamentaciones y Normas se encuentra en el dato de que las primeras regulan un sector alimentario completo, mientras que las segundas, dependiendo de las anteriores, las pormenorizan para un producto concreto. Parece que, si bien existen algunos ejemplos que podrían corroborar esta idea, en muchos otros casos esta relación no es cierta.

⁸⁵ Conforme a los Decretos 2257/1972, de 21 de julio, sobre normalización de productos agrícolas y 1043/1973, de 17 de mayo, sobre normalización de productos ganaderos, el procedimiento de elaboración y aprobación de las Normas de Calidad tiene las siguientes fases. En primer lugar se prevé la reunión de la Comisión Especializada de Normalización de Productos Agrícolas (o ganaderos) del FORPA, que debe constituir, a su vez, grupos de trabajo con representación de los Ministerios competentes por razón de la materia, sectores afectados y expertos; seguidamente el FORPA eleva a los Ministros competentes propuesta sobre las normas comerciales y de calidad para los productos cuya normalización estima conveniente; finalmente, se prevé su aprobación por Orden Ministerial (existencia de diversas reestructuraciones orgánicas que afecta al ministerio competente para su aprobación así como a los ministerios a los que corresponde la propuesta de aprobación, normalmente Sanidad, Agricultura y Comercio, aunque también industria en alguna ocasión). Nada se indica en ninguno de los dos Decretos de normalización sobre la intervención de la Comisión Interministerial de Ordenación Alimentaria. Sin

Hasta los años ochenta, la puesta en circulación de un producto requería su previa homologación por parte de la Administración pública. La homologación consistía en la actividad de verificación, por parte de la Administración, de que el prototipo de un producto satisfacía las condiciones previstas en los reglamentos técnicos de seguridad previstas para el mismo. Para realizar esta verificación la Administración se basaba no sólo en su propio criterio, sino también en los informes emitidos por laboratorios de ensayo, públicos o privados, y en las inspecciones realizadas por “Entidades colaboradoras de la Administración pública”, transformadas más adelante en “Entidades de Inspección y Control Reglamentario”⁸⁶. Este modelo se ha visto radicalmente transformado. A impulso de la Unión Europea se impone la sustitución de la homologación administrativa por la certificación de conformidad a normas técnicas. Esta certificación es emitida por sujetos privados -Entidades de Inspección y Control Reglamentario en un primer momento y, después, organismos de control⁸⁷.

embargo, a la vista de la actual regulación contenida en el RD 1456/1982, de 18 de junio, es necesario su informe sobre las Normas de Calidad.

⁸⁶ El carácter técnico de las reglamentaciones de seguridad implica que, también quien debe realizar la comprobación de su cumplimiento debe poseer unos conocimientos técnicos específicos. La realización de análisis, la toma de muestras, la valoración de las características físicas y químicas de la composición de los productos, implica una actividad de carácter material o técnico que tempranamente fue asumida por sujetos privados. Con la aprobación del Real Decreto 735/1979, de 20 de febrero, sobre normas a cumplir por las Entidades colaboradoras en la expedición de certificados de calidad, homologación y verificación de productos industriales se delimitan las funciones de tales entidades y se establece un estricto régimen público de control de las mismas. La distribución de responsabilidades entre tales entidades y los Laboratorios de ensayo viene regulada en el Real Decreto 2584/1981, de 18 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Actuaciones del Ministerio de Industria. Las Entidades colaboradoras son sustituidas, por Real Decreto 1407/1987, de 13 de noviembre, por las Entidades de Inspección y Control Reglamentario.

En realidad, tales entidades colaboraban con las funciones asumidas por la Administración en dos momentos distintos: en el procedimiento administrativo de homologación de un producto y en la actividad posterior de comprobación de que los productos se adecuaban al tipo homologado. No es nada desdeñable, pues, el protagonismo de estos sujetos privados en la fase instructora del procedimiento administrativo, puesto que los elementos de juicio aportados por estas entidades condicionaban la posterior resolución administrativa. Como bien afirma E. MALARET GARCÍA, “Una aproximación jurídica...”, op. cit., p. 329: “la adopción de este sistema trae consigo que la fase de instrucción del procedimiento destinado a adoptar la resolución relativa a la adecuación a normas técnicas de un determinado producto se desarrolle al margen de la actividad de la Administración (...). Así no es responsabilidad de la Administración el retraso en la realización de las auditorías del sistema de control de calidad integrado en el proceso de fabricación, o en la emisión del dictamen técnico en el que se reflejan los resultados de los análisis y pruebas a los que se ha sometido el prototipo, tipo o modelo. Estos dos documentos son imprescindibles para la obtención de la homologación. Como también lo es para la obtención posterior del certificado de conformidad, el certificado de una Entidad de inspección y control sobre la permanencia de la idoneidad del sistema de control de calidad usado y sobre la identificación de la muestra seleccionada para su ensayo, muestra en base a la cual emitirá un dictamen técnico un laboratorio acreditado”.

⁸⁷ La progresiva sustitución de la homologación administrativa por las “certificaciones o marcas de conformidad a normas”, realizadas por organismos privados, se inició en España mediante el RD 800/1987, de 15 de mayo. Según el artículo 1 de esta norma: “para los productos sujetos a especificaciones técnicas y preceptiva homologación de acuerdo con las disposiciones reglamentarias vigentes (...), el Ministerio de Industria podrá disponer, en cada caso, que el certificado o marca de

Merece ser destacado el papel de los organismos de control. Estos no sólo certifican la conformidad de productos a normas técnicas armonizadas –certificación que, cabe recordarlo, comporta una presunción de la conformidad de tales productos a las exigencias de seguridad reguladas en las Directivas “nuevo enfoque”-. También se encargan de verificar el cumplimiento de las condiciones técnicas necesarias para la concesión de una licencia o autorización de apertura de establecimientos industriales. Estas condiciones no se encuentran reguladas en normas técnicas, sino en reglamentos técnicos.

Un último dato merece ser destacado en este recorrido. La verificación del cumplimiento de las reglas técnicas que fijan las condiciones de seguridad de un producto o instalación –tradicionalmente reglamentos, normas en la actualidad-, es una actividad que, con independencia del sujeto que la ejerza, posee una larga tradición en nuestro país. No cabe decir lo mismo respecto la verificación del cumplimiento de normas voluntarias, arraigadas a la noción de calidad. Las únicas certificaciones de calidad de productos que han tenido alguna relevancia en España son, por un lado, el Sello de calidad del “Instituto Nacional para la Calidad de la Edificación” (INCE), en materia de productos de la construcción y, por el otro, las Denominaciones de origen de productos alimentarios.

El Sello INCE, concedido inicialmente por uno de los organismos de normalización de carácter sectorial existentes antes de la creación del IRATRA, el “Instituto Nacional de Calidad de la Edificación”, responde a la filosofía propia de las certificaciones de calidad. Esto es, se fundamenta en el sometimiento voluntario de los particulares a unas reglas técnicas que establecen unos requisitos de calidad, superiores a los establecidos en las reglamentaciones obligatorias de seguridad. La sumisión a estas normas da derecho a la utilización de un sello o marca distintivos de dicha calidad. La concesión de este Sello fue regulado por la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1977. Según el artículo 1 de la citada Orden, el Sello INCE es un distintivo de calidad que puede concederse a “cualquier tipo de material, producto, equipo o sistema

conformidad a normas emitido por una asociación o entidad de las previstas en el art. 5.1. del RD 1614/1985, de 1 de agosto, tenga la misma validez que la homologación concedida por el Ministerio de Industria”. Esta certificación era concedida por las denominadas “Entidades de inspección y control reglamentario”. Este reconocimiento, que debía producirse, entonces, de modo singularizado para cada

utilizable para la construcción o el equipamiento de los edificios, en reconocimiento de su adecuación tecnológica”.

La concesión del distintivo requiere que se establezcan, para cada producto o familia de productos, las normas de calidad correspondientes y que exista un órgano gestor encargado de certificar la adecuación de los productos a tales normas. Dicho órgano gestor, que no sólo se encarga de la concesión o retirada del Sello, sino también de la determinación de las normas técnicas aplicables para cada producto, posee una marcada composición privada, puesto que se encuentran representados en él todas las asociaciones nacionales y confederaciones españolas de empresarios relacionados con el producto en cuestión. Ello no obstante, y de acuerdo con la tradición de nuestro país, las normas de calidad para la concesión de este distintivo son aprobadas mediante Resoluciones del Ministerio o de la Dirección General competente⁸⁸. Ello no implica, sin embargo, el carácter obligatorio de tales normas. Se trata de normas, de carácter voluntario, a las que pueden someterse las empresas que quieran conseguir el distintivo del INCE. Actualmente, a pesar de la desaparición del Instituto Nacional de Calidad de la Edificación, este Sello sigue siendo concedido por organismos gestores diversos creados, para cada producto, mediante las correspondientes Resoluciones aprobadas por la Dirección General de Vivienda, Arquitectura y Urbanismo⁸⁹.

producto, se ha generalizado, como veremos, con la aprobación de la LI y del RICSÍ, que califican hoy a las citadas entidades como “organismos de control”.

⁸⁸ Según el artículo 3 de la Orden de 1977: “Las condiciones para la concesión del Sello INCE serán establecidas por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo para cada familia de productos, mediante las oportunas disposiciones reguladoras que incluirán las características exigibles, la programación de acciones para el control y el mantenimiento de aquellas características y la composición de un Organismo gestor en que estarán representados, además de la Dirección General de Arquitectura y Tecnología de la Edificación y el propio Instituto Nacional para la Calidad de la Edificación, los siguientes sectores, entre otros: el sector privado fabricante del producto, el sector privado utilizador del producto, los profesionales de la edificación a través de sus organismos colegiados y las organizaciones de control de calidad de la edificación de reconocido prestigio”.

⁸⁹ Pueden consultarse, a título de ejemplo, las Resoluciones aprobadas por la Dirección General de Vivienda, Arquitectura y Urbanismo, de 28 de abril de 1998, por las que se aprueba la actualización de las disposiciones reguladoras del Sello INCE para materiales y sistemas de aislamiento para uso en la edificación relativas a espumas de poliuretano conformadas en fábrica (Arz. 2306); para componentes de espumas de poliuretano (Arz. 2307); y para espumas de poliuretano producidas “in situ” (Arz. 2308); la Resolución de 5 de noviembre de 1998, sobre actualización de las disposiciones reguladoras del Sello INCE para materiales y sistemas de aislamiento para uso en la edificación, relativas a productos de lana de roca (Arz. 2890); o la Resolución de 5 de noviembre de 1998, por la que se aprueban las disposiciones reguladoras del Sello INCE para hormigón preparado adaptadas a la “Instrucción de Hormigón Estructural (EHE)” (Arz. 2357). Cada una de estas disposiciones regula la composición del organismo gestor del Sello, que es distinta según el tipo de producto que puede ser objeto de distinción y establece los procedimientos y las condiciones para su concesión.

La certificación de calidad de productos de acuerdo al sistema de denominaciones de origen o, más recientemente, a las indicaciones geográficas o a las características específicas de productos alimentarios responde a una filosofía distinta. Dicha certificación no comporta el reconocimiento de unas condiciones de calidad superior sino que responde a la identificación de unas cualidades específicas de los productos, derivadas de su procedencia o de los procedimientos utilizados en su elaboración⁹⁰.

En España, las denominaciones de origen poseen una larga tradición, fundamentalmente en relación con los productos vitivinícolas, aunque este sistema de protección se ha extendido también a otros productos alimentarios⁹¹. La protección de productos alimentarios, no tanto por su origen, sino por su procedimiento de elaboración, se garantiza también mediante otro tipo de denominaciones, como ocurre con aquellas que tienden a proteger la denominada “agricultura ecológica”⁹². El sistema de normalización y certificación de estos productos responde, en todos los casos, al los requisitos previstos en Ley 25/1970, de 2 de diciembre, reguladora del estatuto del vino,

⁹⁰ La finalidad de estas certificaciones está perfectamente clara en las disposiciones comunitarias que reconocen y protegen, a nivel comunitario, las distintas denominaciones de calidad de productos alimentarios existentes en los Estados de la Unión. Así, el Reglamento 2081/92/CEE del Consejo, de 14 de julio, modificado por el Reglamento 535/97/CE, del Consejo, de 17 de marzo de 1997, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, establece que, la denominación de origen protegida (DOP) y la indicación geográfica protegida (IGP) garantizan la protección de la relación de un producto con un lugar. Ambas designan el “nombre de una región, un lugar determinado o, en casos excepcionales, de un país, que sirve para designar un producto agrícola o un producto alimenticio originario de dicha región, de dicho lugar o de dicho país”. En el caso de la DOP, la “calidad o características se [deben] fundamental o exclusivamente al medio geográfico con sus factores naturales y humanos, y cuya producción, transformación y elaboración se [realizan] en la zona geográfica delimitada”. Por su parte la IGP sirve para designar un producto agrícola o alimenticio que posea “una cualidad determinada, una reputación u otra característica que pueda atribuirse a dicho origen geográfico, y cuya producción y/o transformación y/o elaboración se realicen en la zona geográfica delimitada”. En la misma línea, el Reglamento 2082/92/CEE del Consejo, de 14 de julio, relativo a la certificación de las características específicas de los productos agrícolas y alimentarios protege aquellos productos elaborados conforme una determinada tradición. Las características específicas se definen como “el elemento o conjunto de elementos por los que un producto agrícola o alimenticio se distingue claramente de otros productos agrícolas o alimenticios similares pertenecientes a la misma categoría”. Para figurar en el registro de certificaciones de características específicas, “los productos agrícolas o alimenticios deberán o bien haber sido producidos a partir de materias primas tradicionales, o bien presentar una composición tradicional o un modo de producción y/o de transformación que pertenezca al tipo de producción y/o de transformación tradicional”.

⁹¹ Dicha extensión de produjo mediante la aprobación del Real Decreto 728/1988, de 8 de julio, por el que se establece la normativa a la que deben ajustarse las Denominaciones de Origen, Específicas y Genéricas de los productos alimentarios no vínicos.

⁹² En este sentido cabe citar: la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de 4 de octubre de 1989, sobre productos alimentarios, por la que se aprueba el Reglamento de la denominación genérica “Agricultura Ecológica y su Consejo Regulador”; y el Real Decreto 1852/1993,

viñas y alcoholes. Los productores de una determinada zona –o los que elaboren el producto de acuerdo a determinados procedimientos- deben instar a la Administración competente para que acceda a la protección de sus productos, mediante la creación de un Consejo Regulador⁹³. Este Consejo Regulador es el encargado de elaborar las normas de calidad que regirán la elaboración de los productos (Reglamento particular de la denominación) y, asimismo, es el órgano a quien se le encomienda el control y la certificación del cumplimiento de tales normas. En el Consejo Regulador de cada denominación están representados, por un lado, miembros de la Administración y, por el otro, representantes de los sectores protegidos por la denominación. A pesar del protagonismo de los particulares en la reglamentación y el control de las normas de calidad de las denominaciones, los Consejos Reguladores son órganos administrativos dependientes de la Administración.

B) La nueva infraestructura de la calidad y de la seguridad.

La evolución expuesta a grandes trazos permite ya entrever cuáles van a ser las principales transformaciones en materia de normalización y certificación de productos e instalaciones industriales. La necesaria adaptación de España a las Directivas de “nuevo enfoque” y “enfoque global” requiere identificar las entidades que van a ejercer las funciones de normalización y determinar cuales van a encargarse de la certificación, especificando, en cada caso, los efectos de la misma; pero requiere, asimismo, ordenar las diversas funciones ejercidas por aquellas entidades que venían ya colaborando con la Administración en materia de homologación de productos y de inspección de

de 22 de octubre, sobre producción agrícola ecológica e indicación de la misma en los productos agrarios y alimenticios.

⁹³ Según el art. 84.1 de la Ley 25/1970: “1. Los viticultores y elaboradores de vinos que pretendan el reconocimiento y reglamentación de una Denominación de Origen, deberán solicitarlo del Ministerio de Agricultura a través del Instituto Nacional de Denominaciones de Origen. (...); 2. El Ministerio de Agricultura resolverá la petición y, si esta fuera favorable, designará un Consejo Regulador con carácter provisional encargado de formular el proyecto de Reglamento particular de la denominación (...); 3. Este Ministerio, previo informe de los de Hacienda y Comercio, dictará la oportuna Orden Ministerial con el reconocimiento definitivo de la Denominación de origen, la aprobación del Reglamento y la constitución del Consejo Regulador”. En la actualidad, las referencias al Instituto Nacional de Denominaciones de Origen y al Ministerio de Agricultura deben entenderse referidas a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, que han asumido esta función. Los organismos autonómicos, sin embargo, deben cumplir con los requisitos establecidos el RD 157/1988, de 22 de febrero. Este reglamento estatal prevé, según establece su art. 1, sin introducir modificaciones sustanciales en el sistema anterior, prevé “la normativa a la que deberán ajustarse las denominaciones de origen y denominaciones de origen calificadas de vinos y sus respectivos Reglamentos, para que obtengan la correspondiente ratificación del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, a efectos de su tutela y defensa en los ámbitos nacional e internacional”.

instalaciones industriales. La voluntad de compatibilizar dos tradiciones distintas y de ordenar un sector que abarca aspectos no previstos en las Directivas comunitarias plantea no pocos problemas de interpretación de las normas que proceden a la reestructuración que pretendemos describir. Ello no obstante se advierte claramente la tendencia a residenciar la normalización –que puede ser calificada hoy como una manifestación de la autorregulación normativa- y la certificación –instrumento éste de autorregulación declarativa- en manos de organizaciones privadas. Se admite también el carácter privado de las entidades que realizan las tareas de apoyo a dichas funciones e, incluso, se encomienda a una organización privada la función de acreditación de las entidades que van a desempeñar tales funciones.

En esta línea, y concretando lo que ya hemos avanzado, el RD 1614/1985, de 1 de agosto, por el que se ordenan las actividades de normalización y de certificación, suprime el IRANOR y atribuye expresamente la responsabilidad de la elaboración y la aprobación definitiva de las “normas técnicas” voluntarias a asociaciones privadas de ámbito nacional. En concreto, esta misma norma designa a la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) como entidad nacional de normalización⁹⁴.

El carácter privado de este organismo de normalización, único en el ámbito nacional, no supone, sin embargo, que pueda actuar con plena libertad organizativa y de funcionamiento. La Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria (LI) y el RD 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Infraestructura para la Calidad y Seguridad Industrial (RICSI), y que ha sido modificado por Real Decreto 411/1997, de 21 de marzo, someten a estas entidades a un control directo de su actuación por parte de los poderes públicos y a una serie de obligaciones y requisitos de organización y funcionamiento. Entre tales requisitos interesa destacar la obligación de

⁹⁴ En la exposición de motivos del RD 1614/1985 se puede leer lo siguiente. “Todos los países, en correlación a su desarrollo económico, han sentido la necesidad de asegurar, por un lado, la calidad de los bienes existentes en sus mercados, para que el nivel de vida, la seguridad y la salubridad de los consumidores esté de antemano garantizado; y, de otro, la de establecer, en el ámbito de las relaciones comerciales, directrices uniformes que evitasen difíciles y costosas negociaciones respecto a las características de las mercancías objeto de tráfico comercial...Pero, además, la integración de nuestro país en la Comunidad Económica Europea exige un esfuerzo para unificar los criterios de calidad en los bienes, que permitan a las empresas españolas disputar en pie de igualdad un mercado amplio y competitivo (...). Las circunstancias apuntadas, junto a las prácticas hoy comunes en la mayoría de los países industrializados, hacen aconsejable reordenar las actividades de normalización y certificación (...). Estas actividades, por otra parte, se vierten progresivamente al campo de la actividad privada, donde

actuar con “imparcialidad, independencia e integridad” y de “llevar a cabo sus funciones con solvencia técnica y financiera”, así como la obligación de integrar en su estructura organizativa “órganos de gobierno y representación donde participen de forma equilibrada todos los sectores e intereses de la actividad económica y social en la normalización y una representación de las Administraciones públicas designada por el Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial con igual número de representantes de la Administración General del Estado y la Administración Autónoma” (art. 10 RICSI).

Las normas técnicas aprobadas por AENOR (normas UNE), cuando desarrollen los requisitos de seguridad establecidos en las Directivas de “nuevo enfoque” constituyen la referencia técnica de mayor credibilidad para garantizar el cumplimiento de tales requisitos. Normalmente, el desarrollo al que nos referimos se concreta en realidad en la traducción al castellano de las normas técnicas elaboradas por los organismos europeos de normalización (normas EN), otorgándoles la numeración correspondiente. Estas normas poseen carácter voluntario, sin perjuicio de la obligatoriedad “de facto”, que se deriva de la presunción de conformidad sobre el cumplimiento de los requisitos obligatorios de seguridad otorgada a la certificación de conformidad a tales normas. El mismo carácter voluntario se predica de las normas técnicas que regulan productos o aparatos técnicos no previstos en el ámbito de aplicación de las Directivas de “nuevo enfoque”⁹⁵. Parece, no obstante que, de acuerdo

teoría y práctica indican que deben estar determinados aspectos de las actividades de normalización y certificación”.

⁹⁵ De acuerdo con la información ofrecida por J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad...*, op. cit., p. 265, en el período comprendido entre enero de 1987 y diciembre de 1999 se aprobaron una veintena larga de Directivas de “nuevo enfoque” para distintas familias de productos industriales. Este autor cita las siguientes: Directiva del Consejo 87/404/CEE, de 25 de junio, relativa a los recipientes a presión simples, modificada por la Directiva del Consejo 90/488/CEE; Directiva del Consejo 88/378/CEE, de 3 de mayo, sobre seguridad de los juguetes; Directiva del Consejo 89/106/CEE, de 21 de diciembre de 1988, sobre productos de construcción; Directiva del Consejo 89/336/CEE, de 3 de mayo, sobre compatibilidad electromagnética, modificada por las Directivas del Consejo 91/236/CEE y 92/31/CEE; Directiva del Consejo 89/392/CEE, de 14 de junio, sobre máquinas, derogada por la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 98/37/CEE, de 22 de junio, que codifica en un solo texto la Directiva originaria y sus múltiples modificaciones; Directiva del Consejo 89/686/CEE, de 21 de diciembre, sobre equipos de protección individual, modificada por la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 96/58/CEE, de 3 de septiembre; Directiva del Consejo 90/384/CEE, de 20 de junio, sobre instrumentos de pesaje de funcionamiento no automático; Directiva del Consejo 90/385/CEE, de 20 de junio, sobre seguridad de los productos sanitarios implantables activos, modificada por la Directiva del Consejo 93/42/CEE; Directiva del Consejo 90/396/CEE, de 29 de junio, sobre aparatos de gas; Directiva del Consejo 91/263/CEE, de 29 de abril, sobre equipos terminales de telecomunicación, modificada por la Directiva del Consejo 93/97/CEE; Directiva del Consejo 92/42/CEE, de 21 de mayo, de requisitos de rendimiento para las calderas nuevas de agua caliente alimentadas con combustibles líquidos o gaseosos;

con la terminología utilizada por la LI y el RICSÍ, en el primer caso AENOR actúa en el ámbito de la seguridad y, en el segundo, en el ámbito de la calidad. Así, los organismos de normalización se califican como parte de la “infraestructura común para la calidad y la seguridad industrial”.

Complementan esta estructura común las denominadas “entidades de acreditación”, que certifican la competencia técnica de los sujetos que podrán actuar, según el RICSÍ, tanto en el ámbito de la calidad como en el de la seguridad industrial. La función de las entidades de acreditación consiste en “realizar el reconocimiento formal de la competencia técnica de una entidad para certificar, inspeccionar o auditar la calidad, o un laboratorio de ensayo o de calibración y de verificar en el ámbito estatal el cumplimiento de las condiciones y requisitos técnicos exigidos para el funcionamiento de los Organismos de control y de los verificadores medioambientales” (art. 3 RICSÍ). La Disposición Adicional Tercera del RICSÍ reconoce y designa a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) para la realización de estas funciones. En puridad, la función que realiza esta entidad consiste en la evaluación y posterior certificación de la capacidad técnica de determinados sujetos u organizaciones. Esta función de evaluación se realiza sobre la base de normas técnicas, reconocidas a nivel comunitario⁹⁶. Se trata, en realidad, del reconocimiento del grado de profesionalización de aquellos sujetos privados que, con posterioridad a dicho reconocimiento, van a servir de apoyo directo, por un lado, a las empresas y, por el otro, a la Administración, en la función de

Directiva del Consejo 93/15/CEE, de 5 de abril, relativa al control y comercialización de explosivos con fines civiles; Directiva del Consejo 93/42/CEE, de 14 de junio, de productos sanitarios en general; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 94/9/CEE, de 23 de marzo, sobre aparatos y sistemas de protección para uso en atmósferas potencialmente explosivas; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 94/25/CE, de 16 de junio, sobre embarcaciones de recreo; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 95/16/CE, de 29 de junio, de aparatos ascensores; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 96/57/CE, de 3 de septiembre, sobre requisitos de rendimiento de los frigoríficos, congeladores y aparatos combinados eléctricos de uso doméstico; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 97/23/CE, de 29 de mayo, sobre equipos a presión no incluidos en el ámbito de la Directiva 87/404/CEE; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 97/68/CE, de 16 de diciembre, sobre medidas para la previsión de la emisión de gases por motores de combustión en máquinas móviles no de carretera; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 98/13/CE, de 12 de enero, por la que se establecen los requisitos para la puesta en el mercado, marcado CE y reconocimiento mutuo de los equipos terminales de comunicación y estaciones terrestres de comunicación (en ella se unifican las Directivas 91/263/CEE y 93/97/CE); y Directiva del Consejo 1999/36/CE, de 29 de abril, sobre equipos a presión transportables.

⁹⁶ En concreto, los criterios de acreditación y los concretos procedimientos para su concesión se basan en las Normas Europeas de la serie EN 45000 (UNE 66500). Tales criterios y procedimientos son precisados por documentos aprobados por las propias entidades de acreditación -los denominados “Criterios Generales de Acreditación”-. Sobre ello véase M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos...*, op. cit., pp. 504 y ss.

prevención de riesgos para el medio ambiente y para la salud y la seguridad de los consumidores y usuarios⁹⁷.

Paralelamente a las obligaciones impuestas a las entidades de normalización, también ENAC deberá “actuar con imparcialidad, independencia e integridad y lleva a cabo sus funciones con solvencia técnica y financiera”. Su estructura orgánica deberá ser participativa, conteniendo una representación tanto de las Administraciones como de las partes interesadas en el proceso de acreditación (art. 16 RICSÍ)⁹⁸.

Los artículos 4 y 5 del RICSÍ definen, respectivamente, la denominada “infraestructura acreditable para la calidad industrial”, en la que se incluyen las entidades de certificación⁹⁹, los laboratorios de ensayo¹⁰⁰, las entidades auditoras y de inspección¹⁰¹, y, los laboratorios de calibración industrial¹⁰²; y, como “infraestructura acreditable para la seguridad industrial”, los Organismos de Control¹⁰³ y los Verificadores medioambientales¹⁰⁴.

⁹⁷ La importancia de la acreditación como rasgo definidor del nivel de profesionalización se pone de manifiesto cuando se observa que, no sólo las entidades que deben someterse obligatoriamente a ella para actuar en el ámbito de la calidad y la seguridad industrial, sino también otros profesionales, buscan el reconocimiento de su capacidad técnica en base al cumplimiento voluntario de las normas EN 45000. Así, por ejemplo, en el Congreso organizado en Nuremberg en septiembre de 1999 por la *European Co-Operation for Accreditation* (EA) se estudió la posibilidad de adaptar estas normas con la finalidad de acreditar la competencia y la calidad de los servicios médicos y los profesionales de la asistencia sanitaria. Esta noticia ha sido tomada de la revista *Actualidad de la Acreditación*, n.º 8, 1999, p. 6. Por su parte la Organización Europea para la Calidad (EOQ) y la Asociación Española para la Calidad (AEC), que representa a la EOQ en España, han desarrollado un procedimiento, basado también en las mismas normas, para la certificación voluntaria de la profesionalidad no de organizaciones, sino de personas. Esta información puede consultarse en la página web de la AEC: <http://www.aec.es/ceper/certi.htm>.

⁹⁸ Para mayor información sobre el sistema español de acreditación en el ámbito industrial, véase: M. TARRÉS VIVES, “Las nuevas referencias en el derecho industrial: acreditación y normalización”, *Autonomías. Revista catalana de Derecho Público*, n.º 26, 2000, pp. 113 a 147.

⁹⁹ Entidades con el cometido de establecer la conformidad de una determinada empresa, producto, proceso, servicio o persona a los requisitos definidos en normas o especificaciones técnicas (art. 4.a.).

¹⁰⁰ Entidades con el cometido de llevar a cabo la comprobación de que los productos industriales cumplan con las normas o especificaciones técnicas que les sean de aplicación (art. 4.b.).

¹⁰¹ Entidades con el cometido de determinar si las actividades y los resultados relativos a la calidad satisfacen a los requisitos previamente establecidos, y si estos requisitos se llevan a cabo efectivamente y son aptos para alcanzar los objetivos (art. 4.c.).

¹⁰² Entidades con el cometido de facilitar la trazabilidad y uniformidad de los resultados de medida (art. 4.d.).

¹⁰³ Entidades con el cometido de realizar en el ámbito reglamentario, en materia de seguridad industrial, actividades de certificación, ensayo, inspección y auditoría (art. 5.a)

¹⁰⁴ Entidades con el cometido de examinar las políticas, programas, sistemas de gestión, procedimientos de evaluación y de auditoría y declaraciones en materia de medio ambiente industrial, así como de realizar la validación de estas últimas (art. 5. b.)

Entre los requisitos comunes que deben cumplir todas estas entidades está, naturalmente, su previa acreditación por parte del ENAC, así como el desarrollo de sus actividades conforme a los criterios y procedimientos establecidos en las normas técnicas de la serie EN 45000 (UNE 65000) que les sean de aplicación.

Las entidades integradas en la infraestructura de la calidad, una vez acreditadas, deberán inscribirse en el Registro de Establecimientos Industriales, creado al amparo de la Ley de Industria y desarrollado por el Real Decreto 697/1995, de 28 de abril.

Los organismos de control, en la medida en que podrán certificar, por un lado, la adecuación de productos industriales a normas técnicas armonizadas y, por otro, la adecuación de tales productos y de las instalaciones industriales a reglamentos técnicos, están sometidos a muchas otras obligaciones, entre las que cabe destacar las siguientes: para poder ejercer sus funciones, deberán obtener una autorización por parte de la Administración competente en materia de industria del territorio donde inicien su actividad o radiquen sus instalaciones (art. 43.1 RICSI); deberán suscribir pólizas de seguro que cubran los riesgos de su responsabilidad por una cuantía mínima de 200.000.000 de pesetas, sin que la cuantía de la póliza limite su responsabilidad (art. 43.2.d. RICSI); y deberán disponer de procedimientos específicos para resolver las reclamaciones recibidas de las empresas u otras partes afectadas por sus actividades (art. 46 RICSI). El cumplimiento de estas obligaciones y, fundamentalmente, la autorización otorgada por la Administración pública competente, habilita a los organismos de control para realizar sus funciones de verificación del cumplimiento de normas técnicas de desarrollo de las Directivas de “nuevo enfoque” y de reglamentos técnicos de carácter obligatorio en el ámbito nacional.

El diseño normativo de esta infraestructura da lugar a confusiones, debido a la deficiente articulación de la misma con el modelo comunitario. Las disfunciones derivan, a nuestro entender, de la separación ficticia, mantenida en la LI y en el RICSI, entre el ámbito de la calidad y el de la seguridad industrial. Según las previsiones comunitarias la certificación de conformidad a normas técnicas puede ser emitida, dependiendo de cuáles sean los concretos módulos de aplicación, por el propio fabricante de un producto o por un tercero –en este caso podría emitir una certificación, indistintamente, un organismo de control o una entidad de certificación-. Para que dicha

certificación posea los efectos previstos por las Directivas de “nuevo enfoque” es necesario que la Administración notifique a la Unión Europea que tales organismos cumplen las condiciones previstas en las mismas. Sólo cuando se produzca esta notificación, tales organismos u entidades serán también “organismos notificados”, de acuerdo a la terminología utilizada por las Directivas de “nuevo enfoque”. Parece, pues, que las entidades de certificación, situadas en la LI dentro del ámbito de la calidad, podrían actuar también, de estar debidamente autorizadas o acreditadas (si son, “organismos notificados”) en el de la seguridad. Si bien esta afirmación parece ser la más coherente con el sistema establecido a nivel comunitario, contrasta frontalmente con la trasposición de las Directivas de “nuevo enfoque” y de “enfoque global” en nuestro derecho interno. De acuerdo con las previsiones del Ministerio de Industria, que sigue aferrándose a la distinción establecida en la LI entre el ámbito de la calidad y la seguridad industrial, parece que los organismos notificados a la Comisión Europea para actuar en ámbitos armonizados deben tener la condición previa de organismos de control¹⁰⁵. La entidades de certificación limitarían su actividad, de acuerdo con este esquema, a la certificación de normas técnicas en ámbitos no armonizados. Normas que, en principio, no podrían gozar de la presunción de conformidad a los requisitos de seguridad. Esta separación –entre calidad y seguridad- no da cuenta adecuadamente de la realidad que parece imponerse, esto es, la vinculación indistinta de reglamentaciones técnicas, normas técnicas e, incluso, reglas técnicas no aprobadas formalmente por ningún organismo de normalización, a la gestión de riesgos.

C) La autorregulación regulada como estrategia de gestión de riesgos.

Las obligaciones impuestas a las entidades que conforman la infraestructura de la calidad y de la seguridad industrial, junto con el reconocimiento de los eventuales efectos públicos que pueda tener su actuación, se inscriben en una estrategia pública de regulación de la autorregulación privada. Esta afirmación es solamente válida si coexisten los dos presupuestos siguientes: en primer lugar, si los organismos de referencia son entidades privadas, lo cual no se produce en todos los casos, aunque sea

¹⁰⁵ Sobre ello véase, M. TARRÉS VIVES, “Las nuevas referencias en el derecho industrial...”, op. cit., p. 129.

esta la tendencia¹⁰⁶; en segundo lugar, si la actuación de estos organismos está preferentemente encaminada a dar cobertura a la responsabilidad empresarial en materia de gestión de riesgos. En este sentido es muy importante tener en cuenta que, en estos momentos, conviven plenamente, todavía, en un mismo plano, la regulación de policía y la autorregulación regulada. La Administración sigue asumiendo, en muchos sectores, la responsabilidad directa de garantía de la seguridad, en los términos tradicionales –definición de los riesgos asumibles y establecimiento de sanciones por sobrepasar los límites de riesgo admitido-. Sin embargo, simultáneamente, y debido al fuerte impulso de la Unión Europea, se va imponiendo la tendencia hacia la autorregulación. Esto es, se atribuye la responsabilidad directa de la gestión de los riesgos a los sujetos privados que los generan -preferentemente las empresas- y se permite que tales sujetos trasladen esta responsabilidad, a su vez, a otros sujetos privados, concedores de las técnicas que pueden minimizarlos –organismos de normalización, entidades de certificación, organismos de control, verificadores ambientales, entidades auditoras y laboratorios de ensayo y calibración¹⁰⁷. La función del Estado, en estos casos, se reduce a la comprobación del correcto funcionamiento del sistema de autorregulación articulado en torno a la gestión de los riesgos.

Esta interpretación se corresponde a la noción de seguridad, aplicada a los productos industriales, que se desprende de las Directivas 85/374/CEE, de 25 de julio, sobre responsabilidad del fabricante por productos defectuosos, y 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de productos¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Excepto ENAC y AENOR, que son asociaciones de base privada, las entidades acreditables para actuar en el ámbito de la calidad y la seguridad industrial, según el RICSÍ pueden ser, indistintamente, entidades públicas o privadas.

¹⁰⁷ Como advierte J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad...*, op. cit., p. 101: “Los centros de poder han tomado conciencia de la necesidad de transformar el papel de los principales generadores del daño para convertirlos en protagonistas de la acción preventiva y protectora”. Esta traslación de la responsabilidad hacia los sujetos que conocen y que generan los riesgos difumina los límites entre la tutela pública y la privada y conduce, en los términos agudamente descritos por J. ESTEVE PARDO, [*Técnica, riesgo y Derecho...*, op. cit., pp. 108 y ss.] a una “para-Estado de la técnica”, en el que organizaciones privadas “paralelas” coadyuvan, cuando no protagonizan directamente, el control de los riesgos que genera el progreso tecnológico.

¹⁰⁸ Estas normas han sido transpuestas a nuestro ordenamiento, respectivamente, por la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y por el Real Decreto 44/1996, de 19 de enero, por la que se adoptan medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor. La mejor adaptación de estas normas al Derecho comunitario, en comparación con la Ley de industria, es clara, sobre todo si se atiende a la redacción del artículo 13 LI que parece partir de la premisa de que, en España, las condiciones de seguridad vienen fijadas necesariamente con carácter reglamentario. Este precepto, incorporando sólo parcialmente los medios de certificación previstos en las normas comunitarias establece que: “El cumplimiento de las exigencias reglamentarias en materia de seguridad industrial, sin perjuicio del control por la

De la lectura conjunta de ambas Directivas se desprende, por un lado, que los empresarios son directamente responsables de los daños causados por los productos que ponen al mercado, con independencia de que concurra culpa o negligencia en la producción de tales daños; y, por el otro, que son también responsables de poner en el mercado solamente productos que sean seguros. Estas Directivas ofrecen también a los empresarios –fabricantes, productores o distribuidores, según los casos- concretos métodos para cumplir diligentemente sus obligaciones y eludir eventuales exigencias de esta responsabilidad. La certificación de productos conforme a normas técnicas puede constituir una prueba que permita la exoneración de la responsabilidad por daños; esta misma certificación le será útil, en la mayoría de los casos, para garantizar que ha puesto en el mercado productos seguros. En ambos casos se traslada la responsabilidad, en cierto modo, a los sujetos privados que emiten tales certificaciones.

La profusión de normas reguladoras de los productos industriales, sin embargo, convierte esta tarea en algo más complejo de lo que aquí se describe. Habiendo destacado ya la relación existente entre la noción de seguridad contenida en las Directivas y la noción de gestión privada de riesgos, vamos a ver ahora cómo se combinan, en este ámbito, la regulación de policía y la autorregulación regulada. En un intento de síntesis, y profundizando en el redactado del artículo 4 de la Directiva 92/59/CEE, intentaremos esquematizar las diversas formas mediante las cuales se puede demostrar que un producto es seguro¹⁰⁹.

Administración Pública (...), se probará por alguno de los siguientes medios, de acuerdo con lo que establezcan los Reglamentos que resulten aplicables: a) Declaración del titular de las instalaciones y en su caso del fabricante, su representante, distribuidor o importador del producto; b) Certificación o Acta de Organismo de Control, instalador o conservador autorizados o técnico facultativo competente; c) Cualquier otro medio de comprobación previsto en el derecho comunitario y que no se halle comprendido en los apartados anteriores”. Residual y veladamente, se permite que la certificación de conformidad a normas técnicas pueda constituir una prueba del cumplimiento de los requisitos de seguridad, porque así lo establece el derecho comunitario, pero no lo establece expresamente. Tampoco parece reconocer esta norma, dada la ubicación de las entidades de certificación en el ámbito de la calidad, que tales entidades puedan tener algún papel relevante en la certificación de las condiciones de seguridad de los productos. En este sentido, la LI, como norma marco en materia de normalización industrial, adolece de ciertos problemas de coordinación con los principios derivados del derecho comunitario.

¹⁰⁹ Según este artículo: “Se considera seguro un producto cuando se conforma con las normativas comunitarias específicas que regulan su seguridad. A falta de tales disposiciones, la conformidad se establece teniendo en cuenta las normas nacionales específicas sobre sanidad y seguridad para poder ser comercializados en el Estado miembro en cuyo territorio está en circulación el producto. Cuando no existen normas comunitarias o nacionales, la conformidad de un producto se aprecia teniendo en cuenta: las normas nacionales no obligatorias que recogen normas europeas; las especificaciones técnicas comunitarias; las normas técnicas establecidas en el Estado miembro en el que está en circulación el producto; los códigos de buena conducta en materia de salud y seguridad vigentes en el sector correspondiente; la situación de la práctica y de la técnica”.

La seguridad de los productos o familias de productos afectadas por las Directivas de “nuevo enfoque” se probará de acuerdo a los módulos de conformidad establecidas en la Directiva por la que se regula el “enfoque global”. En estos ámbitos los Estados no pueden aprobar reglamentaciones técnicas ni prever la existencia de homologaciones previas a la puesta en circulación de los productos. Básicamente, la seguridad de estos debe ser probada mediante la autocertificación del fabricante o mediante la certificación por tercera parte que deberá ser, en todo caso, un “organismo notificado”.

En aquellos sectores no afectados por las Directivas de “nuevo enfoque” podría afirmarse, a primera vista, el protagonismo de las clásicas técnicas de policía administrativa. La seguridad de los productos vendrá definida en reglamentos técnicos estatales y la conformidad de un producto a tales reglamentos vendrá determinada por los procedimientos previstos en cada Estado, que deberán ser reconocidos a nivel comunitario. La aparente preeminencia de la reglamentación y el control público, sin embargo, se ve desmentida por dos factores. El primero de ellos nos es ya conocido. La certificación de conformidad de un producto a un reglamento técnico es ejercida, en la actualidad, por los organismos de control. El segundo se deriva de la siguiente constatación. En aquellos casos en los que el Estado pretende abordar una reglamentación técnica y observa que, en el mismo sector que pretende regular existen ya normas técnicas de carácter voluntario, acaba incorporando el contenido de tales normas a su articulado. Esta incorporación no se produce solamente mediante la transcripción de las normas, sino también mediante la remisión a las mismas. Esto es, se establece la obligatoriedad de una determinada norma técnica mediante su mención en un reglamento (remisión estática). Incluso, el citado reglamento técnico puede establecer la obligatoriedad de una norma técnica y de las posteriores modificaciones a la misma (remisión dinámica)¹¹⁰. Con ello, claramente, y a pesar de la potestad reglamentaria ejercida por la correspondiente Administración, se está dando una clara preferencia a la autorregulación.

¹¹⁰ La remisión a normas técnicas ha sido debidamente estudiada, entre otros, por: J. ESTEVE PARDO, en *Técnica, riesgo y Derecho...*, op. cit.; M. TARRÉS VIVES, *Normas técnicas...*, op. cit.; y V. ÁLVAREZ GARCÍA, en *La normalización...*, op. cit., y en “Introducción a los problemas jurídicos de la normalización industrial...”, op. cit.

Cuando no existan normas comunitarias ni nacionales, la conformidad de un producto a las condiciones de seguridad se aprecia, en España, en base a manifestaciones diversas de la autorregulación normativa: las normas técnicas aprobadas por AENOR (UNE) que recogen normas europeas (EN); las normas UNE elaboradas directamente por AENOR; los códigos de buena conducta en materia de salud y seguridad vigentes en el sector correspondiente; o la situación de la práctica y de la técnica. El cumplimiento de estas normas es certificado mediante diversos instrumentos de autorregulación declarativa. En concreto, la conformidad a normas UNE podrá ser otorgada, indistintamente, por un organismo de control o por un organismo de certificación. La conformidad a códigos o prácticas deberá ser probada, necesariamente, por el empresario que las aplica o, en su caso, por una certificación del órgano de representación del sector empresarial correspondiente.

El panorama sucintamente expuesto nos permite advertir que existe una clara tendencia hacia la extensión de las normas y de los controles realizados por sujetos privados. Tales normas y controles se fomentan, principalmente, como un complemento de la actividad empresarial de autorregulación. Los titulares de las empresas, ante este panorama, y con independencia de si las normas que aplican son voluntarias o si les vienen impuestas por una norma jurídica, se ven impulsados a implantar sistemas de autocontrol de sus propios procesos industriales; a buscar documentos en los que se contengan reglas técnicas que les sean de utilidad para realizar estos controles internos – no sólo normas técnicas, sino también protocolos de actuación o de buenas prácticas-; a contratar a entidades o sujetos privados que les ayuden a implementar tales normas y tales controles; y a contratar a otras organizaciones externas que verifiquen y certifiquen la correcta implantación de las reglas técnicas y de los sistemas de autocontrol implantados en una empresa para la correcta gestión de los riesgos.

Esto es, parece que los poderes públicos tienen hoy plena conciencia de que los riesgos no pueden ser totalmente eliminados, de que no existe una seguridad real frente a los mismos. Se admite también que la minimización de estos riesgos se alcanza a través de la aplicación de determinadas reglas técnicas, formuladas y aplicadas por el mismo cuerpo social, por los mismos profesionales, científicos y técnicos que fomentan o que generan tales riesgos. Ello conduce derechamente a que la noción de seguridad, entendida ahora como aquella situación de mínimo riesgo, de acuerdo con el estado de

los conocimientos científicos y técnicos disponibles, sea definida, precisamente, por los sujetos privados que poseen tales conocimientos. Por ello se viene imponiendo, directa o indirectamente –esto es, de *iure* o *de facto*-, la obligatoriedad de las reglas técnicas – sean éstas normas técnicas en sentido estricto, documentos preparatorios previos a su aprobación, códigos de buenas prácticas o reglamentos técnicos en sentido estricto-¹¹¹.

También se generaliza la tendencia de que sean los sujetos privados que dominan el lenguaje científico propio de las reglas técnicas los que comprueben la adecuación de productos e instalaciones a dichas reglas y ello también con independencia de si tales reglas se encuentran plasmadas en un documento privado o en un reglamento técnico. Las condiciones de seguridad definidas reglamentariamente pasan a un segundo plano, y con ello pierden también protagonismo los instrumentos vinculados a esta noción –las inspecciones, las autorizaciones y las sanciones administrativas-. Simultáneamente, la minimización de los riesgos a través de la aplicación de las mejores tecnologías, las buenas prácticas, o las normas técnicas por parte de las empresas; el autocontrol empresarial de su cumplimiento; y el control externo por parte de sujetos privados, como complemento de este autocontrol, es fomentada e impuesta por los poderes públicos, mediante una nueva correlación de responsabilidades. La responsabilidad directa de la minimización de los riesgos corresponde a aquellos que los generan y los conocen –las empresas y los profesionales de la ciencia y de la técnica- y corresponde a los poderes públicos garantizar que la capacidad técnica de quienes asumen esta responsabilidad, dotarles de los medios necesarios para ejercerla y exigirla jurídicamente, cuando ello sea necesario.

¹¹¹ En este sentido es muy significativa la definición de “reglamento técnico” ofrecida por el artículo 1.9 de la Directiva 98/34/CE, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información a la Unión Europea en materia de normas y reglamentos técnicos y por el artículo 1.11 de la Directiva 98/48/CE, de 20 de julio, que tiene la misma finalidad. Según dichos preceptos, constituyen “reglamentos técnicos” las especificaciones técnicas u otros requisitos cuyo cumplimiento sea obligatorio, *de iure* o *de facto*, para la comercialización de productos o para la prestación de servicios. Se incluyen en este concepto, evidentemente, las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados, pero también las normas técnicas y los códigos profesionales o de buenas prácticas “cuya observancia confiere una presunción de conformidad a lo establecido por dichas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas”. Esta práctica se ha generalizado, no sólo en el ámbito de los productos industriales, sino también en materia de productos y servicios del mercado de las telecomunicaciones. Asimismo, se consideran reglamentos técnicos, de acuerdo a las mencionadas disposiciones “los acuerdos voluntarios de los que sea parte contratante los poderes públicos”, que tengan por objeto el cumplimiento de reglas técnicas (especificaciones técnicas y otros requisitos de carácter técnico, relacionados con instalaciones, productos o servicios).

Son estos datos los que nos permiten afirmar que, mediante la regulación pública de la autorregulación, mediante el fomento –o la imposición– de sistemas privados de autorregulación, se consigue una intervención mucho más intensa en la actividad empresarial de la que podría ser alcanzada con las técnicas clásicas de regulación de policía. Esta línea de reflexiones nos conduce, directamente, al análisis del impacto y de las concretas manifestaciones de la autorregulación regulada en el seno de las empresas.

III. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS Y LA AUTORREGULACIÓN REGULADA.

Hasta fechas muy recientes, las interioridades de las empresas y, más en concreto, sus fines específicos, su organización, así como sus procesos internos de gestión y de producción, poseían escaso o nulo interés para el Derecho Administrativo. En las últimas décadas, la necesidad de buscar técnicas adecuadas para minimizar los riesgos derivados de la actividad empresarial ha transformado por completo el panorama preexistente. En la actualidad son, precisamente, las zonas que habían permanecido al margen de la actuación de los poderes públicos las que se han erigido en protagonistas de las nuevas formas de intervención administrativa. Gracias al impulso de la Unión Europea, los Estados han empezado a tomar en consideración qué es y que fines cumple una empresa. Rápidamente se ha observado que conocer una empresa, desde el punto de vista económico, sociológico y jurídico, ofrece una información que posee un elevado potencial transformador en la relación de estas organizaciones con la Administración.

Desde un punto de vista económico, formulado muy simplemente, una empresa es, por un lado, una organización de capital y trabajo destinada a la prestación de bienes o servicios al mercado y, por el otro, una organización que tiene por finalidad la obtención de beneficios económicos. Ello quiere decir que, para cumplir sus objetivos, la empresa es una organización sensible a las demandas del mercado. Si el mercado pide calidad, las empresas aceptarán con grado las medidas de fomento instauradas por los poderes públicos que les permitan obtener un reconocimiento y una diferenciación, respecto de otras empresas que presten los mismos servicios o que introduzcan en el mercado el mismo producto, por cumplir determinados requisitos de calidad. En esta

línea, cualquier organización empresarial responde más tempranamente a los estímulos que le reporta el cumplimiento voluntario de determinadas normas de calidad que a las sanciones que le puedan imponer coactivamente los poderes públicos si no cumple con las reglamentaciones obligatorias.

Desde un punto de vista sociológico, puede identificarse en las empresas la existencia de un subsistema social funcionalmente diferenciado. Ello quiere decir, en primer lugar, que la empresa es una organización con una elevada capacidad de autorregulación. La autorregulación técnica, entendida, en este caso, como la instauración voluntaria de pautas técnicas de producción y organización de la actividad empresarial, así como la certificación y el control de la aplicación de tales pautas, constituye un rasgo propio e inherente a la gestión empresarial. La plasmación documental y escrita de esta autorregulación, cada vez más habitual por lo demás, no es sino una muestra de ello. En segundo lugar, la autorregulación ética, la reflexión interna de la función que cumplen las empresas en el seno de la sociedad, es otro de los rasgos que caracterizan, en la actualidad, estos subsistemas. Ser consciente de que se está desarrollando una función socialmente diferenciada, reconocer el papel que una empresa cumple en la sociedad, implica, también, asumir la responsabilidad correspondiente. Esta responsabilidad social, en cualquier caso, de no ser asumida voluntariamente, puede ser impuesta por los poderes públicos.

Desde un punto de vista jurídico, una empresa es una organización que da cobertura a un ordenamiento jurídico privado. Los estatutos sociales y los reglamentos internos de una empresa no son sino las normas, de origen contractual, que regulan las relaciones internas que se desarrollan en el seno de dicho ordenamiento. Estas normas, así como los contratos que regulan las relaciones entre la organización empresarial, sus trabajadores, sus auditores, internos y externos, sus distribuidores y sus clientes, ofrecen la posibilidad de juridificar la autorregulación, transformando sus resultados en obligaciones concretas de carácter vinculante, para determinados miembros del subsistema o para todos ellos. La posibilidad de dotar de cobertura jurídica a la autorregulación empresarial permite también que ésta pueda ser exigida, en última instancia, por parte de los poderes públicos correspondientes.

1. Explicaciones a la transformación de las técnicas de regulación de policía.

Para comprender cómo incide en la actuación de los poderes públicos la comprensión de esta realidad empresarial debe tenerse en cuenta el marco tradicional de las relaciones entre la Administración y las empresas, los fines de la intervención pública en la actividad empresarial y, destacadamente, los límites, técnicos, jurídicos y territoriales, a los que se enfrentan los poderes públicos en la materialización de tales fines.

A) Limitaciones a la intervención estatal directa.

La relación entre Administración y empresa, en su posición nuclear de las nociones de Estado y sociedad, respectivamente, ha venido arrastrando hasta nuestros días los presupuestos clásicos de separación entre ambas esferas. La libertad de empresa se ha erigido como una barrera de intervención del Estado, que ha impedido a éste atravesar el umbral de la puerta de cualquier organización empresarial¹¹². Esta barrera de separación, sin embargo, ha ido cediendo paulatinamente.

La necesidad de garantizar la protección de la salud y la seguridad de las personas, la seguridad en el mercado, o, mucho más recientemente, la necesidad de proteger el medio ambiente, han justificado la existencia de regulaciones públicas y la instauración de una red, cada vez más tupida, de controles administrativos de carácter preventivo –autorizaciones e inspecciones- y de carácter represivo -sanciones administrativas-¹¹³. En este sentido y de acuerdo con la formulación tradicional de las

¹¹² Junto con la protección y garantía del derecho a la propiedad, la libertad de empresa ha venido siendo reconocida desde las primeras Constituciones históricas. Como señala P. T. NEVADO-BATALLA MORENO, en *La intervención administrativa en la industria: seguridad y control*, Comares, Granada, 2000, p. 4: “Como constatación inicial podemos observar como el principio de libertad de empresa no es más que a expresión actualizada de los históricamente conocidos principios de libertad de comercio e industria surgidos frente a la organización medieval basada en una estructura gremial y colectivista”. Para ejemplificar el temprano reconocimiento de esta libertad, el citado autor hace expresa mención, entre otras, al apartado vigésimo primero del artículo 31 de la Constitución de Cádiz, que incluye, entre las facultades de las Cortes, la de “promover y fomentar toda especie de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan”. El reconocimiento de esta libertad ha venido acompañada de la necesidad de justificar toda intervención pública de carácter limitativo a la actividad empresarial.

¹¹³ Obsérvese que no estamos haciendo referencia alguna a las limitaciones de la libertad de empresa derivadas de la regulación de mercado, esto es, por ejemplo, las limitaciones impuestas a través de la planificación económica o de la creación de empresas públicas. Estas limitaciones, por lo demás, y a pesar del debate generado en torno a sus límites, al igual que las que derivan de la regulación de policía, son plenamente constitucionales. Sobre este tema pueden verse, entre otros: M. BASSOLS COMA,

relaciones Estado-sociedad, han sido, como vemos, la noción de policía administrativa y las técnicas propias de la misma, las que han proporcionado el fundamento y el instrumental necesarios para el desarrollo de la intervención pública en la actividad empresarial¹¹⁴. A través de dichas técnicas se ha ido tejiendo un cerco alrededor de las empresas, y se ha venido restringiendo, cada vez más, su espacio de libertad. Estas restricciones, en la actualidad, se encuentran perfectamente justificadas y amparadas en el texto constitucional¹¹⁵. El reconocimiento de la libertad de empresa no excluye, pues, la posibilidad de su ordenación por la Administración cuando ésta sea necesaria para garantizar otros derechos y libertades. La necesidad de compatibilizar diversos valores constitucionales con la libertad de empresa hace innecesario que, en la actualidad, deba recurrirse a otros títulos de legitimación, como la policía administrativa¹¹⁶.

Constitución y sistema económico, Tecnos, Madrid, 1985; L. M. CAZORLA PRIETO, “Comentarios al artículo 38 de la Constitución”, en F. Garrido Falla (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 466 y ss.; J. M. GOIG MARTÍNEZ, “Artículo 38. La libertad de empresa”, en O. Alzaga Villaamil (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* t. III, Edersa, Madrid, 1996, pp. 731 y ss.; y E. MALARET GARCÍA, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Escola d’Administració Pública de Catalunya/Civitas, Madrid, 1991, pp. 80 y ss.

¹¹⁴ La conexión existente entre la intervención administrativa en la actividad empresarial, la noción de seguridad y de las técnicas de policía administrativa, es un rasgo que ha sido reiteradamente señalado por la doctrina. Entre muchos otros, fundamentan la intervención administrativa en la industria en la noción de policía: G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Industria”, en S. Martín-Retortillo Baquer (Dir.), *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, La Ley, Madrid, 1991, pp. 405 a 554; y J. L. VILLAR PALASÍ, en *La intervención administrativa en la industria*, op. cit.. En la misma línea, respecto a la intervención pública en la industria alimentaria, M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, op. cit..

¹¹⁵ El reconocimiento jurídico de la libertad de empresa en el artículo 38 CE debe compatibilizarse con la necesidad de proteger otros valores, como la protección del medio ambiente (art. 45 CE), o la defensa y protección de la seguridad y la salud de los consumidores y usuarios (art. 51 CE). En este sentido, la jurisprudencia ha establecido claramente, por ejemplo, que el artículo 38 no ampara un derecho incondicionado a la libre instalación de cualquier establecimiento comercial o empresarial en cualquier espacio y sin sometimiento al cumplimiento de requisitos y condiciones. La libertad de empresa, en cuando que puede afectar a derechos de terceros y a bienes constitucionalmente protegidos, puede estar sometida a control y autorización administrativa. En esta línea se pronuncian, entre otras, la STC 225/1993, de 8 de julio y STC 127/1994, de 5 de mayo.

¹¹⁶ En esta línea, véase S. MARTÍN RETORTILLO, en *Derecho Administrativo Económico*, (Dir. S. Martín-Retortillo Baquer), vol. I, Madrid, 1991, p. 185.

La existencia de múltiples reglamentaciones y controles que, fundamentadas en la protección de otros valores constitucionalmente protegidos, restringen o limitan la libertad de empresa, es incluso recogida en la propia definición de esta libertad. Así, por ejemplo, G. ARIÑO ORTIZ, en *Principios constitucionales de la libertad de empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 23, define la libertad de empresa como el derecho a la libre creación de empresas, sin más limitaciones que las establecidas en el ordenamiento y como el derecho a la libre gestión de la empresa en el marco de una economía de mercado sin otras limitaciones que las derivadas igualmente del ordenamiento y concretamente del derecho de la competencia. Formulando las mismas ideas, en términos quizás más explícitos, J. M. MARTÍNEZ DEL VAL, “Libertad de empresa”, en O. Alzaga Villaamil (Dir.), *Comentarios a las leyes Políticas. Constitución española de 1978*, vol. III, Madrid, Edersa, 1988, p. 652, entiende la libertad de empresa como el derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de mu y distinto orden.

Si la policía administrativa ya no es necesaria como título de intervención, en los términos expuestos, tampoco sus concretas técnicas son adecuadas a la protección de los nuevos valores que debe garantizar el Estado. Las técnicas de regulación de policía, a pesar de su legitimidad jurídica, están perdiendo credibilidad debido a la falta de capacidad técnica de los poderes públicos para enfrentarse a los riesgos generados por la actividad empresarial¹¹⁷. La noción misma de riesgo es fundamental para comprender las dificultades a las que se enfrentan el legislador y la Administración en este ámbito¹¹⁸. Sucintamente, podemos señalar tres rasgos propios de las técnicas de regulación de policía aplicadas a la empresa, en su configuración clásica o tradicional, que se han visto radicalmente afectados en los últimos años por la aparición de la sociedad del riesgo.

El primero de estos rasgos dice relación con el fundamento de la intervención estatal en las empresas. Como sabemos, fue la noción de seguridad, la necesidad de proteger a las personas de los posibles daños ocasionados por las empresas, el fin que justificó las reglamentaciones y controles públicos instaurados en torno a ellas¹¹⁹. La

¹¹⁷ Sobre la creciente incapacidad de la Administración para enfrentarse a los riesgos generados por la actividad empresarial y el nuevo estadio de las relaciones entre la técnica y el Derecho, derivadas del progreso tecnológico véase, por todos, J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho...*, op. cit.

¹¹⁸ El riesgo que caracteriza las sociedades modernas dice relación con unas amenazas que no pueden ser controladas científicamente. Como expresivamente sostiene U. BECK, “La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva”, en U. BECK, A. GIDDENS, y S. LASH: *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, Alianza Universidad, Madrid, 1997 [*Reflexive Modernization. Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order*, Polity Press, 1994], p. 22, los problemas derivados del riesgo “se caracterizan por no tener soluciones inequívocas: antes bien, se distinguen por una ambivalencia fundamental, que puede expresarse en cálculos de probabilidad, pero no eliminarse de ese modo”.

¹¹⁹ Esta línea de reflexiones se encuentra perfectamente reflejada en el Real Decreto de 11 de noviembre de 1863, en el que se reconocía la necesidad de redactar los reglamentos reguladores de las actividades industriales que pudieran influir de una manera perniciosa en la salud y seguridad pública puesto que, en aquellos momentos, la única regulación existente sobre dichas actividades se encontraba dispersa en las Ordenanzas municipales. Aluden a esta realidad F. ABELLA, *Tratado de Derecho Administrativo Español*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados Municipales, t. II, Madrid, 1886, p. 851; M. COLMEIRO, *Derecho Administrativo Español*, t. I, Librería de Don Ángel Calleja, Madrid/Santiago, 1850, p. 311; y V. SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo según los principios generales y la legislación actual de España*, Madrid, 1903, pp. 418-419. Esta regulación, como se sabe, no vio la luz hasta el 17 de noviembre de 1925 con la aprobación del Reglamento y nomenclatura de establecimientos incómodos, insalubres y peligrosos. Sobre ello véase: J. DOMPER FERRANDO, en *El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, vol. II, *La normativa del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Prensas Universitarias de la Universidad de Zaragoza/Civitas, Madrid, 1992, p. 55; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El Medio Ambiente Urbano y las Vecindades Industriales*, IEAL, Madrid, 1973, p. 87.

La reglamentación sobre productos industriales fue algo más temprana, a tenor de la información proporcionada por J. GARCIA USANO, J. CRESPO NOGUEIRA, y P. VOLTES BOU, en el capítulo “Antecedentes de la constitución de los Cuerpos de Ingenieros Industriales”, en el vol. col. *Cincuenta*

supuesta superioridad técnica de la Administración, la consideración de que sólo los poderes públicos velaban por la protección de la seguridad, y la confianza en la ciencia, permitían pensar que, mediante la regulación de policía, podía garantizarse dicha seguridad. Dicho de otro modo, la seguridad era un objetivo supuestamente alcanzable mediante la intervención pública. Ante este planteamiento, parecía que sólo podían poner en peligro la seguridad aquellas empresas que incumplían la legislación, en concreto, las leyes generales y las reglamentaciones técnicas. El establecimiento de autorizaciones previas a la iniciación de una actividad empresarial para comprobar el cumplimiento de las normas públicas de seguridad y el ejercicio de la potestad sancionadora ante la vulneración de tales normas se presentaban como instrumentos adecuados al fin perseguido.

Estrechamente relacionado con ello, el segundo rasgo caracterizador de la regulación de policía era su carácter externo a la actividad empresarial, su no incidencia en el *management* empresarial. El objeto de las reglamentaciones y controles públicos venía circunscrito por las consecuencias externas de la actividad desarrollada por las empresas, sin incidir en sus procesos internos de producción, organización y gestión. Con carácter general, las reglamentaciones públicas se centraban en determinar los requisitos que debían cumplir los productos destinados al mercado, o las características formales y de localización en el territorio aplicables a las empresas. Sólo en algunos sectores, en los que los riesgos para la salud de las personas derivados de la actividad empresarial fueron tempranamente advertidos, se articularon algunas reglamentaciones en las que los centros de elaboración de productos eran objeto de especial atención. Es el caso de las clásicas reglamentaciones dirigidas a garantizar la seguridad de los aparatos utilizados en la industria, la salubridad y la higiene de las instalaciones industriales, o de los establecimientos relacionados con la producción o la manipulación de los alimentos.

El tercer rasgo que caracterizaba la regulación de policía en el mercado tiene que ver con el nivel de conocimientos técnicos que debía poseer la Administración para satisfacer los fines de protección propuestos mediante su intervención. La comprobación del cumplimiento de las normas de higiene por parte de las industrias

años de actuación de los Cuerpos de Ingenieros Industriales 1931-1981, Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1982, pp. 22 y ss.

alimentarias, por ejemplo, se vino realizando durante muchos años mediante técnicas realmente rudimentarias¹²⁰. En la misma línea, la reglamentación de las actividades molestas, insalubres y peligrosas, considerada como la primera normativa de protección ambiental aplicable a las industrias, basada en la técnica del alejamiento y la zonificación, tampoco requería gozar de unos conocimientos especiales para su aplicación¹²¹. Como ya sabemos, allí donde el saber técnico especializado era un dato imprescindible para controlar la aplicación de los reglamentos técnicos se abrió tempranamente la tendencia que se está extendiendo en la actualidad; esto es, por un lado, se requirió la colaboración de expertos privados en la comprobación de los requisitos de seguridad de las instalaciones industriales y, por el otro, se instauró la obligación de las empresas de comprobar ellas mismas que se satisfacían tales condiciones de seguridad¹²².

¹²⁰ En materia alimentaria, las primeras intervenciones públicas relacionadas con la higiene de los alimentos eran realizadas por los denominados veedores de la administración local. Estos funcionarios, sin preparación específica, se encargaban de inspeccionar los abastos de carnes, pescado, pan y bebidas para garantizar que los productos fuesen de calidad y seguros para el consumo. Resulta ilustrativa la recomposición que han hecho algunos autores de las tareas de los veedores y otros funcionarios municipales a través resoluciones y ordenanzas municipales. Así se pone de manifiesto, por ejemplo, que los veedores debían comprobar, para certificar que los animales que llegaban al matadero estaban sanos, que entrasen en este por su propio pie. En algunas actas de inspección se denuncia que se vendía pescado remojado en “aguas inmundas” o que se vendía grano para el pan “algo picado con género de gorgojo originado por estar las paneras y suelos de ellas de mala calidad y lleno de inmundicia y sabandijas”: R. CUBILLO DE LA PUENTE, “Apuntes Históricos sobre la Inspección Sanitaria de los alimentos”, *Los alimentos y la veterinaria*, Universidad de León, 1999. Esta tendencia se vio modificada cuando se crearon los primeros cuerpos técnicos de veterinarios de la Administración.

¹²¹ Sobre la relación existente entre la regulación de las actividades clasificadas y la protección del medio ambiente puede verse, por todos, J. DOMPER FERRANDO, *El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, 2 vols., Prensas Universitarias de la Universidad de Zaragoza/Civitas, Madrid, 1992.

La primera regulación completa de las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas en nuestro país se produce mediante la aprobación de la Real Orden de 17 de noviembre de 1925. Esta norma exigía una licencia de actividad para las industrias que, en la terminología actual, denominaríamos contaminantes. El otorgamiento de la licencia se basaba, fundamentalmente, en la técnica del alejamiento de estas industrias de las poblaciones. Esta técnica se ha mantenido, en sus rasgos generales, con el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, de 30 de diciembre de 1961. Obviamente, comprobar si una instalación industrial cumplía con las distancias mínimas exigidas para el otorgamiento de la autorización respondía a las posibilidades de conocimiento de los funcionarios municipales. También estaba al alcance de estos funcionarios la imposición de las medidas correctoras que se consideraban necesarias para adecuar la actividad empresarial a las exigencias de seguridad. Como señala J. ESTEVE PARDO, en “La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible”, *RAP*, n.º 149, 1999, p. 41: “(...) estos funcionarios operan, y han operado de hecho, con un conocimiento medio, propio de cualquier persona instruida, con alguna especialización en su caso. Un conocimiento de este alcance era de ordinario suficiente para valorar las medidas correctoras de carácter artesanal, muy simples en la mayor parte de los casos y en muchos de ellos de elaboración casera, que comúnmente se presentaban como condición para el otorgamiento de la licencia”. Destaca este autor, entre las típicas y frecuentes medidas correctoras, la exigencia de que las chimeneas sobresalieran algunos metros sobre las edificaciones circundantes, la obligación de instalar un extintor, o la prohibición de no instalar altavoces en un bar musical situado en el patio interior de un edificio.

¹²² Como prueba de ello pueden citarse aquí algunos de los primeros reglamentos técnicos en los que se prevé la colaboración privada en la garantía de las condiciones de seguridad de determinados

Veamos ahora cómo se van perfilando estos mismos rasgos en la actualidad. Retomemos de nuevo la noción de seguridad. A medida que las empresas han ido incorporando en sus procesos de producción tecnologías cada vez más avanzadas y complejas, como ya hemos señalado en diversas ocasiones, la seguridad ha dejado de ser un objetivo alcanzable. El desarrollo tecnológico ha dado lugar a la aparición de una serie de riesgos incontrolables, por ser desconocidos incluso por la propia ciencia. Son riesgos invisibles, que esquivan la percepción sensorial, que sorprenden a los científicos y que generan un notable grado de incertidumbre a la sociedad. Estos riesgos se extienden a lo largo del planeta, afectan a los bienes más elementales de la vida, como el medio natural o los alimentos, y causan daños perfectamente observables, sin que sea siempre posible establecer una relación de causalidad directa respecto su procedencia. La función de garantía de la seguridad, primer rasgo caracterizador de la regulación de policía, debe ser transformada en una función de minimización y de gestión de los riesgos¹²³. Para cumplir esta función, sin embargo, es necesario tomar en consideración las interioridades de la organización empresarial. Se constata que es imposible conseguir la materialización efectiva de los fines propuestos por la regulación pública, fundamentalmente en lo que atañe a los objetivos de seguridad, si no se incide también

aparatos. Así, el Real Decreto de 21 de noviembre de 1929, por el que se aprueba el Reglamento para el reconocimiento y prueba de los aparatos y recipientes que contienen fluidos a presión, en su artículo 32, establece que: “Independientemente de los reconocimientos oficiales, se recomienda a los usuarios de generadores de vapor que, además del examen corriente que suele hacerse después de las limpiezas, hagan reconocer, anualmente, por lo menos, sus calderas por personal competente y con carácter particular para juzgar si siguen prestando en todos sus puntos la resistencia necesaria, y que los aparatos de seguridad y demás satisfagan las condiciones expuestas”. Por su parte, la Real Orden de 21 de noviembre de 1929, por la que se aprueba el Reglamento de instalaciones eléctricas en el interior de fincas o propiedades urbanas, regula la participación de las empresas suministradoras en la apreciación del cumplimiento de las condiciones reglamentarias por dichas instalaciones. Según el artículo 44 de este Reglamento: “En las instalaciones de baja tensión, exceptuando las destinadas a espectáculos públicos, las citadas Empresas quedan facultadas para apreciar, bajo su responsabilidad, si una instalación no reconocida oficialmente cumple o no las condiciones reglamentarias” (art. 44). La dirección emprendida en estos reglamentos, esto es, por un lado, la responsabilidad del propietario de las instalaciones industriales de velar por la seguridad de sus instalaciones y, por el otro, la colaboración de expertos privados externos a la empresa, convergen en la Orden del Ministerio de Industria de 1 de agosto de 1952, por la que se aprueba el Reglamento para la construcción e instalación de aparatos elevadores y montacargas. El artículo 47 de esta Orden establece la obligación a cargo del propietario o arrendatario del ascensor de contratar la debida conservación técnica con una entidad de reconocida garantía y solvencia técnica, mediante los denominados “contratos de conservación y mantenimiento”. Esta evolución está claramente detallada en el riguroso trabajo de D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares...*, op. cit.

¹²³ En este contexto, puede hablarse de un “retorno de la incertidumbre a la sociedad”. Ello significa, siguiendo a U. BECK, en “La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva”, *Modernización reflexiva...*, op. cit., p. 22, que debe modificarse y, de hecho, está siendo modificado el papel de los poderes públicos en su posición de garantes de la seguridad: “cada vez más conflictos sociales dejan de ser tratados como problemas de orden y son tratados como problemas de riesgo”.

en los ciclos vitales de las empresas generadores de los riesgos que se pretenden evitar. Es necesario conocer y regular las tecnologías que se aplican y los procesos internos de producción, y tomar en consideración las posibilidades que ofrece la técnica para mejorar las condiciones de seguridad, tanto de las empresas como de sus productos. La intervención pública en las empresas no puede ser ya una intervención externa, sino que debe incidir directamente en el *management* empresarial¹²⁴. Por último, intentar ofrecer unos niveles mínimos de seguridad ante los riesgos generados por la técnica requiere una notable elevación del grado de especialización de quienes pretenden abordar este reto. Esta especialización debería ser predicable tanto de quienes tienen encomendada la misión de elaborar las reglamentaciones aplicables a las empresas, como de quienes deben realizar los controles necesarios para garantizar su aplicación.

Sin embargo, una intervención pública de estas características se encuentra extraordinariamente limitada. Las fronteras de conocimiento, las fronteras jurídicas y las fronteras territoriales, constriñen notablemente la capacidad de actuación de los poderes públicos frente a los riesgos. Las nuevas barreras a la intervención pública derivan, pues, de la limitación de los conocimientos de la Administración, de la desvinculación entre las nociones de reglamentación pública y seguridad, de las zonas que requieren la intervención pública -que se ubican en el núcleo esencial de la libertad de empresa-, de las exigencias de liberalización de los mercados y de reducción de las reglamentaciones y controles administrativos, y de la globalización de los riesgos y de los mercados.

El déficit de información sobre la realidad concreta en la que deben operar los poderes públicos, su falta de conocimientos, en definitiva, sobre las interioridades de las empresas, las técnicas que éstas aplican y las soluciones de carácter técnico que pueden mejorar los objetivos de protección propuestos con la intervención administrativa de policía, constituye la más destacable de las fronteras señaladas. El aumento de la complejidad tecnológica, su rápida evolución, desborda con mucho las posibilidades de adaptación de la Administración pública, con mayor razón cuando se observa que los

¹²⁴ U. BECK, en *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1998 [*Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt del Meno, 1986], p. 87: "Cuestiones que pertenecen al ámbito de la soberanía del *management* empresarial (los detalles de la configuración del producto y del procedimiento de producción, los tipos de energía y la eliminación de los desechos) ya no son sólo cuestiones de *management* empresarial, sino que se convierten en *problemas acuciantes de la política de los gobiernos*". (La cursiva es del texto original).

circuitos de desarrollo de la evolución tecnológica, a los que se adaptan con rapidez las empresas, se encuentran cada vez más globalizados y son dominados por sujetos privados. Ello explica el progresivo trasvase hacia expertos privados de las funciones de determinación de las reglas técnicas aplicables a la elaboración de un producto, a los procedimientos de gestión empresarial o a las capacidades de los sujetos que deben controlar tales procedimientos –función que vienen ejerciendo los organismos de normalización-; y de las funciones de control del cumplimiento de tales características, tanto si éstas vienen fijadas en normas técnicas de carácter voluntario -entidades de certificación y organismos de control- como si se encuentran fijadas en las reglamentaciones técnicas aprobadas por los poderes públicos -organismos de control-.

La impotencia de la Administración es más destacable si se tiene en cuenta que, incluso estos sujetos privados, los científicos, los técnicos, los expertos en definitiva, se encuentran desbordados por las consecuencias de su propio trabajo. Los riesgos generados por el desarrollo tecnológico escapan, en muchos casos, de las posibilidades de control de quienes lo impulsan. Por ello es realmente complejo establecer, incluso con el asesoramiento de estos expertos, una normativa que permita garantizar unos mínimos de seguridad en ciertos ámbitos¹²⁵. Este objetivo se torna todavía menos realista si se compara el ritmo propio de cualquier intervención pública de carácter imperativo frente al ritmo al que evoluciona la ciencia y la tecnología. Es por ello que la legislación de seguridad, particularmente en el ámbito industrial, está cambiando. Entre las manifestaciones jurídicas más destacables de esta transformación cabe destacar, entre otras, la exigencia de responsabilidad más allá del cumplimiento de la normativa jurídica y su correlativa limitación al “estado de los conocimientos científicos y técnicos”, en la que se basa la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por daños de productos defectuosos, o las cláusulas de adaptación de las instalaciones industriales a la mejor tecnología disponible para la prevención de riesgos¹²⁶.

¹²⁵ U. BECK, en *La sociedad del riesgo...*, op. cit., p. 80, expone las limitaciones a las reglamentaciones de seguridad en una sociedad del riesgo. Tales reglamentaciones se basan, normalmente, en el establecimiento de valores límites tolerables de contaminación -que, según este autor “posibilitan una ración duradera de envenenamiento colectivo normalizado”-, o en la determinación de cantidades máximas tolerables. Dichas reglamentaciones parten de la falacia de que “lo que (aún) no está regulado o no es regulable no es tóxico”. Con esta técnica “más pronto que tarde, uno choca contra la dura ley, que establece que mientras los riesgos no sean reconocidos científicamente éstos no existen –en cualquier caso no jurídica, tecnológica y socialmente y, por tanto, no serán impedidos, ni tratados, ni resarcidos-.

¹²⁶ Sobre ello véase J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho...*, op. cit., pp. 42 y ss.; y pp. 92 y ss.

También las fronteras territoriales constituyen una clara barrera a la intervención de los poderes públicos. El estado de los conocimientos científicos es un dato que procede de subsistemas que no están limitados por las fronteras estatales, del mismo modo que los riesgos de la técnica tampoco conocen de tales fronteras. Las empresas operan con toda normalidad en un mercado cada vez más globalizado, como si tales fronteras no existieran, se apoderan de los mejores científicos y se adaptan a las exigencias de gestión de los riesgos que gozan de mayor aceptación a nivel mundial. La capacidad de intervención de los poderes públicos en un tejido empresarial formado por organizaciones que desarrollan su actividad en diversos Estados es más que reducida. No puede garantizarse, a través de la regulación de policía, que una empresa multinacional cumpla, en todos los países en los que opera, las normas impuestas por un determinado Estado. Ni siquiera es posible garantizar, a través de las técnicas tradicionales, que se cumplen los contenidos mínimos de protección de los derechos laborales y, mucho menos, los objetivos de protección de la salud, de la seguridad de las personas o del medio ambiente. Es aquí más que necesario que sean las empresas quienes asuman voluntariamente esta responsabilidad o, en su caso, es necesario que se las someta a tal presión ambiental que se vean abocadas a hacerlo.

Hemos hecho mención también a la existencia de límites jurídicos a la intervención de los poderes públicos. Antes de que se produjeran todas las transformaciones a las que estamos aludiendo, el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa no había supuesto una barrera invencible a la intervención del Estado, puesto que éste venía respetando el núcleo esencial de tal libertad. Resulta ciertamente difícil concretar en que consiste tal núcleo esencial¹²⁷. Sin embargo, parece que la definición de los objetivos empresariales, la decisión sobre la planificación y la organización interna de una empresa, la reglas internas de conducta, las técnicas utilizadas y los procedimientos de la gestión empresarial, el *management* empresarial,

¹²⁷ De acuerdo con el artículo 53.1 CE, las leyes que desarrollen los derechos establecidos en el Capítulo segundo del Título Primero de la Constitución, entre los que se encuentra la libertad de empresa, deberán respetar, en todo caso, su contenido esencial. La delimitación de las zonas vetadas a la intervención de los poderes públicos, por formar parte de este contenido esencial, fue tempranamente concretada, aunque de modo muy genérico, por la STC de 8 de abril de 1981: “Entendemos por contenido esencial aquella parte del contenido de un derecho sin el cual pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho correspondiente a un determinado tipo. Es también aquella parte de contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para los que el derecho se otorga”.

en definitiva, deberían formar parte de este núcleo¹²⁸. La intervención administrativa en este ámbito mediante las clásicas técnicas de regulación de policía podría ser, desde un punto de vista estrictamente jurídico, por lo menos discutible. Junto a ello, una intervención directa de este calado entraría en franca contradicción con la liberalización de la economía que se propugna desde la Unión Europea. En el ámbito concreto de la actividad empresarial se recomienda, precisamente, una reducción de las reglamentaciones y los controles administrativos y una simplificación de los trámites de autorización para la creación de nuevas empresas¹²⁹.

En un contexto caracterizado por estas importantes limitaciones a la intervención pública, debe repararse, en primer lugar, en la capacidad de respuesta de las empresas para asumir su parte de responsabilidad en la protección de unos objetivos constitucionales cuya responsabilidad última corresponde, indiscutiblemente, al Estado. Pero debe prestarse también atención a las posibilidades que, para superar estas limitaciones, ofrece la técnica de la regulación de la autorregulación.

B) Demandas de regulación, estrategia pública e iniciativa empresarial.

La protección frente a los riesgos contra el medio ambiente, la salud y la seguridad de las personas, generados por los productos que ingieren o que consumen, o por las técnicas de producción utilizadas en las empresas, es una responsabilidad que corresponde, indiscutiblemente, al Estado. Ello no obstante, los riesgos que ponen en peligro estos bienes tienen su origen, mayoritariamente, en la actividad empresarial. Es lógico, pues, que una adecuada protección de estos bienes deba pasar, necesariamente, por su corresponsabilización en la gestión y la minimización de los riesgos que generan.

¹²⁸ Ello puede deducirse, por ejemplo, de las aportaciones de M. GARCÍA PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en M. Ramírez (Dir.), *Estudios sobre la Constitución de 1978*, Zaragoza, 1979, p. 42, que entiende que la libertad de empresa es el derecho subjetivo a crear y mantener empresas y el derecho de la empresa para decidir sus objetivos y desarrollar su propia planificación. En una línea parecida, M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, op. cit., p. 140 y ss, sostiene que, para que el mercado pueda funcionar, se hace preciso la existencia de una serie de presupuestos institucionales, que entrarían dentro del contenido esencial de la libertad de empresa, entre los que se encuentran: la libertad de acceso y permanencia en el mercado, la capacidad de autodeterminación y gestión empresarial, la libertad de contratación y la libertad de apropiación del beneficio.

No sólo los poderes públicos, sino también la sociedad, son cada día más conscientes de ello. El temor hacia la existencia de riesgos incontrolables originados por empresas ha generado una situación de preocupación y una concienciación social destacable sobre la necesidad de minimizar tales riesgos. Los ciudadanos y los medios de comunicación ejercen cada vez mayor presión sobre las empresas poco respetuosas con la protección del medio ambiente o con los derechos de los consumidores y usuarios. La sociedad no parece dispuesta a tolerar la existencia de organizaciones que pongan en peligro determinados bienes para dar prioridad a la obtención de beneficios económicos¹³⁰. El efecto catalizador que tiene la publicidad y los medios, junto con la nueva sensibilidad de la sociedad contemporánea, hace que sean mucho más valorados los productos que son respetuosos con el medio ambiente, o los que no han sido elaborados mediante la explotación del trabajo infantil. Se valoran también positivamente las empresas que se declaran respetuosas con los derechos sociales, aquellas que afirman seguir determinados principios éticos, o las industrias no contaminantes¹³¹.

Las organizaciones empresariales, en consonancia con este nuevo orden de valores, demuestran su capacidad de adaptación y de autorreflexión, desarrollando estrategias de solidaridad desconocidas históricamente¹³². No puede pasarse por alto, pues, el efecto de la opinión pública, en la responsabilidad social de las empresas¹³³.

¹²⁹ Véase al respecto la Recomendación de la Comisión de 22 de abril de 1997 sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas [DOCE L 145, de 5 de junio de 1997, p. 29].

¹³⁰ En este sentido, estamos asistiendo a un cambio radical de la consideración social de las empresas. El desarrollo de la sociedad del riesgo ha generado la aparición de un nuevo orden de valores en la sociedad. Como señala U. Beck, "(...) empresas que, durante mucho tiempo, de acuerdo con las normas de la economía de mercado habían sido mimadas debido a su beneficencia fiscal y a su amor laboral al prójimo se ven de repente en el banco de los acusados (...) se hundieron mercados, suben los costes, se ciernen prohibiciones y procesos judiciales, surgen obligaciones a renovar por completo el sistema técnico de producción": U. BECK, *La sociedad del riesgo...*, op. cit., p. 85.

¹³¹ M. A. SÁNCHEZ, en "Ética, organización y formación", *Reis*, n.º 77-78, 1997, p. 185, pone de manifiesto que "la nueva sociedad" no acepta ya que las empresas respondan solamente a la lógica de los mercados, sino que les exige que sean sensibles a los problemas que conmueven la opinión pública: contaminación, Tercer Mundo, seguridad industrial, beneficios indebidos por fraudes y privilegios, beneficios espectaculares por OPAS salvajes y otros enriquecimientos rápidos sin trabajo.

¹³² En esta línea, G. ARIÑO ORTIZ, en *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Comares, Granada, 1999, p. 121, pone el acento en el principio de solidaridad, que considera aplicable también a las empresas. Dice: "ésta no está sólo al servicio de los accionistas y directivos, sino también de los trabajadores, clientes suministradores y el entorno medioambiental y social en que se mueva. Por ello, junto con el balance económico de las empresas se define el balance social, entendido como aquel conjunto de actividades y mecenazgos cuyos beneficios no se integran en los beneficios netos de la empresa, sino que trascienden directamente a al

La adopción de códigos éticos, las declaraciones públicas de principios, el cumplimiento de elevados estándares y normas técnicas de calidad –manifestaciones todas de la autorregulación normativa-, o las etiquetas y marcas identificativas que demuestran su cumplimiento –autorregulación declarativa-, no sólo son una muestra de dicha responsabilidad, sino que constituyen también un atractivo para el mercado y son utilizadas, en parte, como una cuestión de marketing empresarial¹³⁴. Al mismo tiempo, sin embargo, el establecimiento de las normas de autorregulación empresarial, combinada con una adecuada la información sobre el grado de cumplimiento de tales normas, se erigen como un instrumento privilegiado que, convenientemente utilizado por los poderes públicos, puede ser de gran utilidad para garantizar el cumplimiento de los fines y los objetivos de protección de los que hablábamos en un inicio.

Es así como los poderes públicos, a través de recomendaciones, de la creación de signos distintivos o de la concesión de ayudas y subvenciones económicas, han adoptado una clara estrategia de fomento de la autorregulación¹³⁵. Se impulsa la aprobación de códigos de conducta por parte de las empresas, la elaboración de productos de calidad, así como la sumisión de las empresas a estándares técnicos más elevados que los impuestos por las normas reglamentarias de carácter imperativo. Esta estrategia no proviene solamente de los Estados, sino, como veremos, también de la

sociedad”. Este autor señala también que, a pesar de ello, el principio de solidaridad ha sido poco desarrollado hasta ahora en la configuración jurídica de la empresa.

¹³³ Como pone de manifiesto J. M. LOZANO, *Ètica i empresa*, Proa, Barcelona, 1997, p. 94, traduciendo, a su vez, a J. R. BOATRIGT [*Ethics and the Conduct of Business*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1993, p. 386]: “El concepte de responsabilitat social de l’empresa s’originà en els anys cinquanta, lligat al ràpid increment de mida i de poder de les empreses americanes. I el concepte continuà figurant prominentment en el debat públic durant els anys seixanta i setanta mentre la nació afrontava problemes socials urgents, com és ara la pobresa, l’atur, les relacions entre races, la degradació urbana i la contaminació. La responsabilitat social de l’empresa esdevingué un clam compartit per diversos grups que exigien canvis en els negocis americans”.

¹³⁴ Una visión altamente crítica de la mercantilización de la autorregulación ética puede leerse en R. TERMES CARRERÓ, “Ética y mundo de los negocios”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 73, 1996, pp. 285 a 308; y L. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “El papel de la ética en la estrategia empresarial”, *Alta Dirección*, n.º 172, 1993, pp. 87 a 94.

¹³⁵ La actividad de fomento de las Administraciones públicas no es, como sabemos, en absoluto novedosa. Con ella se pretende “orientar el comportamiento voluntario de determinados sujetos para que sus conductas coincidan con los intereses de la Administración”: R. MARTIN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental*, vol. I, Trivium, Madrid, 1992, p. 416. Según este mismo autor [*Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Trivium, Madrid, 1994, p. 44]: “Con la Revolución industrial se consolida plenamente en el campo de la economía la llamada actividad de fomento de la Administración, antítesis de las intervenciones autoritarias y coactivas del pasado, que impulsa el progreso adjudicando a ciertas mercancías marcas, medallas y diplomas, que acreditan su superior calidad o califican a ciertas empresas por sus méritos desde la perspectiva de los intereses sociales”.

unión Europea y, destacadamente -por la mayor capacidad de influencia que tienen sobre las multinacionales-, de las organizaciones internacionales, públicas y privadas.

El establecimiento de normas, por parte de los propios poderes públicos, que no poseen carácter imperativo, pero que fijan unos estándares de calidad superiores a los exigidos obligatoriamente, por ejemplo, se enmarca entre estas acciones de fomento. El cumplimiento de estas normas voluntarias lleva aparejado el otorgamiento de una marca o signo distintivo, también otorgado normalmente por la Administración, que certifica que la empresa o el producto que lo lucen poseen unas características especiales. Los rasgos distintivos certificados por el uso de la marca en cuestión pueden estar relacionados con las características geográficas del lugar en el que se cultivan y elaboran determinados productos vinícolas o alimentarios –denominaciones de origen-, o con las técnicas o los materiales de producción utilizados –sello INCE-. Mediante los mismos instrumentos puede certificarse también que un producto ha sido elaborado de acuerdo a técnicas respetuosas con el medio ambiente –ecoetiqueta- o, incluso, que una empresa adecua todos sus procesos internos y realiza los controles necesarios para minimizar su impacto ecológico –certificado EMAS-¹³⁶. Puesto que, por un lado, las normas en las que se basa la concesión de estos certificados de calidad no poseen carácter vinculante, y, por el otro, la elaboración de estas normas requiere unos conocimientos técnicos que desbordan la capacidad de la Administración, se tiende a que sean, cada vez más, determinadas organizaciones privadas las encargadas tanto de establecer los requisitos necesarios para su concesión –organismos privados de normalización- como de comprobar la adecuación de los productos a tales normas y entregar los correspondientes certificados –entidades de certificación-. Con ello empiezan a circular por nuestro país marcas y certificados de calidad, otorgados de acuerdo a los criterios establecidos por organismos a los que se les reconoce una

¹³⁶ Como pone de relieve R. AUDIVERT ARAU, en *Régimen jurídico de la etiqueta ecológica*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 29, citando, a su vez, a R. STOBER [*Derecho Administrativo económico*, MAP, 1992]: “La proliferación de estos instrumentos demuestra que la economía, el medio ambiente y el derecho deben ir ligados en su evolución (...). En el núcleo de esta cuestión está la corresponsabilización de la economía, ya que las aportaciones industriales, comerciales, las formas de economía agraria o la industria del transporte pueden ser causantes de efectos perjudiciales en el medio ambiente, al elaborar productos o en el manejo de ciertos procedimientos complejos de elaboración de sustancias, de tal modo que estas funciones propias de la economía lo que están corroborando, precisamente, es que ha de empezar a hablarse de un derecho administrativo económico ecológico, ya que todas estas formas no son sino coincidentes con el planteamiento medioambiental”.

capacidad técnica superior a la de la Administración –marcas privadas de calidad-. Los poderes públicos también fomentan la existencia de estas prácticas.

Asimismo, y debido a que las normas voluntarias aprobadas por organismos de normalización establecen unos requisitos de calidad superiores a los fijados por la legislación, se fomenta la adquisición generalizada de productos normalizados por las distintas Administraciones públicas. En este sentido, tanto la Ley de Industria como la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas obligan taxativamente a incorporar los estándares normalizados que recogen las normas técnicas a las prescripciones y bases de los contratos administrativos¹³⁷. En atención a la importancia cuantitativa de la contratación pública, esta exigencia constituye un importante elemento de conformación del mercado.

En último lugar, cabe mencionar también la concesión de ayudas económicas y subvenciones a las empresas que eleven sus estándares de conducta de acuerdo a criterios de calidad. En concreto, el Ministerio de Industria y Energía ha venido

¹³⁷ En concreto, el artículo 20.6 LI establece, como objetivo prioritario para la promoción de la calidad industrial, “la adquisición por parte de las Administraciones Públicas de productos normalizados”. Por su parte, el 52.1 de la LCAP establece que: “Sin perjuicio de las instrucciones o reglamentos técnicos nacionales obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario, las prescripciones técnicas serán definidas por referencia a normas nacionales que transpongan normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos o especificaciones técnicas comunes, fijándose reglamentariamente los casos en que puede prescindirse de los mismos. A falta de los anteriores, las prescripciones técnicas podrán definirse por referencia a normas nacionales que transpongan normas internacionales, a normas nacionales o a otras normas”.

Más concretamente, la Orden de 14 de octubre de 1997, por la que se fijan los criterios de modificación de cláusulas administrativas particulares que han de regir la contratación del Ministerio del Medio ambiente, para incluir la valoración ambiental como exigencia objetiva de resolución de los concursos que se convoquen, obliga a que los productos suministrados a dicho Ministerio, los servicios prestados al mismo, o las obras contratadas, hayan sido elaborados, prestados o realizados en el marco de un sistema de gestión medioambiental basado en las normas internacionales ISO (serie ISO 1400), europeas EN o españolas UNE (UNE 77/801-94 y 77/802-94) (arts. I.5; II.2 y III.2 de la citada norma).

Las normas citadas recogen las previsiones de las Directivas europeas sobre contratación pública, que imponen la obligatoriedad de la referencia a normas técnicas europeas armonizadas que aprueban los organismos europeos de normalización en las licitaciones referidas a productos o servicios para los que existan tales normas. Sobre ello véase: V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización...*, op. cit., pp. 196 a 222; y M. LÓPEZ CACHERO, “Normalización y contratación”, en: S. López-Ibor Mayor (Coord.), *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 189 a 206.

Con esta regulación se pone de manifiesto que la confianza que hoy tienen las administraciones públicas en los productos normalizados es la misma que han venido teniendo en aquellos productos que poseen el sello INCE. Las acciones de fomento respecto tales productos posee también rasgos similares. Así, en una línea muy parecida a lo que establecen la LI y la LCAP, el artículo 8 de la Orden de 12 de diciembre de 1977, de creación del sello INCE, establece que: “Los materiales, productos, equipos y sistemas que tengan concedido el Sello INCE tendrán preferencia de aplicación en todas las obras de

aprobando ayudas económicas para la promoción de la calidad industrial en ejecución de los Planes nacionales de calidad aprobados hasta el momento¹³⁸. Esta estrategia de fomento de la autorregulación se complementa, sin embargo, con un complejo sistema de control público de la autorregulación y con el establecimiento público de las garantías que deben ofrecer quienes se autorregulan. Y no sólo eso, el Estado se reserva la posibilidad, y viene utilizándola cada vez con mayor frecuencia, de imponer a las empresas la utilización de instrumentos de autorregulación y la obligación de realizar autocontroles. Esto es, se intenta, por un lado, que las empresas se adapten ellas mismas a los sistemas de gestión del riesgo existentes pero, si no lo hacen, es el Estado quien impone su adopción. Así, se impone a las empresas la adopción de normas técnicas y de códigos de buenas prácticas para garantizar la seguridad de los productos¹³⁹; se obliga a las empresas alimentarias y a los manipuladores de alimentos a la realización de autocontroles, que pueden basarse en guías prácticas correctas de higiene¹⁴⁰; y se endurecen las obligaciones de los particulares con el establecimiento de sistemas de comunicación que, como los demás instrumentos citados, tienen por objeto que los particulares ejerzan una acción de prevención de los riesgos que pueden generar sus actividades, antes de que éstos se materialicen en daños para la salud y la seguridad de los consumidores y usuarios o para el medio ambiente¹⁴¹.

Así pues, para superar las barreras territoriales, las barreras jurídicas y las barreras impuestas por la técnica se impone una nueva estrategia: la regulación de la autorregulación. A diferencia de la clásica regulación de policía, esta nueva técnica de

edificación promovidas por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo y en aquellas que se acojan a los beneficios que este Ministerio otorgue (...)"

¹³⁸ Así, en el marco del I Plan Nacional de Calidad (1991-1995) se aprobaron diversas ayudas económicas para la promoción de la calidad en las empresas por medio de las Órdenes Ministeriales de 9 de mayo de 1991 y 26 de abril de 1994. En ejecución del II Plan Nacional de Calidad (1996-2000) estas ayudas se canalizaron a través del llamado Plan de Apoyo a la Tecnología, la Seguridad y la Calidad Industrial (ATYCA), cuyas bases se aprobaron por Orden del Ministerio de Industria de 25 de abril de 1997. Sobre ello véase: "El segundo Plan Nacional de calidad industrial 1994-1997", *Expansión Internacional*, n.º113, 1994, p. 59; y C. DE ANDRÉS, "Calidad y seguridad industrial", *Economía Industrial*, n.º 285, 1992, pp. 21 a 27.

¹³⁹ Hemos comentado ya con detalle el contenido de la Directiva 92/59/CEE, de 29 de junio, relativa a la seguridad general de los productos, que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento por RD 44/1996, de 19 de enero, por la que se adoptan medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor.

¹⁴⁰ Tendremos ocasión de analizar este sistema, impuesto por la Directiva 93/43, de 14 de junio, sobre la higiene de los productos alimentarios, que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento por el RD 2207/1995, sobre normas generales de higiene de los productos alimenticios.

¹⁴¹ Todas estas técnicas son analizadas por M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, en su *Manual de la inspección de consumo (Con especial referencia a la inspección local)*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1998, pp. 46 a 49 y 196 y ss.

intervención de los poderes públicos permite someter cualquier rincón de la actividad empresarial a normas de contenido ético –códigos de conducta- o a detalladas normas basadas en criterios estrictamente técnicos –normas técnicas-, que son adoptadas por las empresas –autorregulación normativa-; permite también ceder a sujetos privados, contratados normalmente por las empresas, el control de la aplicación de tales normas –autorregulación declarativa-, dejando en manos de los poderes públicos el control y la supervisión de su cumplimiento. Con esta técnica se consigue una regulación más profunda, capaz de llegar a las decisiones estratégicas de las empresas o, incluso, capaz de introducirse en “las cabezas de las personas”¹⁴². Esta regulación debe tener por objetivo conseguir que las propias empresas realicen una planificación de su actividad, que reflexionen sobre los riesgos inherentes a la misma, que consigan que el desarrollo tecnológico sea sostenible, y que sus previsiones sean susceptibles de perdurar en el tiempo. Ello implica incidir en las potencialidades de la autorregulación, dejando abiertas determinadas reservas de regulación. Con esta técnica se pone el acento en la utilidad de los actores sociales para cumplir los objetivos globales de la sociedad, en la expectación de que ellos acepten estos objetivos como los suyos propios y que los sigan y desarrollen sin ninguna influencia del Estado. Este desarrollo intenta conectar personalmente y organizativamente los intereses estatales con la lógica propia de las empresas económicas, permitiendo a los poderes públicos “traspasar las barreras de inmunidad impuestas contra el derecho de policía”¹⁴³. El legislador debe esperar que el interés propio de una empresa y el interés de minimizar los riesgos de terceros, aseguren el cumplimiento de las demandas legales. De este modo, el control estatal puede retroceder a una posición de reserva con sus instrumentarios de derecho público. Se trata de exigir, en definitiva, que también en el seno de las empresas, el interés de lucro sea reconducido hacia la materialización del bien común, con el objetivo de que el Estado pueda limitar su intervención directa y se mantenga, desde una posición más distante, en un posición de reserva, limitada al control del autocontrol y la autorregulación privada. La intervención directa de la Administración mediante técnicas de policía se transforma en una función de supervisión.

¹⁴² Utiliza estos términos U. DI FABIO, en “Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung un staatlicher Steuerung”, *VVDStRL*, Heft 56, 1997, p. 245.

2. El predominio de la autorregulación regulada en la vida empresarial.

Esta estrategia debe afectar a todos los procesos y momentos de la vida empresarial, empezando por las decisiones fundacionales de las empresas. En ellas, ha tenido una notable influencia el desarrollo de una nueva ética empresarial, impulsada en lo teórico por filósofos y economistas y, en el terreno práctico, por la presión ejercida por los gobiernos, los consumidores y usuarios y las organizaciones internacionales comprometidas con la protección de los derechos humanos.

A) *La ética en las decisiones fundacionales de la empresa.*

A partir de la década de los años setenta empieza a ponerse de moda, primero en Estado Unidos y después, paulatinamente, en Europa, la llamada “ética de los negocios” (*business ethics*), que recibe también otros nombres, como “ética empresarial”, “ética de la gestión”, o “ética de la organización”. Se generaliza la creación de los foros doctrinales de reflexión sobre esta tema y empiezan a publicarse también revistas especializadas¹⁴⁴. El objetivo de estos foros consiste en fomentar la credibilidad y la confianza como valores empresariales, generando una conciencia de la responsabilidad empresarial a largo plazo, frente las estrategias de obtención de beneficios inmediatos. La consecución de estos objetivos, la responsabilidad social de las empresas, se considera, en realidad, una exigencia para la supervivencia de las mismas.

Esta dinámica se inscribe en un determinado modo de concebir la calidad en la gestión empresarial y de asumir la parte de responsabilidad que corresponde a las empresas, en función del grado de influencia social que ejercen. Se habla así de la “responsabilidad social empresarial” para hacer referencia a una visión de los negocios que incorpora el respeto por los valores éticos, las personas, las comunidades y el medio ambiente. Para algunos autores, esta nueva filosofía empresarial entronca directamente

¹⁴³ U. DI FABIO, en “Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung ...”, op. cit., p. 246.

¹⁴⁴ Entre las revistas especializadas consagradas a estudios sobre este tipo de ética cabe citar la *Journal of Business Ethics*, la *Business Ethics* o la *European Business Ethics Review*. También se crean nuevas Cátedras exclusivamente dedicadas a esta materia y surgen organizaciones empresariales o asociaciones que fomentan la ética aplicada a las empresas, como, la *European Business Ethics Network* o la Asociación Española de Ética de la Economía y de las Organizaciones, entre otras. Sobre ello, véase: J. M. LOZANO, *Ética i empresa*, op. cit., pp. 250 y ss.

con la responsabilidad moral y ética de las empresas¹⁴⁵. Para otros, la ética es un dato más a tener en cuenta en una “gestión de calidad total”, que responde a una filosofía empresarial distinta, basada en el establecimiento de mecanismos internos de autorregulación y de autocontrol para lograr la mayor satisfacción posible del cliente¹⁴⁶. Cada vez con mayor énfasis se destaca que la calidad empresarial debe integrar también la dimensión ética del mundo de los negocios¹⁴⁷. En ambos casos, esta filosofía está vinculada, en mayor o menor medida, a los principios de marketing y de imagen de la empresa en el mercado¹⁴⁸.

El impulso de estos análisis y, fundamentalmente, el endurecimiento de las responsabilidades legales de las empresas y la presión ejercida por la opinión pública ha

¹⁴⁵ Los manuales de ética empresarial analizan los beneficios a corto plazo de las actuaciones no respetuosas con la legalidad o con la ética (señalando que ambas realidades no son, ni mucho menos, idénticas), y la facilidad con la que se reproducen tales prácticas, e intentan convencer a los empresarios de la rentabilidad de “lo moral”. Una rentabilidad que se miden en términos de imagen exterior de la empresa y de mejora en la motivación y el rendimiento de los empleados. Sobre ello pueden verse, entre otros: A. CARROLL (Coord.), *Business and Society: Ethics and Stakeholder Management*, South-Western, Cincinnati, 1996; R. GÓMEZ PÉREZ, *Ética empresarial. Teoría y casos*, Ediciones Rialp, Madrid, 1990; y A. ARGANDOÑANA, *La ética en la empresa*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994.

¹⁴⁶ La calidad como factor competitivo se considera cada día más relevante, imprescindible incluso, teniendo en cuenta el carácter global de los mercados. Para gestionar adecuadamente una empresa de acuerdo a criterios de calidad existen determinados procedimientos, basados en la autorregulación técnica y organizativa de las empresas, que tienden a regular y controlar los aspectos necesarios para mejorar la relación de la empresa con sus clientes. Sobre este tema pueden consultarse, entre otros: A. BADIA y S. BELLIDO, *Técnicas para la gestión de la calidad*, Tecnos, Madrid, 1999; H. DRUMMOND, *Qué es hoy la calidad total. El movimiento de la calidad*, Deusto, Bilbao, 1995, [*The quality movement*, Kogan Page, Londres]; así como las *Ponencias presentadas en el VI Congreso Nacional de Calidad: Calidad por y para el Hombre*, Asociación Española para la Calidad (AECC), Ediciones Gestión, Madrid, Barcelona, 1995.

¹⁴⁷ Así, A. M. GÓMEZ BERNABEU, “Ética y calidad”, *Información psicológica*, n.º 68, 1998, p. 36, destaca la opinión de diversos autores que señalan que el motivo de que las empresas de Estados Unidos no se hayan mantenido a la cabeza de la calidad, frente a las empresas japonesas, es que estas últimas, a diferencia de las primeras, hace tiempo que basan sus sistemas de gestión en fundamentos éticos.

¹⁴⁸ Que “la ética vende” es algo que han constatado los economistas contemporáneos y también los empresarios. Sin embargo, ello introduce una sombra de sospecha, ya que si la adopción de códigos de conducta en las empresas se limitase a una simple operación de cosmética se pondría de manifiesto la incoherencia de determinados códigos éticos con la propia ética. En este sentido, algunos autores se han mostrado bastante escépticos sobre la virtualidad real de estos instrumentos. Me parece oportuno recoger, en esta línea de reflexiones, la contundente afirmación de R. TERMES CARRERÓ (“Ética y mundo de los negocios”, op. cit., p. 285): “La palabra ética está hoy en boca de todos. Por ello, algunos dicen que la ética está de actualidad. Yo opino que tanta ética hablada procede de que la ética vivida brilla por su ausencia en amplios campos de la sociedad.” Más comedida es la posición de aquellos autores que, convencidos de los beneficios de la adopción sincera de unos principios éticos en el seno de las empresas (y de la posibilidad de su implantación) critican la postura de quienes los usan como simple herramienta comercial: J. L. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “El papel de la ética en la estrategia empresarial”, op. cit., p. 87.

tenido su respuesta¹⁴⁹. Numerosas sociedades mercantiles, más allá de afirmar su respeto a la legalidad, adoptan voluntariamente códigos de conducta en los que manifiestan su compromiso con un conjunto de principios éticos aceptados con carácter general. Algunos de estos códigos son adoptados como respuesta a los escándalos ecológicos o financieros y las denuncias de corrupción que han salpicado algunas grandes firmas¹⁵⁰. Ello dio lugar, en la pasada década, a una serie de códigos que definían con detalle lo que los empleados podían o no podían considerar como una conducta errada -tales como los conflictos de intereses o el uso impropio de recursos de la empresa¹⁵¹- y establecían algunos compromisos generales sobre la calidad de sus servicios o con ciertos bienes jurídicamente protegidos¹⁵².

¹⁴⁹ Ha sido ya señalado en el primer capítulo de este trabajo que, entre las motivaciones de quienes se autorregulan es necesario tener en cuenta la presión ejercida por la nueva sensibilidad social y por la respuesta de los poderes públicos al nuevo orden de valores por ella establecido, que se manifiesta, significativamente, en la tipificación penal de conductas que representen riesgos, por ejemplo, para el medio ambiente o para la salud o la seguridad de consumidores y usuarios. Cabe citar, así, los artículos 328 y 330 del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, sin antecedentes en el Código de 1973. Estos preceptos prevén, respectivamente, una pena de multa y arresto para “quienes establecieren depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente al equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas”; y una pena de prisión de uno a cuatro años para quien, “en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo”. En el mismo orden de valores, los artículos 325 y 326 CP tipifican como delito la contravención de “las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”. Los artículos 363 a 367 CP tienen por objeto la protección de la salud de los consumidores y, más en concreto, de los consumidores de productos alimenticios. Sobre la peculiar estructura de estos preceptos, que implican que el tipo penal deba ser integrado por normas administrativas de diversa procedencia, véase: C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II. Artículos 138 a 385, Trivium, Madrid, 1997, pp. 3224 y ss.

¹⁵⁰ Las noticias de agresión al entorno, de prácticas deshonestas y conductas reprochables, salpican a instituciones de todo tipo y, entre ellas las empresariales. Podría pensarse con ello que nuestra sociedad presenta un nivel de corrupción superior al de otras épocas. Sin embargo, no parece que ello sea del todo cierto. De lo que no cabe ninguna duda es que la sociedad actual presenta un grado más elevado de sensibilización sobre estos temas y se está haciendo cada día menos tolerable hacia ciertas conductas. Tematizan sobre ello: R. KLITGAARD, “Estrategias para combatir la corrupción”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 741, 1995, pp. 25 a 33; y J. DÍEZ DE CASTRO, y C. REDONDO LÓPEZ, “En busca de la empresa ética”, *Alta Dirección*, n.º 204, 1999, pp. 95 a 100.

¹⁵¹ Un ejemplo de este tipo de código es el adoptado por la multinacional IBM, que se ha dotado de unas “Normas de Conducta Comercial” en las que se detallan minuciosamente los principios a los que deben atenerse los empleados en la Compañía. Estas normas se articulan en cuatro apartados: la conducta como empleado en la compañía; normas comerciales; conflicto de intereses; y, limitaciones legales. Estas normas pueden consultarse en: *Códigos de conducta empresarial*, Acción Social Empresarial, Madrid, 1993, p. 220.

¹⁵² Mapfre tiene unos “principios institucionales” enormemente arraigados, que configuran la filosofía de actuación de esta empresa, entre los que destacan el respeto a los derechos del personal y la calidad de servicio a los asegurados. Santana Motor S.A., cuyas primeras normas de conducta datan de 1956, también dedica especial atención a las relaciones de la empresa con su personal. El “Código de principios de Empresa” de John Deere Ibérica es algo más completo, en la medida en que regula los aspectos relativos a la integridad y responsabilidad de la empresa, las relaciones con su personal, el conflicto de intereses, la calidad que debe presidir sus relaciones comerciales y contiene un compromiso general con la protección de la seguridad y el medio ambiente: “Nuestros productos no deben implicar riesgos irrazonables de daños ni a personas ni a la propiedad. La seguridad del producto debe tener una

En la actualidad, el catálogo de temas que se incluye en estos códigos es de lo más variado, ya que se recogen cuestiones tales como la protección del medio ambiente, la no realización de inversiones y otras actividades mercantiles en Estados donde se violan los derechos humanos, o la adopción de una política interna contra la discriminación¹⁵³. Cada vez es mayor el número de empresas que decide diseñar una política propia basada en la implantación de los valores éticos que le reclama la

consideración fundamental en su desarrollo conceptual. (...) Debemos poner especial cuidado en el cumplimiento de las políticas, leyes y reglamentos públicos sobre el medio ambiente que son motivo de preocupación, tales como el aire puro, el agua limpia y el adecuado manejo de los desperdicios. Debemos adoptar, también, nuestras propias normas internas para evitar crear riesgos inaceptables para el medio ambiente donde no existan leyes o reglamentos al respecto”: *Códigos de conducta empresarial*, op. cit., p. 229.

En la mayoría de los casos, como es obvio, el contenido de los códigos está directamente relacionado con la actividad que desarrolla la empresa. Esta correlación es patente, por ejemplo, en el “Credo Corporativo” de la empresa Johnson & Johnson (USA). Esta empresa, líder en la fabricación de productos para el cuidado de la salud, incorpora en sus operaciones diarias una serie de valores y principios corporativos como los que transcribimos a continuación: “Creemos que nuestra primera responsabilidad es con los médicos, odontólogos, enfermeras y pacientes, con las madres y padres y todos aquellos que usan nuestros productos y servicios. Para satisfacer sus necesidades, todo lo que hacemos debe ser de la más alta calidad. (...) Somos responsables ante nuestros empleados, ante los hombres y mujeres que trabajan con nosotros en el mundo entero. Cada uno de ellos deberá ser considerado como persona. Debemos respetar su dignidad y reconocer sus méritos. Deberán sentirse orgullosos de sus empleos. Los salarios deben ser justos y adecuados y las condiciones de trabajo limpias, ordenadas y seguras. Debemos ser conscientes de las responsabilidades de nuestros empleados con sus familias. (...) Somos responsables ante las comunidades en las que vivimos y trabajamos, así como ante la comunidad mundial. Debemos ser buenos ciudadanos; apoyar iniciativas filantrópicas, caritativas y pagar nuestros impuestos. Debemos estimular las mejoras cívicas así como la salubridad y educación más satisfactorias. Debemos mantener en buen estado la propiedad que tenemos el privilegio de usar, mediante la protección del medio ambiente y los recursos naturales”. Puede consultarse el texto completo de este Credo Corporativo en: <http://www.accionempresarial.cl/etica2.htm>

Sobre esta dinámica puede consultarse también, con carácter general la página web de la asociación Iberoamericana Acción empresarial: <http://www.accionempresarial.cl/centroinfo2.htm>

¹⁵³ En este sentido, se ha venido afirmando que los códigos tienden, cada vez más, a ser expresión de un conjunto de imperativos técnicos, de prudencia y morales, que asumen las empresas como respuesta a las inquietudes del entorno en el que operan: J. DONALSON: *Business ethics: a European casebook -Principles, examples, cases, codes*, Academic Press, Londres, 1992, p. 65.

Así, la dimensión internacional de Shell España, por ejemplo, explica que en su “Declaración de principios de carácter general” se ponga de manifiesto que: “La política de las compañías Shell está en consonancia con los dos códigos internacionales existentes para empresas multinacionales, cuya aceptación es voluntaria, a saber: “Declaraciones y Pautas de Conducta de la OCDE en materia de inversiones internacionales multinacionales” y la “Declaración Tripartita de Principios de la OIT””. Las repercusiones ambientales de su actividad explican también su política en esta materia: “Es política de las compañías Shell desarrollar sus actividades de tal forma que la salud y la seguridad de sus empleados y de otras personas constituyen objeto primordial y se presta la debida atención a la conservación del medio ambiente. Al poner en práctica esta política, las compañías Shell no solamente aceptan las prescripciones de la legislación vigente sino que promueven debidamente medidas constructivas para la protección de la salud, la seguridad y el medio ambiente para todos aquellos que pudieran resultar afectados directa o indirectamente por sus actividades”: *Códigos de conducta empresarial*, op. cit., p. 260.

La vertiente medioambiental de los códigos se hace patente, por ejemplo, en aquellas empresas que operan con materias, productos o técnicas contaminantes. Es el caso de Fertiberia, un grupo industrial con procesos productivos en el área de los fertilizantes, que se ha dotado de un código de conducta medioambiental (<http://www.fertiberia.es/informacion-corporativa/medioambiente/codigoconducta.html>); o el del Sevillana Electricidad, del grupo Endesa (<http://www.sevillana.es/ambiente/codigo.html>), entre muchos otros.

sociedad. Ello se ha convertido en un fenómeno generalizado en Estados Unidos¹⁵⁴ y se está extendiendo también en Europa¹⁵⁵. En España, la Asociación “Acción Social Empresarial” (ASE) ha dado un importante impulso a la implantación de códigos de conducta a las empresas, mediante la elaboración de un código tipo y la publicación de una obra colectiva sobre Códigos de conducta empresarial¹⁵⁶. En este sentido, es bastante habitual que las empresas, en lugar de aprobar un código de conducta propio, se adhieran a un código tipo, adecuado a la actividad concreta que realizan, que puede ser elaborado por una asociación de carácter nacional o internacional¹⁵⁷.

Según se desprende de las experiencias analizadas, las empresas que pretendan dotarse de un código deben concretar qué entienden como actuación ética, precisar los valores asumidos, informar a los empleados de sus obligaciones y derechos y reforzar la formación respecto de los elementos que incorporan en estas normas internas¹⁵⁸. De este

¹⁵⁴ Diversos estudios ponen de manifiesto que un porcentaje elevadísimo de compañías estadounidenses (el 94% de las que cotizan en bolsa) han adoptado un código de conducta interno. Se considera que estas medidas de autorregulación corporativa son más efectivas que la regulación estatal y que permiten a las empresas adoptar un grado mayor de responsabilidad frente a la sociedad. Sobre ello puede verse H. K. PITT, y K. A. GROSKAUFMANIS, “Minimizing Corporate Civil and Giminal Liability: A Second Look at Corporate Codes of Conduct”, *Georgetown Law Journal*, vol. 78, 1990, p. 1601. Según este estudio, la variabilidad de contenidos de estos códigos pone de manifiesto un bajo nivel de consenso sobre el contenido ideal de un código de conducta. Mayoritariamente estos instrumentos de autorregulación contienen normas relacionadas con la lealtad de trabajadores y representantes hacia la empresa (conflictos de interés y utilización de información confidencial), la prohibición de prácticas corruptas (regalos, sobornos, contribuciones políticas), las relaciones laborales y otros contenidos diversos (como compromisos ambientales).

¹⁵⁵ Véase J. DONALSON: *Business ethics: a European casebook*, op. cit.

¹⁵⁶ *Códigos de conducta empresarial*, op. cit. Otras asociaciones empresariales españolas siguen también esta tendencia. Así, la Asociación Española de Codificación Comercial (AECOC), que aglutina fabricantes y distribuidores, ha aprobado un Código de Buenas Prácticas Comerciales. Sobre este código puede consultarse J. M. BONMATÍ, “Autorregulación comercial: una iniciativa consensuada entre fabricantes y distribuidores”, *Super Aral Lineal*, n.º1210, 1994, p.12; “Relaciones comerciales entre la industria y la gran distribución. ¿Ley o pacto?”, *Super Aral Lineal*, n.º1202, 1994, pp. 8 y ss.; y <http://www.aecoc.es>

¹⁵⁷ En esta línea, por ejemplo, diversas asociaciones españolas, que agrupan, a su vez, empresas dedicadas a la investigación de mercado, se han adherido al Código Internacional de ICC/ESOMAR sobre Comercialización y Prácticas de la Investigación. Es el caso, por ejemplo, de la Asociación Española de Anunciantes (AEA), la Asociación Nacional de Empresas de Investigación de Mercados y de Opinión pública (AENIMO), la Federación Española de Marketing y la Asociación Española de Estudios de Mercado, Marketing y Opinión (AEDEMO). Esta asociación, en concreto, ha incluido en su organización un Comité de ética. Dicho Comité tiene como principal función velar por la observancia y el respeto, por parte de sus asociados, de los Códigos de Ética profesional y las Guías de Conducta a los que está adherida la Asociación, y en especial, el Código Deontológico de la Cámara Internacional de Comercio y ESOMAR. Asimismo, el Comité de Ética actúa también como Comité de Arbitraje de Conflicto, resolviendo las situaciones de conflicto técnico entre empresas y proveedores de servicios profesionales de Investigación de Mercados y Opinión. (Para más información, puede consultarse: <http://www.aedemo.es>).

¹⁵⁸ Ello es necesario, en primer lugar, para evitar que la ética empresarial no sea más que una operación de maquillaje y de marketing, sin ninguna vocación de ser aplicada. Pero, en segundo lugar, y aún respondiendo a la intención real de los directivos de una empresa de hacer cumplir los códigos de

modo se produce la institucionalización real en el seno de la empresa de los principios rectores de su actividad¹⁵⁹. Sin embargo, ello no es suficiente. Una vez puesta por escrito la política de la empresa, debe implementarse realmente el código de conducta, mediante el establecimiento de mecanismos que garanticen su control, involucrando con ello a todo el tejido empresarial. Solamente de este modo los valores se traducirán en pautas de comportamiento natural, cotidiano, con efectos positivos sobre todos los colectivos que se relacionan con la empresa¹⁶⁰.

La exposición general que hemos realizado sobre los contenidos posibles de los códigos de conducta empresarial pone de manifiesto que estas normas vienen a concretar para las empresas sus concretas obligaciones legales, convertidas ahora en exigencias éticas y, en algunos casos, a imponer un grado de exigencia superior al contenido de las normas jurídicas. De lo que no cabe duda es de que, a tenor de su redacción, muchos de los apartados de estos códigos suponen el reconocimiento explícito de la responsabilidad de las empresas en la persecución de fines públicos y que su efectivo cumplimiento reduciría notablemente la necesidad de intervención estatal¹⁶¹.

La autorregulación ética en las empresas no se concreta, sin embargo, solamente en códigos de conducta –autorregulación normativa-. Puede dar lugar también a la concesión de etiquetas o signos distintivos que certifican y garantizan el cumplimiento de tales códigos –autorregulación declarativa-. Incluso puede preverse algún tipo de

conducta, podrían éstos convertirse en un nuevo instrumento de control y regulación empresarial, en una imposición en definitiva, que nada tiene que ver con el desarrollo de la responsabilidad ética en la organización. El potencial que poseen los códigos éticos, en su calidad de instrumentos de autorregulación, sólo dará lugar a resultados positivos si las organizaciones empresariales ponen el acento en la participación de todos los miembros de la organización en la elaboración de tales códigos, en la autorreflexión del *ethos* de la misma, y en la formación de quienes se encuentran afectados por su aplicación. La necesaria conexión que debe existir entre la autorregulación, la ética empresarial y el aprendizaje y la formación en el seno de una organización responsable es señalada con contundencia por J. M. LOZANO, *Ètica i empresa*, op. cit., pp. 300 y ss.

¹⁵⁹ Sobre el papel de los códigos de conducta para lograr la institucionalización de determinados principios en el seno de la empresa, pueden verse, entre otros: A CORTINA, *La ética de la empresa*, Trotta, Madrid, 1994; y J. M. LOZANO, *Ètica i empresa*, op. cit.

¹⁶⁰ E. M. GÓMEZ JIMÉNEZ, “Ètica empresarial y Códigos de conducta”, *ESIC-Market*, n.º 88, 1995, p. 55.

¹⁶¹ Si bien la protección de consumidores y usuarios, la protección de la seguridad y de la salud y la protección del medio ambiente son fines esenciales del Estado, éste se vería librado de algunas de las funciones que debe realizar para conseguir tales fines (posibilidad de reducir controles preventivos o disminución de la necesidad de poner en marcha su aparato sancionador) si las empresas cumplieren con los objetivos por ellas mismas marcados. Nos parece que con este ejemplo queda muy claro que la autorregulación (por lo menos la que adopta la forma de códigos de conducta), no comporta una delegación a la sociedad de funciones públicas sino que constituye un complemento a las mismas.

régimen sancionador por el incumplimiento de tales códigos –autorregulación resolutive-. Esta combinación de instrumentos es especialmente relevante en el seno de empresas multinacionales. Este tipo de empresas, precisamente por el mayor poder que poseen en el conjunto de la sociedad, se encuentran también sometidas a mayores presiones, fundamentalmente por parte de las organizaciones internacionales que, de un modo u otro, intentan contrarrestar dicho poder. La necesidad de defenderse contra las acusaciones de corrupción y la necesidad de demostrar que respetan los derechos fundamentales básicos en los países en los que operan explica la importancia de los instrumentos de autorregulación adoptados por las multinacionales.

La vinculación de las empresas multinacionales a prácticas delictivas, como el soborno o el blanqueo de dinero no parece ser una acusación carente de fundamento¹⁶². Ambas prácticas se encuentran tipificadas como delito en los códigos penales de la mayoría de los Estados, sin embargo, resultan difíciles de controlar, incluso mediante la colaboración de entidades financieras impuesta por la reciente legislación comunitaria¹⁶³.

Es por ello que las organizaciones internacionales, como la Cámara de Comercio Internacional o algunas ONG's han formulado recomendaciones y códigos de conducta

¹⁶² Según ponen de manifiesto algunos analistas, las multinacionales, para conseguir clientes o contratos, con otras empresas o con la Administración, suelen recurrir a la práctica de los sobornos. Esta práctica, en muchos casos, ni siquiera deriva de una premeditación, sino de las propias características del comercio internacional. Según R. KLITGAARD, "Estrategias para combatir la corrupción", op. cit., p. 25, existen muchos sistemas corruptos (a niveles muy diversos y prácticamente en todos los Estados), en los que una empresa no puede conseguir un contrato a menos que pague un soborno. En este contexto, la corrupción sistemática se define como un problema de sistemas, no de individuos carentes de ética.

¹⁶³ Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, que transpone la Directiva 91/308, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, delimita su ámbito de aplicación al blanqueo de capitales derivados de actividades delictivas relacionadas con el narcotráfico, las bandas armadas o grupos terroristas, o las bandas o grupos organizados. El objeto de la ley consiste en establecer las precauciones que deberán adoptar todas las personas o entidades que realicen actividades económicas susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales. Así, se someten a la ley, no solamente las entidades de crédito y los establecimientos financieros (como establece la Directiva comunitaria), sino también las sociedades y agencias de valores, las instituciones de inversión colectiva, sociedades gestoras de éstas y de fondos de pensiones, sociedades gestoras de cartera, sociedades emisoras de tarjetas de crédito, personas físicas o jurídicas que ejerzan actividades de cambio de moneda, entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida, casinos de juego y personas que realicen actividades de promoción inmobiliaria o compraventa de inmuebles. Todas estas entidades están obligadas a identificar y registrar a todos sus clientes que realicen operaciones cuya cuantía exceda los 15.000 ecus, deberán examinar con especial atención las operaciones sospechosas, proporcionar información a las autoridades responsables, y crear mecanismos para detener la ejecución de operaciones en el caso que se sospeche que están relacionadas con el blanqueo de capitales. El incumplimiento de estas obligaciones es objeto de importantes sanciones

contra la corrupción y el soborno, fomentando su adopción voluntaria por parte de las empresas¹⁶⁴. Por su parte, las instituciones representativas de entidades financieras, para delimitar las obligaciones de éstas en la prevención del delito del blanqueo de capitales, también han fomentado la adopción de instrumentos de autorregulación¹⁶⁵.

En materia de protección de derechos fundamentales la presión de las organizaciones internacionales ha sido también decisiva en el desarrollo de la ética empresarial. Los primeros intentos de fomentar la incorporación de códigos éticos en las multinacionales iban dirigidos a garantizar la protección de los derechos de los trabajadores, restringiendo especialmente el uso de la mano de obra infantil¹⁶⁶.

económicas. El problema es que, la vaguedad con la que las mismas están redactadas dificulta a los obligados a saber cuando actúan correctamente.

¹⁶⁴ A mediados de los años setenta, la importancia de los escándalos por soborno condujeron a que la Cámara de Comercio Internacional (CCI) elaborase un Código de Conducta de voluntaria aplicación. La premisa sobre la que descansaba dicho código era que ni los gobiernos ni los hombres de negocios podían luchar solos, de forma efectiva, contra los sobornos. Las reglas de buena conducta contenidas en el código debían aplicarse tanto a las transacciones entre empresas como a las transacciones entre empresas y gobiernos. Este código, sin embargo, no tuvo el efecto deseado, en el sentido que su aplicación no ha sido generalizada. En 1996 la CCI ha actualizado estas normas, mediante la aprobación de las “Reglas de Conducta de la Cámara de Comercio Internacional para combatir la extorsión y el soborno”. A pesar de ello algunas empresas han elaborado códigos de conducta propios, en los que han introducido las reglas contenidas en el código de la CCI. Este ha sido el caso de la empresa Fiat, del sector del automóvil, que adoptó el código como respuesta a las acusaciones que le hicieron los jueces tras unas investigaciones en 1993. Hace ya más tiempo, otras empresas multinacionales, como la Shell, respondieron de esta misma forma. La empresa Shell no sólo opera bajo el código de conducta sino que exige a los directivos de sus centros que confirmen anualmente que han seguido todos los puntos del código, incluidas las normas específicas antisoborno.

Otras empresas han preferido adherirse al código de conducta elaborado, con los mismos fines, por la ONG “Transparencia Internacional” (TI). La organización TI se fundó en Berlín en 1993 con la esperanza de hacer por la corrupción lo que Amnistía Internacional hizo por los derechos humanos. Esta institución ha elaborado su propio código de conducta, que se basa en el de la Cámara de Comercio Internacional. Además, ha instaurado diversos mecanismos de investigación, que pueden poner en marcha las empresas del sector privado que firman este código de conducta. Los resultados de las investigaciones son publicadas con lo cual, aunque el código no posee fuerza jurídica vinculante, sirve como importante elemento de disuasión de determinadas conductas.

Para más información sobre este tema puede consultarse L. COCKEROFT, “Globalización de los mercados y corrupción. El marco internacional para la lucha contra la corrupción internacional”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 741, 1995, pp. 35 y ss.

¹⁶⁵ En concreto, los representantes de los Bancos Centrales del “grupo de los diez” aprobaron en 1988 el Código de Conducta sobre “Prevención del uso ilícito del sistema bancario para las actividades de blanqueo de capitales”, donde se fijaron las líneas éticas que habrían de guiar la actuación de las entidades financieras en relación con el blanqueo de dinero. Muchos bancos privados y, entre ellos, todas las entidades de crédito supervisadas por el Banco de España se han adherido voluntariamente a este Código. Sobre ello véase: A. MONTALVO SANTAMARÍA “La prevención del blanqueo de capitales de origen delictivo”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 741, 1995, p. 91.

¹⁶⁶ En este sentido, se advirtió que la actividad de las empresas multinacionales podía influir negativamente en el desarrollo, si se aprovechaba la mano de obra de países en los que no existe un reconocimiento mínimo de derechos sociales. Para frenar posibles abusos en este sentido, la Organización Internacional del Trabajo, después de intensas negociaciones con los gobiernos, los sindicatos nacionales y las asociaciones de empresarios, aprobó en 1977 la Declaración Tripartita de Principios para Sociedades Multinacionales y Política Social. Esta declaración incluye un código de conducta, que se limita

En la actualidad, los fines perseguidos mediante la incorporación de códigos éticos en las empresas se han ampliado notablemente, como se desprende de las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE, aprobadas en 1977 y actualizadas en junio de 2000, y que tienen por objeto “ayudar a las multinacionales a operar en armonía con las políticas estatales y las expectativas de la sociedad. Estas Directrices contienen principios de conducta empresarial en los ámbitos de intereses del consumidor, divulgación de información, relaciones laborales e industriales, medio ambiente, ciencia y tecnología y sobornos¹⁶⁷ .

La popularidad de las directrices, los códigos de conducta y otras iniciativas de carácter voluntario obedece al poder de imagen, al valor del buen nombre y al atractivo de nuevos conceptos empresariales que relacionan el interés propio con el beneficio mutuo. Frente a la sospecha generalizada de que las multinacionales actúan de espaldas a la sociedad, con el único objetivo de maximizar sus beneficios económicos, las empresas se han visto en la necesidad de hacer público su compromiso con los derechos sociales, la protección del medio ambiente, los valores nacionales u otros principios que son valorados positivamente por los destinatarios de su actividad¹⁶⁸ . La mayor agresividad de ONG's y asociaciones de consumidores, que luchan para que ninguna empresa pueda beneficiarse de las ventajas competitivas por no respetar la legislación laboral y las normas medioambientales básicas, hace que sea cada vez más conveniente que las multinacionales adopten y apliquen en su propio interés códigos de conducta voluntarios con el fin de evitar campañas de publicidad negativa, posibles boicoteos, costes en términos de relaciones públicas y quejas de los consumidores. Las medidas

exclusivamente a los aspectos sociales de las empresas multinacionales. Puede ampliarse esta información en D. VAN DEL BULCKE, “Países en vías de desarrollo y empresas multinacionales. ¿Hacia una era de desregulación?”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 662, 1988, p. 109.

¹⁶⁷ Las líneas generales de estas directrices y, en concreto, las contenidas en el capítulo IV de las mismas, pueden consultarse en: <http://www.consumidoresint.cl/diamundial2001/6.html>.

¹⁶⁸ En un documentado trabajo sobre este tipo de iniciativas se destaca el carácter preventivo de las mismas, como una de las razones que explican su proliferación: “Al dar a conocer sus medidas para mejorar las condiciones laborales, las empresas pueden evitar el boicoteo de los consumidores, así como las acusaciones formales de que sus prácticas empresariales son ilegales o inaceptables. Con estas medidas pueden evitar también que los poderes públicos dicten leyes o reglamentos, al demostrar que se comportan de manera óptima y que el interés público queda satisfecho”: J. DILLER, “¿Una conciencia social en el mercado mundial? Dimensiones laborales de los códigos de conducta, el etiquetado social y las iniciativas de los inversores”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, n.º2, 1999, p. 114.

del sector privado a favor de la justicia social nacen, así, del deseo de atribuir un valor añadido a la empresa y de mejorar su imagen pública¹⁶⁹.

En este contexto, las empresas pueden adoptar ellas mismas un código ético, o pueden adherirse a un código patrocinado por terceros (generalmente asociaciones o alianzas de empresas, sindicatos y/u ONG's)¹⁷⁰. Es muy importante tener en cuenta que estos códigos no se aplican solamente a la empresa que los adopta, sino que se imponen también, mediante especificaciones contractuales, a otras empresas de la cadena de suministro.

El cumplimiento de estos códigos de conducta puede venir avalado por programas de etiquetado social, aunque también existen programas de etiquetado que no van unidos a la existencia previa de códigos¹⁷¹. En realidad, los programas de etiquetado funcionan como sistemas de verificación de la actuación social de la empresa. Las entidades u organizaciones que patrocinan la concesión de etiquetas sociales, una vez verificado que se cumplen los requisitos que dan derecho a su utilización, otorgan a las

¹⁶⁹ Con ello queremos destacar que el dato de la voluntariedad que se predica de los códigos de conducta debe verse relativizado, atendiendo a la presión que ejercen sobre las empresas las ONG's, los sindicatos, los consumidores y, como consecuencia de ello, los inversores. A estas presiones responde uno de los códigos más recientes, que interpela a los peores infractores: las transnacionales petroleras. En diciembre de 2000, las principales compañías mineras y petroleras del mundo suscribieron un código de derechos humanos y principios de seguridad elaborado en conjunto con organizaciones de derechos humanos (véase: <http://www.hrw.org>). También es fruto de las presiones ejercidas por los sindicatos la adopción de un código de conducta por parte de Telefónica, que se ha materializado en un acuerdo internacional con los sindicatos que contempla unas condiciones mínimas para todos los empleados de la compañía, entre las que se incluyen: el derecho a la negociación colectiva, la igualdad de oportunidades, la eliminación de discriminaciones y la abolición del trabajo forzoso infantil. (datos tomados de <http://www.expansionyempleo.com/2001/03/15/telefonica.html>). El contenido del código puede consultarse en <http://www.comfia.net/actual/internacional/unitelefon.html>.

¹⁷⁰ En el artículo de J. DILLER, "¿Una conciencia social en el mercado mundial? Dimensiones...", op. cit., en el que se examinan los códigos de conducta, los programas de etiquetado social y las iniciativas de los inversores sobre la base de un estudio previo de doscientos quince códigos y doce programas de etiquetado social recopilados por la Oficina Internacional del Trabajo, se pone de manifiesto que han sido las multinacionales del sector textil las que mayoritariamente han adoptado códigos con contenidos sociales. En lo que se refiere a códigos impulsados por asociaciones destacan los de los sectores del juguete, el té, los artículos deportivos y los productos químicos.

En un estudio publicado en la página: <http://www.consumidoresint.cl/diamundial2001/6.html>, titulado "Responsabilidad empresarial en el mercado global. La perspectiva de los consumidores", se citan, entre las iniciativas más destacadas establecidas por las asociaciones empresariales y empresas multinacionales en orden a la adopción voluntaria de códigos de conducta, los programas de Cuidado Responsable de la industria química y la adopción de los diversos Códigos de Principios de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

¹⁷¹ La relación entre ambos instrumentos es puesta de manifiesto por J. HILOWITZ, en "Consideraciones sobre el etiquetado social en la lucha contra el trabajo infantil", *Revista Internacional del Trabajo*, n.º 116, 1997, pp. 233 a 251.

empresas una etiqueta o un sello relativo a las condiciones laborales y sociales en las que se desarrolla la fabricación de un producto o la prestación de un servicio¹⁷².

El cumplimiento efectivo de los compromisos adoptados por las empresas en sus códigos de conducta o de las condiciones que garantizan las etiquetas se controla a través de sistemas diversos. Existen métodos internos de vigilancia, que van desde la presentación de informes sobre los resultados, pasando por la “autocertificación” por parte de los directivos, proveedores o filiales, hasta la implantación de dispositivos de supervisión, evaluación y presentación de informes a cargo de personal de la empresa o consultores y especialistas contratados por la misma. La inaplicación de los códigos por parte de los empleados de una empresa puede dar lugar a sanciones disciplinarias, que pueden llegar al despido¹⁷³. También existen programas de vigilancia externos, como los que realizan las agrupaciones que promueven los programas de etiquetado social. Este tipo de control puede ser realizado también por asesores de ONG’s o por asociaciones de un determinado sector industrial. Las dificultades de evaluación del

¹⁷² Algunas de estas etiquetas, por ejemplo, garantizan a los consumidores que un determinado producto no ha sido elaborado por niños, o que ha sido fabricado en condiciones laborales aceptables. En algunos países este etiquetado cuenta con una larga tradición. La *White Label* (“Etiqueta Blanca”) fue adoptada por la Liga Nacional de Consumidores de Estados Unidos en 1899 y garantizaba a los consumidores que la ropa interior de punto de algodón para mujeres y niños se fabricaba en condiciones laborales aceptables y sin mano de obra infantil. En la actualidad, las etiquetas de productos más conocidas son las que se refieren a alfombras orientales anudadas a mano, puesto que se descubrió que en Asia meridional se utilizaba a niños en condiciones de trabajo pésimas para la realización de estas tareas. Para garantizar que no se usa mano de obra infantil en la elaboración de alfombras existen diversas etiquetas. La más conocida es la etiqueta *Rugmark*, que surgió en 1994 a iniciativa de grupos de consumidores europeos. La misma finalidad tienen la etiqueta *Care & Fair*, patrocinada por una agrupación comercial de importadores y minoristas de alfombras en Alemania y la etiqueta *Step*, que es fruto de la iniciativa de un grupo industrial con cinco ONG’s de Suiza. Otros productos cubiertos por etiquetas son los relacionados con la industria textil (programa *Kaleen*), el calzado (*Abrinq*), los balones de deporte (*Baden* y *Reebok*) o determinados productos agrícolas (*Flower Label Program* y *Forest Stewardship Council*). Estos datos han sido tomados de los artículos de J. HILOWITZ, “Consideraciones sobre el etiquetado social...”, op. cit. y J. DILLER, “¿Una conciencia social en el mercado mundial?...”, op. cit.

También se conceden etiquetas a empresas que, además de garantizar la no utilización de mano de obra infantil, demuestran que de algún modo favorecen a los niños. Es el caso de la *etiqueta Child-Friendly Enterprise*, que se concede desde 1995 por la Fundación Abinq para los derechos del niño: J. HILOWITZ, en “Consideraciones sobre el etiquetado social...”, op. cit.

¹⁷³ La posibilidad de despedir a los empleados por inaplicación de las normas éticas adoptadas por la empresa viene previsto, por ejemplo, en el Código de Conducta en los Negocios de “Motorola”. Este código regula, fundamentalmente, los principios que deben regir las relaciones de la empresa y, por tanto, la actitud de sus trabajadores, con los clientes, consumidores y proveedores, e incorpora la descripción de prácticas éticamente incorrectas relacionadas con los conflictos de intereses, la aceptación de regalos, el respeto al medio ambiente y la calidad de los productos y servicios. Para facilitar a sus empleados el cumplimiento del código la empresa dispone de una “línea de la ética” (*Ethicsline*), en la que, por vía telefónica, por correo ordinario, o por correo electrónico, pueden realizarse las consultas necesarias a los grupos de ética, situados en los diversos centros en los que opera la empresa, entre los

grado de cumplimiento de los códigos parecen aconsejar, sin embargo, que se tienda a la implantación de controles externos¹⁷⁴.

Las ventajas potenciales que presentan este tipo de iniciativas privadas han sido advertidas no sólo por las organizaciones internacionales¹⁷⁵, sino también por la Unión Europea. El Parlamento Europeo ha aprobado una Recomendación en la que se fomenta que las empresas europeas que trabajen en el extranjero se sometan voluntariamente a códigos de conducta que les obliguen a respetar la normativa en materia social y de protección del medio ambiente¹⁷⁶. La presión ejercida a nivel comunitario e internacional es esencial, pues, como mecanismo de regulación, de orientación, en este caso, de la autorregulación ética en el seno de las empresas. Se incide así, en los aspectos más íntimos de las empresas, en la propia definición de sus objetivos y fines sociales.

que se incluyen también los ubicados en Estados Unidos y Canadá. El contenido de este código puede consultarse en <http://www.motorola.com/co/codigo.html>.

¹⁷⁴ En esta línea, el Grupo de Trabajo de ONG's sobre Empresa e Industria ha elaborado una serie de Directrices para la correcta implantación y seguimiento de la eficacia de los códigos de conducta de las multinacionales. En ellas se pone el acento en los siguientes aspectos: la necesidad de *participación* de los sectores afectados en la redacción de los códigos; la *transparencia* por parte de las propias empresas, mediante la entrega de informes completos sobre las medidas adoptadas; la *credibilidad*, que debe basarse en la comprobación externa del cumplimiento de los códigos, mediante la participación y aval del sector ONG; y la *fiscalización* posterior, mediante la introducción de "mecanismos regulatorios ciudadanos o complementarios para incentivar o exigir una conducta responsable en aquellas áreas en las que la iniciativa voluntaria es deficitaria": <http://www.consumidoresint.cl/diamundial2001/6.html>.

¹⁷⁵ En el Foro Económico Mundial de la ONU, celebrado en enero de 1999, el Secretario General de las Naciones Unidas instó a los inversores, empleadores y productores multinacionales a que siguieran impulsando esta línea de actuación. En concreto, se exhortó al sector privado mundial a adoptar iniciativas voluntarias orientadas a hacer valer los derechos humanos, laborales y ambientales. Otras instituciones internacionales, como la OCDE, están pensando en revisar sus directrices sobre inversión internacional para que figuren en ellas algunas normas básicas del trabajo. Por su parte, el Banco Mundial está estudiando un código mundial de política social, que debe insertarse en el programa de Colaboración para el Desarrollo del banco Mundial, en un intento de "demostrar las ventajas mutuas que existen para el sector privado, el estado y la sociedad civil". El contenido y las principales líneas de este programa pueden consultarse en <http://worldbank.org/bpd>.

¹⁷⁶ En un intento de regular el contexto en el que se deberían producir estos códigos de conducta, el Parlamento recomienda la adopción de un código modelo, que debería incluir los convenios fundamentales de la OIT y su "Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social". Asimismo entiende que estos códigos deberían ir acompañados de un seguimiento y verificación eficaces e independientes y de la participación de los interesados en el desarrollo, aplicación y supervisión de estos códigos; subraya al mismo tiempo que los códigos de conducta no pueden sustituir ni invalidar las normas nacionales e internacionales, ni la propia responsabilidad de los gobiernos. En este sentido, el Parlamento opina que no deben utilizarse códigos de conducta como instrumento que permita a las empresas multinacionales eludir los controles públicos y jurídicos. En fin, reitera su apoyo a la creación de la "Etiqueta social" y pide a la Comisión que estudie la posibilidad de crear una plataforma de seguimiento europea. Considera que un órgano independiente de seguimiento y control sólo puede resultar eficaz si está altamente cualificado, dispone de procedimientos apropiados y, sobre todo, está ampliamente reconocido como objetivo e imparcial. Resolución sobre la adopción de normas por la Unión Europea para las empresas europeas que operan en países en desarrollo: hacia un código de conducta europeo [DOCE C 104, de 14 de abril de 1999, p. 180].

B) *La organización empresarial.*

También la organización empresarial constituye uno de estos ámbitos ajenos, en principio, al interés público. Ahora bien, cuando las empresas adquieren un cierto volumen, actúan a nivel internacional y se nutren de inversiones provenientes de su cotización en bolsa, las consecuencias de su actuación, sus principios organizativos y sus reglas internas adquieren una nueva dimensión. Los denominados “problemas de agencia”, derivados de la separación entre la titularidad de las acciones y la gestión de las empresas, requieren una intervención pública también en la organización empresarial¹⁷⁷. Esta intervención, dirigida a mejorar la confianza de los inversores, debe compatibilizar la libertad organizativa de las empresas con la gestión y el control adecuados de los riesgos asumidos por los accionistas.

La confianza de los inversores puede mejorarse, según parece, mediante la aprobación de códigos internos de conducta que establezcan las obligaciones concretas del Consejo de Administración y de los gestores de las empresas. La instauración de estos códigos, que no son sino una manifestación de la autorregulación normativa de las

¹⁷⁷ Debido a la organización de las empresas en forma de sociedades anónimas, quien asume los riesgos económicos de la gestión empresarial son los inversores. La legislación reguladora de este tipo de sociedades impone que las mismas deben poseer una organización mínima: una Junta General, como órgano de representación de todos los accionistas; un órgano de administración, que suele adoptar la forma de Consejo de Administración; y un órgano de vigilancia y control de las cuentas sociales. Las demás reglas de funcionamiento de este tipo de sociedades deben venir previstas en sus estatutos de constitución. En las empresas de grandes dimensiones, y con especial intensidad en aquellas empresas que cotizan en bolsa, que son, al mismo tiempo, las que más influyen en la economía, la Junta General tiene cada vez menos peso en el control real de la administración de la sociedad. Los accionistas delegan en el Consejo de Administración, por imposición legal, la responsabilidad de vigilar, compensar y sustituir a los gestores, así como la aprobación de los grandes proyectos estratégicos. Las funciones de gestión, sin embargo, están fundamentalmente en manos del equipo de dirección. Ello puede provocar problemas importantes derivados de una mala gestión de la sociedad o, cuanto menos, en una gestión encaminada al beneficio de los directivos y gestores y no de los accionistas y de la sociedad en general. Estos conflictos de intereses entre accionistas y directivos son conocidos como “problemas de agencia”. En concreto, la teoría de la agencia pone de manifiesto que los directivos, “agentes” de los accionistas, pueden no actuar siempre en beneficio de estos últimos, porque sus objetivos son diferentes. Mientras que el objetivo de los accionistas se centra en la maximización del valor de las empresas, el interés de los directivos está más relacionado con el tamaño y riesgo de quiebra de la misma. Sobre ello puede verse M. MELLE HERNÁNDEZ, *Fundamentos teóricos del gobierno de las empresas. Una aplicación a las empresas españolas (1991-96)*, Fundación de Cajas de Ahorro Confederadas para la Investigación Económica y Social, Documento de Trabajo n.º 145/1998, Madrid, 1998.

Este tipo de problemas, que se presentan hoy como cuestiones de carácter técnico y de mejora de la legislación de sociedades anónimas, pueden adquirir visos realmente alarmantes, si se tiene en cuenta el poder real de estas instituciones. Según datos ofrecidos por J. FERNÁNDEZ-ARRESTO, y F. HERNÁNDEZ, en *El gobierno de las sociedades cotizadas: situación actual y reformas pendientes*, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, Madrid, 2000, las empresas cotizadas aportan algo más del 14% al PIB español, por lo que son el gran factor de creación de riqueza de nuestra economía

empresas, ha venido impulsada, en España, por la presión exterior de organizaciones internacionales, públicas y privadas, por la necesidad de adaptación a otros modelos de derecho comparado, por la propia iniciativa privada, y por la actividad reguladora ejercida por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

La dimensión mundial de estos problemas motivó las primeras intervenciones de la Unión Europea y de otras organizaciones internacionales, que apuntaban ya hacia la técnica que venimos analizando: la orientación, el fomento y la regulación de la autorregulación empresarial¹⁷⁸. También el movimiento de reforma de los Consejos de Administración, conocido como el *Corporate Governance*, basa sus propuestas de mejora en la adopción de Códigos internos que regulen las prácticas de quienes se encargan de la gestión efectiva de las empresas¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Cabe destacar, en esta línea, la Recomendación de la Comisión de la CEE 77/534, de 25 de julio de 1977, aprobada con el objetivo de integrar, dentro de un sistema común, los modelos de organización bursátil latino y anglosajón, los cuales han ido estructurándose a través del tiempo sobre distintas técnicas: mediante el control y supervisión estatal, el primero; y mediante la autorregulación a través de normas de deontología profesional el segundo. En esta recomendación se promueve la elaboración de normas de conducta por parte de las empresas financieras, con el fin de “crear en un campo en permanente evolución una ética común que facilitará considerablemente los trabajos de armonización en curso”. Esta tarea de armonización ha sido facilitada por la Resolución sobre Principios Internacionales de Normas de Conducta, aprobada en 1990 por la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO). La Resolución hacía un llamamiento a los miembros de IOSCO para que reconociesen estos principios como expresión de los estándares básicos de conducta empresarial para empresas financieras. Por su parte, la Federación Internacional de Bolsas de Valores (FIV), aprobó en 1992 un informe y unas recomendaciones para la aplicación de los principios de Conducta Empresarial Internacional IOSCO.

¹⁷⁹ El punto de partida de este movimiento lo podemos situar en Gran Bretaña, con el *Informe Cadbury –Financial Aspects of Corporate Governance–*, publicado en Londres, en diciembre de 1992, que contiene un “Código de la mejor práctica”. Al *Cadbury* siguió el *Greenbury*, sobre las remuneraciones de los consejeros, aprobado en Londres el mes de julio 1995. Ambos recomendaron que un nuevo Comité revisara el cumplimiento de sus reglas y recomendaciones y actualizase los textos. A estos fines se constituyó, en noviembre de 1995, el *Comité Hampel*, que emitió su informe final en enero de 1998. Con anterioridad venía elaborándose en Estados Unidos, por el *American Law Institute*, un profundo estudio sobre el gobierno de las sociedades, cuyo borrador está fechado en 1988 y cuyo texto definitivo se publica en 1994, bajo el título *Principles of corporate governance*. El modelo inglés se extiende rápidamente en el área anglosajona, alcanzando incluso el continente europeo, donde, en 1995, aparece el Informe *Viennot*, en Francia. Sobre los antecedentes de estos informes y las líneas generales de los principales códigos adoptados en Estados Unidos, Gran Bretaña, Canadá, Sudáfrica, Francia, Bélgica, Holanda y Italia (donde la reforma se canaliza por vía legislativa, con ciertos matices), puede consultarse: M. OLIVENCIA RUIZ, “Reglas de conducta de los consejeros y funcionamiento de los Consejos de Administración”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXVIII, 1998, p. 343 a 355, y M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, y E. RÚA ALONSO DE CORRALES: “Los códigos de buenas practicas en la administración de empresas”, *Banca y Finanzas*, n.º 38, 1998, pp. 41 a 54.

El objetivo principal de estos informes consiste en evitar la concentración de todo el poder de la empresa en manos del primer directivo, diferenciando claramente las funciones de control y dirección estratégica del Consejo de las de la dirección. Se recomienda revisar el nombramiento del primer directivo al menos cada tres años y constituir una serie de comités, formados por consejeros no ejecutivos e independientes, para supervisar los nombramientos los contratos y las remuneraciones de los ejecutivos, así como las relaciones con los auditores. Desde 1993, para poder cotizar en la Bolsa de Londres, es obligatorio haber adoptado los principios del informe Cadbury.

En este contexto, en España, el Círculo de Empresarios presentó en 1996 una Propuesta de Normas para el mejor funcionamiento de los Consejos de Administración¹⁸⁰. Paralelamente a esta iniciativa privada, el Consejo de Ministros, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV), acordó, en su reunión de 28 de febrero de 1997, la creación de una Comisión Especial para el estudio de un Código ético de los Consejos de Administración de las sociedades¹⁸¹.

El informe de la Comisión Especial para el estudio de un Código ético ha sido publicado en diversas revistas¹⁸². Sus redactores son conscientes de que el encargo del Gobierno derivaba de su preocupación por los riesgos que comporta la separación entre la propiedad y la gestión de las grandes sociedades y su interés por evitar los excesos cometidos por algunos gestores¹⁸³. Para evitar estos problemas se podrían adoptar

¹⁸⁰ CIRCULO DE EMPRESARIOS, *Una propuesta de normas para un mejor funcionamiento de los Consejos de Administración*, Documentos del Círculo, Madrid, 1996. Esta propuesta es el resultado de las reflexiones contenidas en otro documento del Círculo, elaborado un año antes: *Reflexiones sobre la reforma de los Consejos de Administración*, Documentos del Círculo, Madrid, 1995. Este documento expone dos posibles vías para introducir reformas en el seno de los Consejos de Administración: autorregulación o cambio legislativo. Después de imputar a la legislación actual la responsabilidad de que en España existan unos Consejos de Administración “predominantemente pasivos y con comportamientos interno y externo fundamentalmente opacos”, se propugna una reforma a través de la autorregulación. Esto es, a través de la modificación voluntaria de las normas internas de organización de las sociedades.

¹⁸¹ El acuerdo de Gobierno encomienda a esta Comisión Especial un doble cometido: la redacción de un informe sobre la problemática de los Consejos de Administración de las sociedades que apelan a los mercados financieros y la elaboración de un código ético deben gobierno de asunción voluntaria por estas sociedades. Entiende el Gobierno que con ello se ha de dar respuesta “a una gran demanda, que desde sectores profesionales y desde los propios mercados viene reclamando mayores cotas de eficacia, agilidad, responsabilidad y transparencia en el gobierno de las sociedades que apelan a los mercados financieros, para alcanzar así, en definitiva, una más elevada credibilidad y mejor defensa de los intereses de todos los accionistas”: Exposición de Motivos de la Orden Ministerial de 24 de marzo de 1997. La necesidad de esta medida se veía acrecentada por la política de privatizaciones y venta de sociedades públicas que, como se ha visto, se ha traducido en un muy notable aumento del número de accionistas, con derecho a ejercer mayor protagonismo en su administración. Se preveía que la privatización de empresas públicas iba a comportar una importante reestructuración de los Consejos de Administración, al salir de ellos los consejeros que tradicionalmente lo habían sido en representación del Estado, generalmente en su condición de altos cargos. Así lo pone de manifiesto L. RAMALLO GARCÍA, en “El significado del código de buen gobierno de las sociedades que captan fondos del público”, *Dirección y Progreso*, n.º 159, 1998, pp. 9 a 16.

¹⁸² *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 228, 1998, pp. 733 y ss.; *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 769, 1998, pp. 113 y ss.; *Partida Doble. Revista de Contabilidad, Auditoría y Empresa*, n.º 94, 1998, p. 76.

¹⁸³ “En las causas de esta corriente reformista se halla una de fondo, que puede considerarse constante en la naturaleza de las sociedades que apelan a los mercados de capitales: la separación entre propiedad y gestión. Si bien esta separación puede producir ventajas, como la especialización de las funciones financieras y gerenciales, lleva inherente el riesgo de conflictos de intereses. A este riesgo se suma el derivado de la existencia de diversos grupos de accionistas. Junto a los accionistas significativos, el creciente número de pequeños inversores y el peso cada vez mayor de los institucionales son factores que introducen tensiones internas en la propiedad de las sociedades (...) Todos los accionistas son, en su conjunto, los dueños de la sociedad, pero el papel de cada uno de los grupos en que se encuadran requiere

medidas legislativas al respecto. Sin embargo, parece que el Gobierno tenía la intención de respetar el ámbito de autonomía que la Ley de Sociedades Anónimas reconoce a estas entidades en lo que respecta a su organización y se decantaba por fomentar la implantación voluntaria de códigos de conducta¹⁸⁴.

El informe de la Comisión de expertos, siguiendo esta tendencia, elaboró un conjunto de reglas, de voluntaria aceptación por las empresas, con la intención de mejorar su funcionamiento¹⁸⁵. En concreto, junto con el Informe, la Comisión adjuntó un “Código de Buen Gobierno de los Consejos de Administración”, que no es de obligatorio acatamiento¹⁸⁶. El punto tercero de las Consideraciones generales del Código dice al respecto: “El Código formula recomendaciones que pretenden sintetizar

la adopción de medidas de moderación o contrapeso, al objeto de que ninguno de ellos se arrogue un poder a expensas o en detrimento de los intereses de otros”. Y añaden: “Han sido algunos excesos cometidos por gestores y grupos de control los que, al desembocar en casos de crisis financieras, han puesto más agudamente de manifiesto –en los propios mercados, en la opinión pública y en las instancias políticas- la necesidad de evitar o corregir los males padecidos”.

¹⁸⁴ A pesar de la generalización de este modelo en el derecho comparado, algunos autores tienen una visión muy crítica respecto a la oportunidad de implantar el modelo anglosajón para mejorar el funcionamiento de los Consejos de Administración. Así, podemos leer: “(...) la verdadera reforma, para que sea efectiva, sólo es posible efectuada mediante la modificación de la Ley de Sociedades Anónimas, introduciendo las correcciones precisas para evitar que se favorezca la concentración del poder ejecutivo y de gestión en pocas personas sin el suficiente control. La política de introducir Códigos éticos, declaraciones de buenas intenciones al fin, no creemos que garantice la consecución de los objetivos pretendidos, y menos en un sistema jurídico como el español donde este tipo de cultura no tiene tradición”: J. J. BLASCO LANG, “Consejeros independientes y auditores en el Informe Olivencia”, *Partida Doble. Revista de Contabilidad, Auditoría y Empresa*, n.º 100, 1999, p. 30.

¹⁸⁵ Estas normas, que fundamentalmente son normas de organización y funcionamiento, aunque incluyen también algunas pautas éticas de actuación de los Consejeros, de ser respetadas por los miembros de la institución que se haya dotado de un código, servirán para que la conducta de sus miembros se adecue a determinados principios éticos de actuación o, cuanto menos, permitirán valorar éticamente tales conductas. Sin embargo no tienen como finalidad calificar éticamente a la entidad que se haya dotado de un instrumento de autorregulación de este tipo. Discrepamos en este sentido de algunos autores que sostienen afirmaciones como las que siguen: “La posición que se va a seguir en este artículo es que, si bien se comprende que es la persona la que es sujeto de los juicios éticos, las instituciones también pueden serlo, ya que a través de sus normas y prácticas –a las que es difícil sustraerse- condicionada las circunstancias de libertad y conocimiento del individuo, y es sobre la base de esta influencia por la que pueden ser “adjetivadas” como éticas o no éticas”. La cita procede de J. GARRALDA RUIZ DE VELASCO, “Reflexiones éticas sobre el Consejo de Administración”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 769, 1998, p. 42.

¹⁸⁶ Las reflexiones de la Comisión sobre la naturaleza de su trabajo son claras al respecto: “La expresión “Código ético”, con la que el Gobierno ha denominado el encargo hecho a la Comisión Especial, ha sido interpretada por ésta en el sentido que estima más acorde con la naturaleza y finalidad del mandato recibido. Aunque el vocablo “Código” tiene una acepción que lo refiere a cuerpo de normas jurídicas, no es ése el sentido con que se utiliza en este documento. No se trata aquí de imponer deberes cuyo incumplimiento desencadene responsabilidades, ni obligaciones cuyo cumplimiento sea exigible. Este “Código” no viene impuesto desde los poderes públicos en el ejercicio de la potestad legislativa o reglamentaria y, por lo tanto, no contiene normas de Derecho imperativo ni dispositivo. Por su parte, el vocablo “ético” ha de entenderse en su sentido más amplio, referido a reglas, principios y modelos de conducta, que responden a criterios de corrección y racionalidad. Por la connotación más usual de la

medidas o prácticas de buen gobierno en el estado actual de las sociedades españolas. No trata de imponer normas de Derecho objetivo, sino de ofrecer a la consideración de las sociedades destinadas un catálogo de medidas que, en uso de la libre autonomía de la voluntad y de la facultad de autorregulación que nuestro ordenamiento jurídico les reconoce, podrán adoptar en sus estatutos o reglas de funcionamiento orgánico. Dado el carácter de relatividad y flexibilidad con que se formulan las recomendaciones, las sociedades que opten por aceptarlas podrán, además, adaptarlas a sus propias características y circunstancias”.

Así pues, solamente si, en virtud de la capacidad de autorregulación que la Ley de Sociedades anónimas confiere a sus fundadores y a sus órganos, se asumen las recomendaciones contenidas en el Código, pasarán éstas a ser obligatorias para sus miembros. Como establece el párrafo transcrito, un modo para que ello suceda es que las recomendaciones se incluyan en sus estatutos sociales o en las normas internas de funcionamiento del Consejo de Administración¹⁸⁷.

El informe que venimos analizando nos ofrece un dato que reviste mucho interés para nuestro estudio. Algunas sociedades españolas, sintiendo la necesidad de dar respuesta a los problemas surgidos por la evolución de sus estructuras, se habían dotado ya de códigos éticos o de conducta, estatutos del consejero u otras reglas internas relativas al funcionamiento de los órganos de gobierno¹⁸⁸. Entre estas sociedades se

palabra (la referente a los valores permanentes de la moral), que aquí resulta equívoca, la Comisión prefiere utilizar la denominación de “Código de buen Gobierno”.

¹⁸⁷ Según la Comisión: “Se respeta así el amplio ámbito de autonomía que a las sociedades anónimas reconoce la ley en esta materia, y la facultad de autorregulación que confiere al Consejo de Administración. Sólo si en uso de esa libertad los estatutos sociales, al disponer la estructura del órgano de administración y su régimen de actuación, o el Consejo de Administración, al regular su propio funcionamiento, asumen las recomendaciones contenidas en el Código, pasarán éstas a tener vigencia, pero no como normas de Derecho positivo, sino como reglas de origen convencional o negocial”.

¹⁸⁸ Tomamos del informe de la Comisión el siguiente párrafo: “Los ejemplos que ofrece la práctica española muestran que medidas encuadradas en el moderno movimiento de buen gobierno han comenzado a ser adoptadas libremente por algunas sociedades, aún antes de que existiese indicación o recomendación alguna por parte de los poderes público en esta materia y de acuerdo con la evolución conocida en otros países. En las respuestas a la encuesta realizada por la Comisión, se encuentran ya sociedades –precisamente aquellas en las que el *free float* es mayor- que afirman disponer de códigos éticos o de conducta, estatutos del consejero u otras reglas internas de funcionamiento de los órganos de gobierno (...) Se trata de una evolución en las estructuras de gobierno de las sociedades que no viene impuesta por el Derecho, sino surgida de la realidad social, demandada por exigencias de los propios sectores económicos y vivida en la práctica.”

encuentran algunos gigantes de la economía española, como son Telefónica, Repsol, BBV y Banco de Santander¹⁸⁹.

En cuanto al contenido del Código cabe destacar, quizás, la última de las recomendaciones, a tenor de la cual el Consejo de Administración debería incluir en su informe público anual “información sobre sus reglas de gobierno, razonando las que no se ajusten a las recomendaciones de este Código”.

Puesto que la eficacia del Código dependerá, en gran medida, de la información que las sociedades cotizadas proporcionen al mercado sobre su nivel de cumplimiento, el Consejo de Ministros facultó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para que recabara información a las sociedades cotizadas sobre el grado de asunción del Código. Según los datos obtenidos por la CNMV en 1998, treinta sociedades han adoptado un Reglamento del Consejo que cumple con sus recomendaciones¹⁹⁰. Con la finalidad de ampliar esta tendencia la CNMV adoptó la Circular 11/1998, de 17 de diciembre, en la que se estableció la obligatoriedad de cumplir con la última de las recomendaciones del “Código de Buen Gobierno”. En concreto, esta Circular, que se refiere a los contenidos sobre los que deberá versar el informe público anual de los Consejos de Administración, impone expresamente la obligación de poner de manifiesto en este documento las reglas de gobierno asumidas por la sociedad. Según el modelo previsto en la Circular el informe debe constar de dos apartados: uno relativo a la información de las reglas de gobierno aplicadas por la sociedad y otro que se refiere a la información sobre la asunción de las recomendaciones del Código Ético de Buen Gobierno.

Esta acción reguladora de la CNMV se inscribe en una tendencia, iniciada unos años atrás en la reglamentación pública de los mercados de valores, consistente en

¹⁸⁹ Datos ofrecidos por L. ARANAZ, “La auditoría interna ante “el Código ético para el buen gobierno de las sociedades cotizadas”. Oportunidad y reto para la profesión”, *Auditoría Interna*, n.º51, 1998, p. 22; y “Códigos de conducta en la Banca: BBV y Santander”, *Cinco Días*, Suplemento especial de 4 de marzo de 1993.

¹⁹⁰ Según J. FERNÁNDEZ-ARMESTO, y F. HERNÁNDEZ, en *El gobierno de las sociedades cotizadas:...*, op. cit., p. 24: “Estas sociedades representan, por volumen, el 35% del mercado continuo y el 43% del Ibex 35. Además, setenta sociedades han informado sobre sus prácticas de buen gobierno, lo que representa un 89% del mercado continuo y el 82% del Ibex 35”. Sin embargo, parece que la calidad y la amplitud de la información presenta notables diferencias. Para una visión actualizada de estos datos se puede consultar la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (<http://www.cnmv.es>).

imponer a las empresas, “de facto”, como en el caso mencionado, o “de iure, como veremos a continuación, la obligación de autorregularse.

En virtud de la habilitación legal contenida en el artículo 78 de Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, modificada por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre (LMV), el Gobierno aprobó el RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados y registros obligatorios¹⁹¹. Mediante esta norma se aprueba un código general de conducta de las entidades que realicen actividades relacionadas con los mercados de valores¹⁹². Este código, contenido en el anexo del Reglamento, es una norma de obligado cumplimiento¹⁹³. Sus previsiones, de carácter general, pueden ser desarrolladas y concretadas por otras normas jurídicas para regular la conducta de los operadores de mercados específicos¹⁹⁴.

¹⁹¹ Este artículo está integrado en el Título VII de la LMV, en el que se enuncian las normas de conducta que deberán observar las entidades miembros de los mercados de valores y, en general, cuantas personas o entidades ejerzan actividades con ellos relacionadas. Dicho precepto establece que: “las Sociedades y Agencias de Valores y, en general, cuantas personas o entidades ejerzan actividades relacionadas con los mercados de valores, deberán respetar las normas de conducta contenidas en el presente Título, así como los códigos de conducta que, en su desarrollo, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministerio de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores”.

¹⁹² Según la exposición de motivos del reglamento: “Con objeto de contribuir a la transparencia de los mercados y a la protección de los inversores (...) [se establecen] las normas de conducta de los intervinientes en los mercados de valores y las normas que rigen las relaciones entre clientes y entidades en las operaciones contratadas por ambos”.

¹⁹³ La parte expositiva del Real Decreto es clara en este sentido: “El Capítulo II regula el código general de conducta de las entidades que realicen actividades relacionadas con los mercados de valores, cuya base fundamental son las normas de conducta surgidas de las reuniones del Comité Técnico de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO), así como las recomendaciones de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre esta materia, aplicables a los países de nuestro entorno, que deben regir para todos los intervinientes en los mercados de valores y que afectan no sólo a las entidades en sí mismo consideradas, sino también al personal que las integra. Se establece, por tanto, la obligación de cumplir el código general de conducta a que se refiere el artículo 2 y contenido en el anexo del presente Real Decreto (...)”.

En el código se formulan tanto los principios generales como las normas específicas por las que deberá regirse la actuación de los administradores, empleados y representantes de las entidades que actúan en mercados de valores. Contiene normas relativas a la imparcialidad y buena fe; el cuidado y diligencia en sus operaciones; los medios y capacidades necesarias para actuar de forma eficiente; la información sobre la clientela, para su correcta identificación; la información a los clientes; la obligación de evitar conflictos de intereses y la negativa a contratar con intermediarios no autorizados así como los deberes de abstención.

¹⁹⁴ En este sentido, el artículo 2.2 RD 629/93, de 3 de mayo, establece que “el Ministerio de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, podrá desarrollar, concretar o definir el código general de conducta contenido en el anexo al presente Real Decreto, pudiendo establecer códigos de conducta específicos en función de las características de los distintos mercados, de los valores que se negocien en ellos, de las diferentes características de los emisores o de los diferentes tipos de clientela”. En base a esta habilitación se han aprobado el RD 845/1999, de 21 de mayo, y la Orden de 7 de octubre de 1999 de desarrollo del código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión.

Sin embargo, parece que no se considera suficiente el grado de concreción de estos códigos de naturaleza reglamentaria y, por ello, se impone a las sociedades de valores y a todas las personas públicas o privadas que realicen actividades relacionadas con los mercados de valores, la obligación de elaborar un “reglamento interno de conducta de obligado cumplimiento”, que regulará la actuación de sus órganos de administración, empleados y representantes (para evitar confusiones, nos referiremos a estos reglamentos con las siglas RIC)¹⁹⁵. Es más, de acuerdo con la reciente modificación de la LMV, para que una entidad obtenga su autorización como empresa de servicios de inversión debe disponer de un RIC¹⁹⁶. Los principales aspectos que deberán regular los RIC vienen en buena parte predeterminados por el RD 629/1993¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Según el tenor del artículo 3 del RD 629/93, de 3 de mayo: “Todas las entidades a que se refiere el artículo 1 deberán elaborar un reglamento interno de conducta de obligado cumplimiento, que regulará la actuación de sus órganos de administración, empleados y representantes. La misma obligación resultará de aplicación a todas las personas que realicen las actividades citadas en el artículo 1, en relación con sus empleados y representantes”.

Destacar que algunas entidades ya poseían unas normas internas de conducta más o menos adaptadas a los principios internacionales. Destaca en este sentido la Bolsa de Madrid, que aprobó sus Circulares 4/1992, de 20 de mayo, del Código General de Conducta de la Bolsa de Madrid, y 5/1992, de normas sobre realización de operaciones por parte del personal de la Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores de Madrid, S.A. Con el fin de adaptar estas Circulares al RD 629/1993 se aprobaron la Circular 7/1993, de 30 de noviembre, sobre el Reglamento General de Conducta de la Bolsa de Madrid, y la Circular 8/1993, de 30 de noviembre, sobre el Reglamento Interno de Conducta del personal de la Bolsa de Madrid.

¹⁹⁶ Artículo 67.2 de la Ley 37/1998: “Serán requisitos para que una entidad obtenga su autorización como empresa de servicios de inversión los siguientes: (...) j) Que cuente con la existencia de un reglamento interno de conducta, ajustado a las previsiones de esta Ley.”

¹⁹⁷ Artículo 3.1. RD 629/93: “Los reglamentos internos de conducta deberán estar inspirados en los principios citados en la Ley del Mercado de Valores y en el código general de conducta y hacer referencia, al menos, a los siguientes extremos: a) Todas las operaciones que realicen los miembros de los órganos de administración por cuenta propia deberán ser realizadas con la mediación de la entidad para la que trabajan o prestan sus servicios. Aquellos que pertenezcan simultáneamente a órganos de administración de varias entidades podrán elegir entre ellas la que haya de mediar en sus operaciones; b) Las entidades deberán fijar en los reglamentos internos de conducta los empleados y representantes a los que también resulte de aplicación la obligación establecida en el párrafo anterior; c) Las entidades deberán abstenerse de realizar operaciones por cuenta de quienes se encuentren en alguno de los supuestos citados en los dos párrafos anteriores, en relación con otra entidad, siempre que tengan constancia de ello; d) Las órdenes realizadas por los administradores, empleados y representantes deberán realizarse en forma escrita e incluirse en el archivo de justificantes de órdenes a que se refiere el capítulo III del presente Real Decreto; e) Las entidades deberán establecer los mecanismos de comunicación o autorización de las operaciones realizadas por cuenta propia por sus empleados, administradores y representantes, que garanticen el cumplimiento de las normas de actuación contenidas en la normativa del mercado de valores pudiendo, en consecuencia, prever: 1.º La antelación mínima con que deben ser comunicadas a su órgano de dirección, que no será inferior a veinticuatro horas. Dichas comunicaciones deberán ser escritas, debiendo la entidad mantener un archivo separado de las mismas; 2.º El período mínimo durante el cual no se puedan realizar operaciones de venta sobre los valores que componen la cartera, así como las posibles excepciones; 3.º Las clases de valores cuya suscripción, adquisición o venta queda sujeta a obligación de autorización por la entidad; f) Toda entidad deberá recabar información de sus empleados acerca de los posibles conflictos de interés a que estén sometidos por sus relaciones familiares, su patrimonio personal o por cualquier otra causa, así como mantener actualizada dicha información; g) Toda entidad deberá establecer la obligatoriedad para sus administradores, empleados y representantes de no utilizar la información obtenida por la entidad, en su propio beneficio, bien porque la

Por ello la CNMV podrá controlar, previamente a su aplicación, el contenido de los RIC, para comprobar su adecuación a la legislación vigente¹⁹⁸.

Además de esta obligación de autorregulación, se fomenta también la adopción de códigos voluntarios por parte de las entidades rectoras de los mercados secundarios y de las asociaciones profesionales que agrupen a diversos operadores de los mercados de valores¹⁹⁹. Para facilitar esta tarea de autorregulación, la CNMV ha publicado un modelo de RIC, ajustado, además, al Código de Buen Gobierno de los Consejos de Administración²⁰⁰.

En la medida en que los RIC quedan integrados en la estructura empresarial resultan también aplicables a los empleados de la empresa o sociedad, a sus

use directamente, bien porque la facilite a clientes seleccionados o a terceros sin el conocimiento de la entidad.”

¹⁹⁸ Art. 3.4 del RD 629/93: “Los reglamentos internos de conducta elaborados según lo dispuesto en los apartados anteriores deberán remitirse a la Comisión Nacional del Mercado de Valores previamente a su aplicación pudiendo ésta efectuar objeciones o recomendaciones a los mismos si apreciare disconformidad con lo dispuesto en el presente Real Decreto o en cualquiera otros preceptos de la legislación del mercado de valores, en cuyo caso las entidades deberán realizar las modificaciones necesarias que aseguren el cumplimiento de los mismos.”

¹⁹⁹ Art. 3.2 del RD 629/93: “Las entidades rectoras de los distintos mercados secundarios podrán elaborar reglamentos de conducta de obligado cumplimiento para sus miembros, que, además de cumplir los requisitos que se mencionan en el apartado 1 de este artículo, contribuyan a mejorar la transparencia del propio mercado y la correcta formación de los precios”; Art 3.3. del RD 629/93: “Las asociaciones profesionales que agrupen a las personas o entidades a que se refiere el artículo 1 podrán elaborar reglamentos de conducta aplicables a sus miembros. La aceptación por éstos de dichos reglamentos podrá sustituir a la obligación individual de su elaboración.”

Estos dos supuestos se mueven en la línea que ya conocemos de los códigos de adopción voluntaria por parte de una entidad que, una vez integrados en sus estatutos o en su normativa interna, se convierten en obligatorios para los miembros de la entidad u asociación. Estos códigos sirven de base a la actuación mediadora y arbitral que realizan organismos especializados de las entidades rectoras de los mercados de valores. Todo ello responde a las recomendaciones de las principales organizaciones internacionales relacionadas con los mercados de valores, que favorecen el fortalecimiento de la autorregulación normativa y resolutoria en el ámbito interno de tales mercados. Estas recomendaciones pueden consultarse en: <http://www.fiabv.org/fiabv/archivos/pdf/Recomendaciones-Autorregulacion.PDF>. A pesar de ello, la capacidad de autorregulación de las bolsas en nuestro país es, según parece, bastante menor que la existente en otros ordenamientos de derecho comparado. Sobre este tema véase: C. SALINAS ADELANTADO, “Desregulación y neoregulación en el mercado de valores”, *RDM*, n.º 224, 1997, pp. 709 a 773.

²⁰⁰ Al presentar este documento la propia Comisión advierte: “Este Reglamento tipo constituye un formulario que la CNMV pone a disposición de las sociedades con el fin de facilitarles la labor de adaptación de su normativa interna al Código de Buen Gobierno. Se trata de una simple propuesta, sin valor oficial, y en modo alguno pretende ser la única posibilidad de dar cumplimiento a dicho código. En todo caso, las sociedades que decidan ajustarse a las recomendaciones contenidas en el Código de Buen Gobierno deberán revisar sus estatutos, y tenerlos presente a la hora de elaborar su propio reglamento” (<http://www.cnmv.es/delfos/Tendencias/españa5.htm>). Con ello se pone de manifiesto que, si bien los RIC y el Código de Buen Gobierno tienen una finalidad distinta –la regulación de la conducta de los operadores de las bolsas, en un caso, y la de los gestores de las empresas, en el otro–, los sujetos a los que van dirigidos estas normas y los fines de ambas convergen también en muchos casos.

representantes y a sus administradores²⁰¹. Su incumplimiento puede dar lugar a sanciones derivadas de la relación laboral o contractual que estos sujetos mantengan con la empresa²⁰².

Sucedo, sin embargo, que la relevancia pública de estas normas de autorregulación es tal que la CNMV no sólo impone su aprobación, sino que se reserva también la facultad de controlar su adecuación a la legislación general y su efectiva aplicación²⁰³. En concreto, el art. 3 del RD 629/93, de 3 de mayo, refiriéndose concretamente a los RIC establece: “El incumplimiento de lo previsto en los reglamentos internos de conducta, en cuanto su contenido sea desarrollo de lo previsto en la Ley del Mercado de Valores y en el código general de conducta, como normas de ordenación y disciplina del mercado de valores, podrá dar lugar a la imposición de las correspondientes sanciones administrativas, sin perjuicio de lo que resulte de aplicación conforme a la legislación laboral”.

Nos parece evidente que tales reglamentos internos (RIC), a pesar de su denominación, no poseen naturaleza jurídica reglamentaria y no derivan, pues, de la habilitación contenida en el artículo 78 que hemos transcrito con anterioridad²⁰⁴.

²⁰¹ Para que no existan dudas sobre la sumisión de los representantes de las sociedades y agencias de valores a los reglamentos internos de conducta, se obliga a estas entidades a formalizar con sus representantes un contrato privado que incluya una “referencia a las reglas que hayan de garantizar un comportamiento ajustado por parte del representante a las normas de conducta previstas en la legislación del Mercado de Valores y al Reglamento Interno de Conducta de la entidad representada así como las facultades que el representado se reserva para la comprobación de su cumplimiento.” (Artículo Segundo de la Circular de la CNMV 5/1998, de 4 de noviembre).

²⁰² Véase, al respecto: A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, “Los reglamentos internos de conducta de las entidades y profesionales del mercado de valores: líneas generales de una nueva institución”, *RGD*, n.º 609, 1995, p. 6976.

²⁰³ Con esta publicación de la autorregulación de los particulares, la Comisión está reconociendo explícitamente su importancia en la consecución de fines de interés general. En el Informe Anual de 1994 la CNMV se expresaba en los siguientes términos: “La sujeción de los intermediarios del mercado de valores a normas de conducta constituye, junto con su actuación en el marco de las normas prudenciales, el principal factor de seguridad y estabilidad del mercado para los inversores y el conjunto de la comunidad financiera” [CNMV, *Informe Anual 1994*, Madrid, 1995, p. 251]. Unos años antes la Comisión ya se había pronunciado también en términos parecidos: “En lo que se refiere a la conducta de las sociedades y agencias de valores en sus actuaciones en el mercado y en su trato con los clientes, los problemas detectados de mayor importancia vinieron propiciados por algunos episodios de infidelidad de empleados y representantes. Este hecho viene a poner de relieve la importancia de contar no sólo con normas de conducta que afecten a la actuación de entidades, sino con códigos internos que regulen el comportamiento del personal que en ellas trabaja” [CNMV, *Informe Anual 1991*, Madrid, 1992, p. 210.]

²⁰⁴ Discrepamos, en este sentido de A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, el cual, en “Los reglamentos internos de conducta de las entidades y profesionales del mercado de valores...”, op. cit, p. 6963, sostiene que, aunque con carácter peculiar, los reglamentos internos de conducta responden al desarrollo reglamentario del art. 78 LMV. También nos sorprende que el Consejo de Estado, en el Dictamen 1643/92, relativo al Proyecto de Real Decreto sobre normas de actuación en los mercados de

Constituyen una clara manifestación de la autorregulación normativa a la que, en este caso, se le han atribuido efectos vinculantes. Además, el resultado de esta autorregulación es tomado en consideración por la CNMV en el ejercicio de su potestad sancionadora. Esto es, la CNMV podrá sancionar aquellas conductas que sean contrarias a lo establecido en los RIC, siempre que su contenido sea desarrollo de lo previsto por la LMV y el Código General de Conducta contenido en el RD 629/1993.

Creemos que existen razones sobradas que justifican esta instrumentalización de la autorregulación. Sin embargo, entendemos también que deben respetarse, cuando ello sea posible, las debidas garantías. En este caso en concreto, se vulneró claramente, a nuestro entender el principio de legalidad, en el sentido formal²⁰⁵.

Si se confirma que la regulación pública de la autorregulación comporta la aproximación de los instrumentos de autorregulación normativa –en este caso, en definitiva, códigos de conducta- en instrumentos de regulación de policía –reglamentos administrativos- deben aplicarse también a unos y otros las mismas garantías jurídicas y, en especial, debe respetarse el principio de legalidad. Esta afirmación debe ser matizada en el siguiente sentido. Si el control de la aplicación de los RIC se ejerciese por una entidad privada, por un organismo de autorregulación en definitiva, sería

valores y registros obligatorios fundamente la legitimidad de estos reglamentos internos en el artículo 78 LMV, sobretodo teniendo en cuenta la redacción de este precepto antes de la modificación de la Ley: “Las Sociedades y Agencias de Valores y, en general, cuantas personas o entidades ejerzan actividades relacionadas con los mercados de valores, deberán respetar las normas de conducta contenidas en el presente título, así como los códigos de conducta que, en su desarrollo, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores”. Se refiere, pues, este artículo, solamente al necesario respeto de las normas legales y reglamentarias, no al respeto de las normas de autorregulación.

²⁰⁵ No lo entendió así, sin embargo, el Consejo de Estado, en el Dictamen 1643/92, de 1 de 1993, relativo al Proyecto de Real Decreto sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. En este Dictamen, sin abordar frontalmente esta cuestión, se convalidó el sistema establecido por el RD 629/1993. En concreto, el Consejo de Estado entendió que ni el Código General de Conducta que incorpora este reglamento ni los reglamentos internos de conducta aprobados por los particulares tipifican nuevos supuestos de infracciones distintos de los contenidos en el Título VII de la LMV sino que incorporan “normas de desarrollo de las conductas definidas en dicho Título con valor especialmente ilustrativo y que sólo serán susceptibles de sanción administrativa en tanto hayan sido asumidas en los supuestos tipificados en el Título VIII de la Ley”. Se entiende que el uno y los otros, sin hacer distinción alguna respecto de su distinta procedencia y su concreta naturaleza, se incardinan en “un esquema en virtud del cual se concibe esta materia como un proceso lógico de progresivo descenso de lo abstracto a lo concreto que, en una línea no interrumpida, se desenvuelve en escalones sucesivos ligados por el fundamental propósito de defender la absoluta prioridad de los intereses de los inversores sobre los de las entidades intermedias en cuantas situaciones fácticas se presenten y de velar por las transparencia del Mercado; finalidades esenciales en las que todas las normas de conducta convergen” Dictamen del Consejo de Estado 1643/92, de 1 de 1993, relativo al Proyecto de Real Decreto sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

suficiente el respeto al principio de tipicidad. Sin embargo, puesto que este control es ejercido por una Administración, la posibilidad de que ésta pueda sancionar en base a normas de origen privado debe venir prevista en la Ley que habilita su actuación. Esta necesidad de habilitación legal ha sido suplida en la modificación de la LMV que tuvo lugar en 1998, donde se prevé específicamente la posibilidad de que la CNMV ejerza su potestad sancionadora en base a los RIC²⁰⁶. Así pues, la regulación de policía de carácter represivo, el ejercicio, en este caso, de la potestad sancionadora por parte de la CNMV, se encuentra condicionada por el contenido de genuinos instrumentos de autorregulación.

C) El management empresarial.

Esta nueva función de “control de la autorregulación”, asumida por la Administración es claramente visible también en el ámbito del *management* empresarial. Allí donde se generan mayores riesgos es en el proceso concreto de manipulación y elaboración de productos. En estos procesos únicamente la profesionalidad de quienes manejan los productos, las sustancias o los aparatos técnicos de una instalación industrial puede garantizar la minimización de estos riesgos. Gracias a los propios circuitos internos de información que poseen estos profesionales -más o menos formalizados, como se verá, según los ámbitos- pueden implantarse sistemas de calidad que faciliten la gestión de riesgos. Todo sistema de calidad se basa en la adopción de una serie de pautas que describen con detalle, paso a paso, la formas correctas de realizar una determinada actividad –tales pautas se formalizan en instrumentos de autorregulación normativa-. Imponen, en la mayoría de los casos, el establecimiento de autocontroles periódicos para comprobar que la actividad se

²⁰⁶ En concreto, de acuerdo a la nueva redacción del artículo 78 dada por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, que modifica la Ley del Mercado de Valores: “Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito, las instituciones de inversión colectiva, los emisores y, en general, cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, deberán respetar las siguientes normas de conducta: a) Las normas de conducta contenidas en el presente Título; b) Los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere el apartado a) anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; c) Las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta”. Como complemento de ello, según el artículo 100 t de esta norma, serán sancionables también como infracciones graves, “la infracción o el incumplimiento de las normas de conducta previstas en el Título VII”, donde se halla ubicado el citado artículo 78. De este modo, se consigue dotar de cobertura legal a la tipificación de las conductas contenidas: en el código general de conducta establecido en el Anexo al RD 629/93; en los diferentes códigos de conducta específicos que pudiera promulgar en su momento el Gobierno; y en los reglamentos internos de conducta.

desarrolla de acuerdo a las pautas fijadas previamente y, para facilitar esta tarea, es también recomendable que se documenten los resultados de cada autocontrol –autorregulación declarativa, que deja constancia del cumplimiento de las pautas de conducta que pueden o debe implantar las empresas-. Así, un sistema de calidad encuentra su base en reglas técnicas e implica el cumplimiento de tales reglas y el autocontrol constante de su grado de seguimiento. Pues bien, de nuevo nos encontramos con que, desde fechas muy recientes, los poderes públicos vienen fomentando estos sistemas de calidad, los acaban imponiendo en algunos casos, y se reservan siempre, en última instancia, la facultad de comprobar que se realizan de forma adecuada.

Puesto que los riesgos para la salud, la seguridad o el medio ambiente son de procedencia muy diversa, son también diversas las actividades empresariales se ven afectadas por estas nuevas formas de autorregulación.

Los riesgos para la salud, por ejemplo, pueden derivarse de una incorrecta manipulación de las sustancias que se incorporan a los alimentos. La producción, elaboración y conservación de alimentos son hoy procesos especialmente complejos en los que interviene, cada vez con mayor intensidad, la utilización de técnicas cada vez más avanzadas, no siempre exentas de peligro y que, en cualquier caso, convierten al producto final en una incógnita para el que los ingiere. La utilización de estas tecnologías, combinada con la lucha por el mercado, podría llevar a las industrias a poner realmente en peligro la salud de los ciudadanos²⁰⁷.

Incluso en un ámbito aparentemente poco tecnificado como es el de los productos agrícolas existen una serie de sustancias que pueden ser utilizadas como fertilizantes que, siendo buenas para las plantas, pueden causar daños ambientales (como la contaminación de las aguas). Otros productos, como los fitosanitarios, o algunos productos químicos, si no se utilizan en las dosis adecuadas, pueden causar daños en la salud de las personas que consuman los alimentos. Naturalmente, existe una extensa y compleja regulación pública, de origen comunitario y nacional sobre estos

²⁰⁷ Refiriéndose a la industria alimentaria se ha escrito que “la competencia se transformó en un modo de eliminar al competidor, descendiendo hasta el denominador común más bajo que pudiera permitirse en la calidad del producto... Causó también graves perjuicios a todos los fabricantes escrupulosos que podrían haber enfocado la competencia como una lucha por mejorar el nivel nutritivo y

aspectos, donde se prohíbe incluso la utilización o la mezcla de determinadas sustancias o productos²⁰⁸. Sin embargo, y entrando en el ámbito de los productos permitidos, su correcta o incorrecta utilización puede resultar determinante para prevenir riesgos. En aras a su prevención se están adoptando medidas para que los agricultores adecuen su actividad a las denominadas “Buenas Prácticas Agrarias”. Se entienden como tales las que aplica un agricultor responsable en su explotación y que incluyen y superan, necesariamente, el cumplimiento de los requisitos de seguridad obligatorios, así como las que se han definido expresamente como tales por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación²⁰⁹.

Los poderes públicos fomentan la utilización de Buenas Prácticas Agrarias de diversos modos. En primer lugar, mediante la elaboración de manuales y documentos de divulgación de buenas prácticas por parte de las Administraciones públicas²¹⁰. En segundo lugar, para la concesión de ayudas a la agricultura, se exige que se apliquen las buenas prácticas agrarias. Esta exigencia puede venir concretada mediante una remisión genérica a las buenas prácticas agrarias²¹¹ o mediante la concreción legal de lo que se

la calidad de los alimentos”: R. NADER, en el prólogo a J. S. TURNER, *El festín químico*, DOPESA, Barcelona, 1973.

²⁰⁸ Una relación de las principales normas que regulan estos aspectos puede consultarse en M. BASSOLS HEVIA-AZA, “Sanidad alimentaria: información al consumidor por razones sanitarias con relación a los productos alimenticios”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 184, 2000.

²⁰⁹ Definición contenida, respectivamente, en los artículos 2 y 3 de los Reales Decretos 3482/2000, de 29 de diciembre y 4/2001, de 12 de enero.

²¹⁰ Para facilitar la implementación de las buenas prácticas agrarias, el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo agrario y algunas Comunidades Autónomas vienen publicando códigos de buenas prácticas, de los que se destaca su carácter voluntario, para que los agricultores, mediante la autorregulación de sus actividades, eviten la contaminación de las aguas en la utilización de sus abonos o para que utilicen correctamente los productos fitosanitarios. A título de ejemplo, pueden verse: “Buenas prácticas agrícolas y medio ambiente. El control de las malas hierbas”, Ministerio de Agricultura Pesca y Alimentación, *Hojas divulgadoras* n.º 6, 1992; *Buenas Prácticas agrícolas y medio ambiente*, Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1993; *Código de Buenas Prácticas Agrarias*, Dirección General de Agricultura y Alimentación de la Comunidad de Madrid y Rural 2000; *Código de Buenas Prácticas Agrarias de Navarra*, Departamento de Agricultura, Ganadería y Alimentación del Gobierno de Navarra, 1997.

²¹¹ Real Decreto 1893/1999, de 10 de diciembre de 1999. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1999). Este Real Decreto tiene por finalidad determinar el marco básico en el que deben encuadrarse las actuaciones de las Administraciones públicas competentes en la tramitación, resolución, pago y control en España de una serie de ayudas comunitarias. En la Disposición adicional segunda de esta norma se prorroga, durante el ejercicio presupuestario del año 2000, la indemnización compensatoria en determinadas zonas desfavorecidas, regulada en el Real Decreto 466/1990, de 6 de abril, hoy derogado por Real Decreto 3482/2000, de 29 de diciembre. Para la obtención de esta indemnización, sin embargo, los beneficiarios de la misma deberán justificar que emplean métodos de buenas prácticas agrícolas. En concreto, la mencionada Disposición adicional segunda obliga a las Comunidades Autónomas a regular “la obligatoriedad de los beneficiarios de la indemnización compensatoria de emplear métodos de buenas prácticas agrícolas, en el ejercicio de una

entiende por tales a efectos de la concesión de las ayudas. Una definición reglamentaria de lo que se entiende por buenas prácticas, a los efectos de conseguir determinadas ayudas puede encontrarse en el régimen previsto para las indemnizaciones compensatorias a los agricultores de las zonas desfavorecidas²¹² y para las medidas de fomento de la agricultura respetuosa con el medio ambiente²¹³. También se establece normativamente la exigencia de que se apliquen las buenas prácticas agrarias como requisito para poder suscribir el Seguro Combinado de Pedrisco, Incendio y Daños Excepcionales por Inundación²¹⁴.

agricultura sostenible, compatibles con la salvaguardia del medio ambiente y la conservación del territorio”.

²¹² Real Decreto 3482/2000, de 29 de diciembre BOE núm. 17, de 19 de enero de 2001, por el que se regula la concesión de indemnizaciones compensatorias a los agricultores de las zonas desfavorecidas. Dichas indemnizaciones son las previstas en el capítulo V del Reglamento (CE) 1257/1999, del Consejo, de 17 de mayo, sobre ayudas al desarrollo rural a cargo del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrarias (FEOGA). Para la concesión de estas ayudas es necesario que los beneficiarios se comprometan formalmente a emplear métodos de buenas prácticas agrícolas habituales y que las explotaciones subvencionadas se ajusten también a dichas prácticas. En concreto, las buenas prácticas que resultan obligatorias son las que vienen específicamente detalladas en el anexo I El artículo 3, que regula los requisitos de los beneficiarios establece que éstos deben “comprometerse formalmente a ejercer la agricultura sostenible empleando métodos de buenas prácticas agrícolas habituales, establecidas en el anexo I, adecuadas a las características agrarias de la localidad, compatibles con el medio ambiente, y de mantenimiento del campo y el paisaje”. El artículo 4, por su parte, establece que las explotaciones subvencionables deben “cumplir las buenas prácticas agrarias habituales establecidas en el anexo I”.

²¹³ Real Decreto del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 4/2001, de 12 de enero de 2001 (BOE núm. 12, de 13 de enero de 2001). El presente Real Decreto, según reza su artículo 1, tiene por finalidad “establecer un régimen de ayudas para fomentar la utilización de métodos de producción agraria que permita proteger el ambiente y conservar el medio rural”. Esta regulación se dicta en aplicación del Capítulo VI del Título II del Reglamento (CE) 1257/1999, del Consejo, de 17 de mayo, sobre ayudas al desarrollo rural a cargo del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrarias (FEOGA)”. Los beneficiarios de estas ayudas son los titulares de explotaciones agrarias que se comprometan a realizar alguna de las actuaciones que, de acuerdo con lo previsto en el reglamento, constituyen una mejora en términos ambientales de los cultivos. Dichos beneficiarios deberán comprometerse, además, a trabajar sus explotaciones de acuerdo con las buenas prácticas agrícolas. En este caso el compromiso se reduce, en realidad, al cumplimiento de las buenas prácticas agrícolas expresamente recogidas en el Anexo I del reglamento Artículo 7.1: “Los compromisos que habrán de cumplir los beneficiarios de las ayudas serán los que se recogen en el Anexo II para las medidas objeto de la ayuda, así como los que afecten a la explotación, de los contenidos en el Anexo I sobre buenas prácticas agrícolas.”

²¹⁴ Relación de Órdenes del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación por las que se definen el ámbito de aplicación, las condiciones técnicas mínimas de cultivo, rendimientos, precios y fechas de suscripción en relación con el Seguro Combinado de Pedrisco, Incendio y Daños Excepcionales por Inundación de determinados cultivos agrarios: Órdenes de de 14 de febrero de 2001, (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2001) sobre el aseguramiento de la colza, los cereales de invierno, la coliflor, la lechuga, la paja, leguminosas grano, brócoli, cereales de primavera; Órdenes de 9 de marzo de 2001 (BOE de 22 de marzo de 2001), en relación con los cítricos, el algodón, el tabaco y el tomate de invierno. A efectos de concesión de este seguro deben cumplirse unas condiciones mínimas de cultivo (preparación del terreno, realización de la siembra, abonado del cultivo, riegos, control de malas hierbas, etc.) para que se conceda el seguro, estas condiciones de cultivo deberán realizarse de acuerdo con las buenas prácticas agrarias: “Las condiciones anteriormente indicadas, y con carácter general, cualquier otra práctica cultural que se utilice, deberá realizarse acorde con las buenas prácticas agrarias y en concordancia con la producción fijada en la declaración de seguro”.

En el seno de las industrias y las empresas alimentarias, los riesgos que plantea la manipulación de sustancias y productos destinados al consumo humano son, si cabe, más elevados. La aplicación, a lo largo de toda la cadena de transformación, de buenas prácticas de higiene, por ejemplo, combinadas con autocontroles sobre su aplicación, es indispensable para disminuir o reducir al mínimo estos riesgos. A esta filosofía de control de los riesgos responde el sistema HACCP (*Hazard Analysis Critical Control Point*), conocido en España con las siglas ARPC (Análisis de Riesgos y Control de Puntos Críticos) o APPCC (Análisis de Peligros y Puntos Críticos de Control)²¹⁵.

El sistema ARPC se basa en los siguientes principios: debe realizarse, en primer lugar, un análisis de los riesgos alimenticios potenciales en toda operación efectuada en el marco de las actividades de una empresa del sector alimenticio; deben localizarse en el espacio y en el tiempo (los “puntos”) de la operación en que pueden producirse riesgos alimentarios; es necesario determinar, entre estos puntos de riesgo, aquellos que resultan decisivos para la seguridad alimentaria (“puntos críticos”); posteriormente deben definirse y aplicarse procedimientos eficaces de control y seguimiento en los puntos críticos; y, finalmente, se impone una revisión periódica –que se considera imprescindible, por lo menos, cada vez que se modifique la operación que lleva a cabo la empresa del sector alimenticio–, del análisis de los riesgos alimentarios, de los puntos críticos de control y de los procedimientos de control y de seguimiento²¹⁶.

²¹⁵ Según S. MORTIMORE y C. WALLACE, *HACCP. Enfoque práctico*, Editorial Acribia, Zaragoza, 1995, el sistema HACCP se popularizó en España bajo las siglas ARICPC (Análisis de Riesgos, Identificación y Control de Puntos Críticos). Ahora bien, en estos momentos el Ministerio de Sanidad y Consumo utiliza en sus documentos ARPC (Análisis de Riesgos y Control de Puntos Críticos). La OMS, en cambio, en sus documentos en castellano utiliza las siglas APPCC (Análisis de Peligros y Puntos Críticos de Control).

Los orígenes del sistema HACCP se remontan a la década de los años sesenta del siglo XX y tienen una relación directa con el control de la alimentación para astronautas de la NASA en los vuelos espaciales. La Administración de Alimentos y Medicamentos de Estados Unidos (*Food and Drug Administration*, o FDA) desde la década de los 70's hizo obligatorio este sistema para los procesos de conservas acidificadas; en los 80's a la industria pesquera de ese país se le invitó a un programa voluntario de implantación del sistema, y posteriormente se hizo requisito obligatorio para ciertos sectores de la industria de alimentos.

El HACCP fue perfeccionado por la Comisión Internacional de Especificaciones Microbiológicas de Alimentos (ICMSF por sus siglas en inglés), quien elaboró una serie de directrices documentales al respecto. En 1993 la Comisión del *Codex Alimentarius* desarrolló una directiva en la que se recomienda la aplicación del sistema en la industria de alimentos y estandariza la metodología en el seno de los comités internacionales de la institución.

²¹⁶ Sobre este tema véase J. PUIG-DURÁN FRESCO, *Ingeniería, autocontrol y auditoría de la higiene en la industria alimentaria*, Mundi Prensa, Madrid, 1999. Este libro contiene una aproximación práctica de cómo debería ser un programa de higiene basado en estos principios.

El ARPC se basa, pues, en la aplicación, por parte de las empresas alimentarias, de una serie de principios y normas que vienen definidas en documentos que no poseen carácter jurídico y en el autocontrol constante, por parte de la propia organización empresarial, del cumplimiento de tales normas. En la práctica ello se traduce en la necesidad de que las empresas dispongan de protocolos con instrucciones estrictas que describan con claridad los procedimientos empleados para controlar los puntos críticos y los métodos de comprobación y verificación de los mismos.

La implantación del sistema de ARPC ofrece claras ventajas para las empresas alimentarias²¹⁷. Pero también los poderes públicos han advertido su importancia para mejorar el nivel de seguridad que pueden ofrecer los alimentos. La Unión Europea se ha fijado en las grandes ventajas de este sistema para conseguir una armonización de las normas de higiene alimentaria a nivel comunitario. Es por ello que, paulatinamente, se ha ido imponiendo la obligatoriedad de la aplicación de estos principios. En un primer momento, las Directivas relativas a productos cárnicos y productos de la leche, entre otros, establecieron este sistema de autocontrol con carácter voluntario²¹⁸. Esta

²¹⁷ En principio, permite conseguir un nivel de calidad sanitaria a los alimentos superior al que es posible alcanzar mediante la simple aplicación de las normas imperativas aprobadas por los poderes públicos. Si se da suficiente publicidad a la instauración de estos procesos de autorregulación en las empresas, podría contribuir a consolidar su imagen y credibilidad frente a los consumidores, aumentando su competitividad tanto en el mercado interno como en el externo. En cualquier caso, su aplicación contribuye a la reducción de costos y a disminuir sustancialmente la destrucción o reproceso de productos, de lo que resulta un aumento de la productividad total. Algunos autores señalan también que genera ganancias institucionales, como la autoestima e importancia del trabajo en equipo, puesto que las personas involucradas ganan en autoconfianza y aumenta su grado de satisfacción, al saber que la producción de alimentos se realiza con un alto nivel de seguridad. Así, J. PUIG-DURÁN FRESCO, *Ingeniería, autocontrol y auditoría de la higiene...*, op. cit., pp. 16 y ss.

²¹⁸ En concreto, este sistema fue introducido por las siguientes normas: Directiva 64/433/CEE relativa a la comercialización de carnes frescas [modificada por las Directivas 77/99/CEE, 91/497/CEE y 95/5/CEE]; Directiva 88/675/CEE [modificada por la Directiva 94/65/CE] sobre requisitos de producción de carne picada y productos cárnicos; Directiva 91/493/CEE, relativa a los autocontroles sanitarios de los productos pesqueros; Directiva 89/392/CEE [modificada por la Directiva 92/46/CEE] sobre normas sanitarias aplicables a la producción de leche cruda, leche tratada térmicamente y productos lácteos; Directiva 81/602 sobre prohibición de determinadas sustancias de efecto hormonal y tireostático, [modificada por las Directivas 85/358/CEE y 85/649/CEE]; y Directiva 92/492/CEE sobre normas sanitarias aplicables a la comercialización de moluscos bivalvos. Estas Directivas fueron incorporadas a nuestro ordenamiento, respectivamente, por el Real Decreto 1904/1993, de 29 de octubre, por el que se establecen las condiciones sanitarias de producción y comercialización de productos cárnicos y de otros determinados productos de origen animal [modificado por Decreto 218/1999]; el Real Decreto 1916/1997, de 19 de diciembre, por el que se establecen las condiciones sanitarias aplicables a la producción y comercialización de carne picada y preparados de carne; el Real Decreto 1679/1994, de 22 de julio, por el que se establecen las condiciones sanitarias aplicables a la producción y comercialización de leche cruda, leche tratada térmicamente y productos lácteos. También establecían un sistema semejante Real Decreto 2452/1998, de 17 de noviembre, por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria para la elaboración, distribución y comercio de caldos, consomés, sopas y cremas; el Real Decreto 1043/1987, que aprueba la reglamentación técnico-sanitaria para la comercialización del aceite; y el Real

voluntariedad, sin embargo, era más bien aparente, en la medida en que las industrias podían ser sancionadas administrativamente por haber omitido la implantación de estos sistemas de autocontrol si, como consecuencia de su actividad, causaban daños para la salud o la seguridad de los consumidores.

En la actualidad, la Directiva 93/43/CEE sobre la higiene de los productos alimentarios, que fue transpuesta a nuestro ordenamiento por el RD 2207/1995, ha extendido esta obligación a todos los productos alimentarios. El objetivo de esta Directiva consiste en establecer las normas generales de higiene de los productos alimentarios y las modalidades de verificación del cumplimiento de dichas normas. Su ámbito de aplicación comprende todas las empresas que se ocupen de productos alimentarios desde la producción hasta la distribución final²¹⁹. Esta nueva regulación parte de la responsabilidad de las empresas del cumplimiento de las normas de higiene. Se exige a tales empresas, en concreto, que cumplan con las normas de higiene enunciadas en el Anexo de esta Directiva, donde se contiene una descripción de los requisitos que deben cumplir los establecimientos, locales y medios de transporte donde se manipulen o se deban guardar productos alimenticios. Asimismo, las empresas del sector alimenticio indicarán cualquier fase de su actividad que sea determinante para garantizar la seguridad de los alimentos y velarán por que se definan, se pongan en práctica, se cumplan y se actualicen procedimientos de seguridad adecuados, de acuerdo con los principios del sistema HACCP. La no realización de autocontroles puede dar lugar a la retirada o destrucción de los productos alimentarios, o incluso al cierre de la empresa, y puede ser también objeto de sanción²²⁰.

Decreto 618/1998, de 17 de abril, por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria para la elaboración, distribución y comercio de helados y mezclas envasadas para congelar.

²¹⁹ Se justifica la necesidad de extender la aplicación de estos principios a todas las industrias alimentarias para conseguir una homogeneización de los controles y el mantenimiento de un alto nivel de seguridad. Ello venía previsto el Libro Verde sobre alimentación de 1997, según el cual, la mejor forma de conseguir un corpus de legislación coherente en relación con la higiene alimentaria es la aplicación de los principios HACCP a la totalidad de la cadena alimentaria (“desde la producción primaria hasta el punto de consumo”), independientemente del tamaño o tipo de establecimiento. Un breve resumen general del contenido del citado Libro Verde se puede ver en J. L. VALVERDE, J. PIQUERAS GARCÍA, y M. D. CABEZAS LÓPEZ, “La “nouvelle approche” en matière de santé des consommateurs et sécurité alimentaire: la nécessité d’une agence européenne de sécurité des aliments”, *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 4, 1997, pp. 31 y ss.

²²⁰ En este sentido, el artículo 9 de la Directiva establece que: 1. “Si, con ocasión de los controles previstos en el artículo 8, las autoridades competentes detectasen una inobservancia de lo dispuesto en el artículo 3 o, si procede, de cualquier disposición adoptada en virtud del artículo 4, que pudiera comprometer la seguridad o la salubridad de los productos alimenticios, tomarán las medidas pertinentes, entre las que se podrán contar la retirada y/o destrucción del producto en cuestión o el cierre total o parcial de la empresa durante un período conveniente. A fin de determinar el riesgo para la seguridad o la

Para facilitar a las empresas la implantación de este sistema se prevén diversas medidas. Se recomienda, por ejemplo, la elaboración y la adopción voluntaria de guías de prácticas correctas de higiene y la aplicación de sistemas de calidad basados en la norma EN 29000²²¹.

Puesto que, a diferencia de lo que ocurre con las normas técnicas, no existe un organismo reconocido que apruebe estas guías, tanto la Directiva 93/43/CEE, como el RD 2207/1995, fomentan, en sus respectivos ámbitos de actuación, su aprobación, regulando algunos aspectos de su procedimiento de elaboración y su posterior reconocimiento público²²².

salubridad de los productos alimenticios, se deberá tener en cuenta la naturaleza del producto, la forma en que es manipulado y envasado y cualquier otra operación a la que sea sometido antes de su entrega al consumidor, así como las condiciones en las que se exhibe o almacena”. Este precepto no ha sido incorporado explícitamente en el RD 2207/1995, aunque en él si se contemplan otras medidas de carácter coercitivo. En concreto, a tenor del artículo 7 del RD 2207/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas reguladoras de los productos alimenticios, el simple incumplimiento de la realización de los autocontroles por parte de las empresas se considerará, en principio una infracción leve; dicha infracción se califica de grave si la inaplicación de los principios ARPC “pudiera comprometer potencialmente la salud y/o salubridad de los productos alimenticios”; y tendrá la consideración de infracción muy grave “cuando dicho incumplimiento depare riesgos o daños efectivos para la salud de los consumidores”. En general, las infracciones cometidas contra lo dispuesto en el citado Real decreto “tendrán la consideración de infracciones sanitarias, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo IV del Título I de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad”.

²²¹ El artículo 4.1 del RD 2207/1995, por el que se traspone esta Directiva, establece: “Las empresas del sector alimentario podrán utilizar voluntariamente guías de prácticas correctas de higiene como un medio para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 [sistema ARPC de autocontrol]”. Asimismo, según el artículo 5 de la misma norma: “Las autoridades competentes recomendarán a las empresas del sector alimentario la aplicación de las normas europeas de la serie N2900 como actuación complementaria de las normas generales de higiene”.

²²² Así, el artículo 4.2. del Real Decreto 2207/1995, transcribiendo las previsiones de la Directiva comunitaria establece que la elaboración de las guías de prácticas correctas de higiene se llevará a cabo: “a) Por los sectores correspondientes y los representantes de las partes interesadas, entre otras, las autoridades competentes y asociaciones de consumidores; b) En consulta, con otros intervinientes cuyos intereses corren riesgo de verse afectados de manera sustancial; y c) En su caso, teniendo en cuenta los códigos internacionales de prácticas recomendadas en materia de higiene y los principios generales de higiene alimentaria del *Codex Alimentarius*. Por su parte, la Directiva 93/43, añade: “Cuando uno o más Estados miembros o la Comisión consideren que, a efectos de armonización, puede ser necesario elaborar guías de prácticas correctas de higiene a escala europea, denominadas en lo sucesivo «guías europeas de prácticas correctas de higiene», la Comisión consultará a los Estados miembros en el marco del Comité permanente de productos alimenticios, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 14 de la presente Directiva, con vistas a estudiar la conveniencia de dichas guías voluntarias para los sectores o actividades afectados y, cuando consideren que dichas guías son necesarias: indicar el alcance, la materia y el calendario previsto para la elaboración de dichas guías voluntarias, teniendo en cuenta el tiempo necesario para la consulta de los medios cuyos intereses sean afectados de forma sustancial, y encargar la elaboración o valoración de dichas guías voluntarias bajo los auspicios de un organismo europeo de normalización”. Es importante tener en cuenta, sin embargo, que se establece también que: “Al elaborar las guías de prácticas correctas de higiene mencionadas en el apartado 6, se tomarán las medidas necesarias para: *garantizar que la elaboración de dichas guías corra a cargo de representantes de industrias del sector alimenticio y de representantes de otras partes cuyos intereses sean afectados de forma sustancial, como por ejemplo las autoridades competentes y las asociaciones de consumidores;* garantizar que el contenido de las guías sea compatible con los requisitos del artículo 3 y, si procede, con

La misión de las autoridades públicas consiste en verificar que las empresas realizan adecuadamente estos sistemas de autocontrol. Para ello, paralelamente a lo que ocurre con el control de los productos industriales, se establece un sistema de control en cascada. Corresponde a los laboratorios oficiales controlar que las empresas alimentarias realizan debidamente los autocontroles impuestos en la Directiva 93/43/CEE sobre la higiene de los productos alimentarios. A su vez, estos laboratorios deben estar debidamente acreditados, garantizado no sólo su capacidad técnica, sino también la adecuación a determinadas técnicas y procedimientos en la realización de los ensayos. Las autoridades administrativas, mediante la correspondiente autorización de funcionamiento de tales laboratorios, comprueban el cumplimiento de los requisitos formales por parte de éstos.

La actividad de los laboratorios oficiales se encuentra dominado por la autorregulación, por la imposición de innumerables autocontroles internos y por las constantes remisiones a normas y a reglas técnicas, elaboradas por organismos de normalización o por comités científicos reconocidos a nivel internacional.

El RD 1397/1995, de 4 de agosto, por el que se establecen las medidas adicionales sobre el control oficial de productos alimenticios establece, entre otros extremos, los requisitos que deben cumplir los laboratorios, públicos o privados, que pueden participar válidamente en el control oficial de los productos alimenticios. En concreto: “habrán de cumplir los criterios generales de funcionamiento de los laboratorios de ensayo establecidos en la Norma UNE 66501 (que se corresponde a la norma EN 45001) completados con los métodos de trabajo normalizados y la

los códigos internacionales de prácticas recomendadas y los principios generales de higiene alimentaria del *Codex Alimentarius*; garantizar que, por su contenido, dichas guías puedan ser utilizadas en la práctica por los sectores de la industria alimentaria a los que se refieren, y ello en toda la Comunidad; garantizar que se tengan en cuenta todas las guías pertinentes de prácticas correctas de higiene elaboradas con arreglo a lo dispuesto en los apartados 1 a 3; garantizar que todas las partes cuyos intereses sean afectados de forma sustancial por dichas guías, incluidos los Estados miembros, sean consultadas y que se tengan en cuenta sus observaciones. Los títulos y referencias de las guías europeas de prácticas correctas de higiene elaboradas con arreglo al procedimiento de los apartados 6 y 7 se publicarán en la serie C del Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Los Estados miembros garantizarán que la publicación de dichas guías se dé a conocer en sus territorios a los sectores de la industria alimentaria pertinentes y a las autoridades competentes.

En la línea de las recomendaciones contenidas la Directiva 93/43/CEE y en el RD 2007/96, la Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas (FIAB) y el Ministerio de Sanidad se reunieron en 1998 con el objeto de elaborar modelos de trabajo que facilitaran a las empresas la aplicación de este sistema de autocontrol. Para mayores detalles, véase “La industria alimentaria avanza

verificación por sondeo de su cumplimiento por parte del personal de garantía de la calidad” (art. 3). La evaluación del cumplimiento de estos extremos corresponde a una entidad de evaluación –que es una entidad privada, designada por la autoridad competente en materia de control oficial de productos alimentarios- que debe cumplir los criterios generales relativos a organismos de acreditación establecidos en la norma UNE 66503 (que se corresponde con la norma EN 45003). En este reglamento se designa ENAC como entidad de acreditación.

La garantía de la calidad de los ensayos realizados por los laboratorios oficiales se consigue mediante la aplicación de las Buenas Prácticas de Laboratorio (BPL)²²³. Las BPL constituyen un sistema de calidad relacionado con los procesos organizativos y las condiciones bajo las cuales los estudios no clínicos de seguridad sanitaria y medioambiental son planificados, realizados, controlados, registrados archivados e informados. El objetivo de estas normas es asegurar la calidad e integridad de todos los datos obtenidos durante un estudio determinado, especialmente en los ensayos toxicólogos. Deben garantizar la calidad de todos los ensayos no clínicos que se realicen con productos preparados que se ofrezcan a terceros y deben contribuir a la elaboración del informe final, de modo que éste se ajuste a la realidad del ensayo realizado.

En la actualidad, el campo de aplicación de las normas abarca los estudios de evaluación de riesgos potenciales para el hombre y el medio ambiente de productos

en garantías de higiene y seguridad. Cinco sectores presentaron sus aplicaciones del sistema ARCPC”, *Super Aral Lineal*, n.º1306, 1996, p. 10.

²²³ Al igual que el sistema HACCP, las denominadas Buenas Prácticas de Laboratorio (BPL) tienen su origen en la actividad de la *Food and Drug Administration* (FDA) de Estados Unidos. Esta institución se constituyó en 1906 como respuesta a las alteraciones observadas en el envasado de ciertos alimentos y a la muerte, en 1902, de varios niños a causa de reacciones secundarias provocadas por los medicamentos administrados para combatir el tétanos y la difteria. El objetivo inicial de la FDA fue el de regular y controlar todos los parámetros y procesos inherentes a los alimentos y a los medicamentos, tales como las especificaciones analíticas, características químicas, físicas y fisicoquímicas, condiciones de envasado. Fruto de la actividad de esta institución, el 2 de junio de 1938 se firmó la *Food, Drug and Cosmetic Act*, en la que se regulaba, de manera bastante rigurosa, la seguridad e inocuidad de los medicamentos. Esta norma fue objeto de sucesivas ampliaciones hasta el año 1962, momento en el cual se redactaron las primeras *Good Manufacturing Practice* (Normas de Correcta Fabricación) (GMP). Alrededor de 1975 y 1976 la propia FDA, algunos institutos privados y distintas compañías farmacéuticas americanas de gran renombre, detectaron una serie de deficiencias e irregularidades en el desarrollo de los ensayos, que llevaron a los propios laboratorios y centros a solicitar a la FDA una normativa más precisa a fin de corregir y evitar las anomalías observadas. A causa de esta demanda se publicó en el Federal Register de 19 de noviembre de 1976 un proyecto de regulación muy análogo a las GMP que recibió la denominación de *Good Laboratory Practice Regulations for Nonclinical Laboratory Studies* (GLP), conocidas entre nosotros con las siglas BPL (Buenas Prácticas de Laboratorio). Para más información,

químicos, las pruebas preclínicas de productos farmacéuticos, aditivos alimentarios y los estudios de plaguicidas y otros compuestos químicos²²⁴.

Quienes deciden aplicar las BPL a su actividad adoptan voluntariamente unas normas que regulan su actividad interna y deben establecer, en base a ellas, una serie de autocontroles internos. La aplicación de las Buenas Prácticas de Laboratorio implica que dentro de cada centro deberá realizarse una actividad intensa de autorregulación y autocontrol. Así, entre muchos otros aspectos, la dirección del centro o laboratorio deberá asegurarse de que en su centro se hayan confeccionado los Procedimientos Normalizados de Trabajo (conocidos como SOP's, en referencia a su denominación inglesa, *Standard Operating Procedures*) y velar porque se cumplan. Los SOP's son aquellos procedimientos que describen cómo deben realizarse determinados ensayos rutinarios de laboratorio. También deben confeccionarse diversos Protocolos que, según el ámbito de actuación de cada laboratorio, deberán contener las bases para la realización de los estudios con productos químicos, las bases para la toma de muestras, o las bases de diagnóstico. Los Protocolos y los SOP's son la base fundamental de las inspecciones que deberá realizar la Unidad de Garantía de Calidad del centro y, en su caso, son también la base para las inspecciones que pueden realizar organismos externos de control y verificación.

Las BPL han sido objeto de un proceso de armonización desarrollado por los países miembros de la OCDE²²⁵. La existencia de este documento armonizado ha facilitado su implantación obligatoria en aquellos países en los que, hasta fechas muy recientes, estas prácticas podían ser adoptadas voluntariamente por los laboratorios. Así, la Directiva 93/99/CEE del Consejo, de 2 de octubre, sobre medidas adicionales

véase: J. SABATER TOBELLA, y A. VILUMARA TORRALLARDONA: *Buenas practicas de laboratorio (BPL)*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1988, p. 1.

²²⁴ *Las buenas practicas de laboratorio en la industria químico-farmacéutica*, Centro de Investigación y Desarrollo Aplicado, S.A.L. y Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1987, p. 4.

²²⁵ A fin de prevenir una diversificación de programas de aplicación que pudiera dificultar el comercio internacional de sustancias químicas, los países miembros de la OCDE han procurado lograr la armonización internacional de los métodos de ensayo y las buenas prácticas de laboratorio. En 1979 y 1980, un grupo internacional de expertos, establecido conforme al programa especial sobre el control de sustancias químicas, elaboró los denominados "Principios de Buenas Prácticas de Laboratorio de la OCDE" (BPL), basándose en las prácticas y la experiencia de gestión y científicas comunes de diversas fuentes nacionales e internacionales. El Consejo de la OCDE adoptó en 1981 estos principios de BPL, como anexo a la Decisión del Consejo sobre la aceptación mutua de datos sobre la evaluación de sustancias químicas. En 1995 y 1996 se formó un nuevo grupo de expertos para revisar y poner al día los principios.

relativas al control oficial de los productos alimenticios, incorporada a nuestro ordenamiento mediante el Real Decreto 822/1993, de 28 de mayo de 1993, establece la obligatoriedad de las BPL aprobadas por la OCDE para los laboratorios oficiales de control de alimentos. Ello no impide que, para la realización de controles oficiales sobre productos o procesos alimentarios de mayor riesgo no puedan establecerse obligaciones complementarias. Puede establecerse, por ejemplo, que los protocolos a seguir para la toma de muestra o en las bases de diagnóstico deban tomar necesariamente como referencia ciertas reglas técnicas aprobadas oficialmente o reconocidas a nivel internacional²²⁶.

Interesa destacar ahora que, mediante sucesivas modificaciones de estas normas, se ha extendido la obligatoriedad de las BPL a todos los laboratorios oficiales que realizan ensayos no clínicos de seguridad sobre productos farmacéuticos, plaguicidas, cosméticos, medicamentos veterinarios, aditivos utilizados en la alimentación humana y animal, y sustancias químicas industriales²²⁷. Para los ensayos clínicos ya se había

²²⁶ Ello ocurre en el caso de los laboratorios encargados de controlar y vigilar las encefalopatías espongiformes transmisibles de los animales, cuyas obligaciones vienen establecidas en el RD 3453/2000, de 22 de diciembre de 2000. En este caso se establece una distinción entre, por un lado, los laboratorios encargados de realizar las pruebas de detección de la presencia de las ETT y, por el otro, los denominados laboratorios de referencia. Estos últimos tienen la función de: a) Coordinar los métodos y protocolos de diagnóstico entre los laboratorios autorizados para realizar las pruebas de detección de la presencia de las EET, y comprobar periódicamente el uso de dichos métodos y protocolos de diagnóstico; b) Elaborar de los protocolos oficiales de toma de muestras, a desarrollar por las Comunidades Autónomas; c) Elaborar de protocolos oficiales de técnicas analíticas para su desarrollo en los laboratorios autorizados de las Comunidades Autónomas y organizar periódicamente de ensayos colaborativos con los mismos; d) Confirmar los casos positivos o dudosos diagnosticados en los laboratorios autorizados de las Comunidades Autónomas. (art. 3.2.). En cualquier caso en este mismo reglamento se establece reglamentariamente un modelo de protocolo para la toma de muestras (regulado en el Anexo III) y se impone que para el diagnóstico de las muestras de animales sospechosos de EBB o Tembladera y para la confirmación de los positivos o dudosos del Programa de vigilancia activa de EBB, se utilicen las técnicas definidas en el manual de diagnóstico de la Oficina Internacional de Epizootias de su última edición (art. 11). Asimismo, los métodos de análisis deberán basarse en protocolos reconocidos a nivel internacional. En concreto, en el Anexo I de este reglamento establece que : “Los métodos de análisis deberán examinarse en atención a los siguientes criterios: especificidad, exactitud, precisión, repetibilidad y reproducibilidad (...)” Los valores que caractericen la precisión se deducirán de un ensayo colectivo realizado de acuerdo con un protocolo internacionalmente admitido para dicho tipo de ensayo. A título de ejemplo, se recomienda la utilización del protocolo de “Precisión de los métodos en ensayo” publicado por la Organización Internacional de Normalización (ISO 5725/1986). Los valores respectivos de la repetibilidad y de la reproducibilidad se expresarán en una forma reconocida desde el punto de vista internacional (por ejemplo intervalos de confianza del 95 por 100, tal y como se definen en la norma ISO 5725/1986).

²²⁷ Véanse las Directivas 88/320/CEE, de 9 de junio y 90/18/CEE, de 18 de diciembre de 1989, que regulan el procedimiento sobre inspección y verificación de Buenas Prácticas de Laboratorio, modificadas por la Directiva de la Comisión 1999/12/CE, de 8 de marzo de 1999. Estas normas han sido incorporadas a nuestro ordenamiento por el RD 2043/1994; la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 14 de abril de 2000; y el Real Decreto 1369/2000, de 19 de julio de 2000. En ellas se establecen, no sólo las obligaciones que corresponden a los laboratorios oficiales y, en concreto, la obligación de realizar los

impuesto con anterioridad la obligación de respetar las BPL. En este caso, sin embargo, las BPL son aprobadas formalmente por la Administración Pública y, en concreto, por la Agencia Española del Medicamento²²⁸.

Según la definición ofrecida por la Ley 25/1990, se entiende por ensayo clínico toda evaluación experimental de una sustancia o medicamento, a través de su administración o aplicación a seres humanos. Debido a los riesgos para la salud de las personas que pueden derivarse de estos experimentos y las consecuencias éticas de los mismos, todo ensayo clínico requiere: la protocolización del ensayo²²⁹; la evaluación de dicho protocolo por parte de un Comité ético acreditado que asegure que se respetan los derechos fundamentales de la persona y los postulados que afectan a la investigación biomédica con seres humanos²³⁰; el cumplimiento de las BPL y las normas de buena

autocontroles derivados de la aplicación de las BPL, sino también los procedimientos de control de la Administración pública sobre el cumplimiento de dichas obligaciones.

²²⁸ Así, el artículo 11 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre de 1990, del Medicamento establece que “los estudios y análisis de las especialidades farmacéuticas se ajustarán a las buenas prácticas de laboratorio [BPL] y clínica [BPC] establecidas”. Asimismo, de acuerdo con el artículo 26 de la misma Ley, “la autorización de una especialidad farmacéutica podrá ser suspendida temporalmente o revocada si el laboratorio fabricante no cumple las BPL”. La concreción de estas obligaciones se encuentra regulada en el RD 561/1993, de 16 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos de medicamentos. Como hemos advertido, la aprobación de las BPL y las BPC corresponde al Ministerio de Sanidad a través de la Agencia Española del Medicamento, cuyo estatuto ha sido aprobado por Real Decreto 520/1999 de 26 de marzo de 1999.

²²⁹ Según el art. 8 del RD 561/1993, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos de medicamentos, las características de un ensayo clínico deben estar íntegramente definidas en un protocolo, y la realización del ensayo se ajustará al contenido del protocolo. En este mismo precepto se define como protocolo “el documento que establece la razón de ser del estudio, sus objetivos, diseño, metodología y análisis previsto de sus resultados así como las condiciones bajo las que se realizará y desarrollará el ensayo”. El contenido mínimo de los protocolos es el siguiente: Resumen; Índice; Información general; Justificación y objetivos; Tipo de ensayo clínico y diseño del mismo; Selección de los sujetos; Descripción del tratamiento; Desarrollo del ensayo y evaluación de la respuesta; Acontecimientos adversos; Aspectos éticos; Consideraciones prácticas; Análisis estadístico; Cuaderno de recogida de datos; Manual del investigador; Procedimientos normalizados de trabajo; Memoria analítica de las muestras a utilizar”. El contenido de cada uno de estos apartados queda descrito a título orientativo en el anexo I de este Real Decreto.

²³⁰ Según el art. 60 de la Ley del Medicamento, todos los ensayos estarán sometidos a una autorización administrativa previa, en la que se comprobará el respeto de las siguientes exigencias: 1. No podrá iniciarse ningún ensayo clínico en tanto no se disponga de suficientes datos científicos y en particular, ensayos farmacológicos y toxicológicos en animales, que garanticen que los riesgos que implica en la persona en que se realiza son admisibles; 2. Los ensayos clínicos deberán realizarse en condiciones de respeto a los derechos fundamentales de la persona y a los postulados éticos que afectan a la investigación biomédica en la que resultan afectados seres humanos, siguiéndose a estos efectos los contenidos en la declaración de Helsinki y sucesivas declaraciones que actualicen los referidos postulados; 3. Sólo se podrá iniciar un ensayo clínico si existe duda razonable acerca de la eficacia y seguridad de las modificaciones terapéuticas que incluye; 4. Deberá disponerse del consentimiento libremente expresado, preferiblemente por escrito, o en su defecto, ante testigos, de la persona en la que haya de realizarse el ensayo después de haber sido instruida por el profesional sanitario encargado de la investigación sobre la naturaleza, importancia, alcance y riesgos del ensayo y haber comprendido la información.

práctica clínica (BPC)²³¹. A su vez, las BPL y las BPC exigen, como hemos visto con anterioridad, la existencia de procedimientos normalizados de trabajo y de protocolos más concretos para cada una de las actividades que se realizan dentro del centro de investigación correspondiente²³².

El art. 64 de la misma Ley, relativo a los comités éticos de investigación clínica, establece que: “1. Ningún ensayo clínico podrá ser realizado sin informe previo de un Comité Ético de Investigación clínica, independiente de los promotores e investigadores y debidamente acreditado por la Autoridad Sanitaria competente que habrá de comunicarlo al Ministerio de sanidad y consumo. 2. El comité ponderará los aspectos metodológicos, éticos y legales del protocolo propuesto, así como el balance de riesgos y beneficios anticipados dimanantes del ensayo. 3. Los comités éticos estarán formados, como mínimo, por un equipo interdisciplinario integrado por médicos, farmacéuticos del hospital, farmacólogos clínicos, personal de enfermería y personas ajenas a las profesiones sanitarias de las que al menos una será jurista”. A su vez, el RD 561/1993, de 16 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos de medicamentos concreta que los Comités Éticos de Investigación clínica deberán estar debidamente acreditados por parte de la autoridad sanitaria competente en cada Comunidad Autónoma, que habrá de comunicarlo al Ministerio de Sanidad, puesto que éste es el órgano encargado de establecer los requisitos comunes para la acreditación de Comités..

²³¹ Paralelamente a la definición de las BPL, las BPC, según el art. 17 del RD, de 16 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos de medicamentos: “1. Son aquellas normas según las cuales los ensayos clínicos son diseñados, realizados y comunicados de modo que se asegure que los datos son fiables y que se protegen los derechos y la integridad de los sujetos, manteniendo la confidencialidad de sus datos; 2. Las normas de buena práctica clínica señalan las responsabilidades de los diferentes implicados en cada una de las fases de planificación y ejecución de un ensayo clínico y requieren la existencia de unos procedimientos preestablecidos por escrito que se apliquen de forma sistemática en la organización, dirección, recogida de datos, documentación y verificación de los ensayos clínicos (procedimientos normalizados de trabajo)”.

²³² Estas previsiones, reguladas, con carácter general en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre de 1990, del Medicamento y en el RD 561/1993, de 16 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos de medicamentos, se encuentran también concretadas en diversas disposiciones reglamentarias que repiten todas o algunas de estas obligaciones para ensayos particulares o para actividades médicas que requieren el uso de nuevas tecnologías. A título de ejemplo pueden citarse las siguientes: La existencia de protocolos y el carácter preceptivo del dictamen de un Comité ético también se impone obligatoriamente en para los tratamientos de radioterapia y a la utilización de equipos de rayos X por razones de investigación médica o biomédica [RD 1566/1998, de 17 de julio, por el que se establecen los criterios de calidad en radioterapia y RD 1976/1999, de 23 de diciembre de 1999, por el que se establecen los criterios de calidad en radiodiagnóstico]; y para la extracción de órganos de donantes vivos [RD 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos]. En los casos analizados el dictamen del Comité ético es preceptivo, pero no vinculante. En cambio, para la utilización para fines médicos de productos destinados a la investigación clínica se requiere un dictamen favorable de estos Comités éticos [RD 634/1993, de 3 de mayo, por el que se establecen las normas sobre condiciones de los productos sanitarios implantables activos].

La existencia de protocolos es obligatoria también para el establecimiento de las condiciones de utilización clínica de tejidos humanos [RD 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización clínica de tejidos humanos]; para la determinación de los criterios de aceptación y exclusión de las muestras de sangre obtenidas mediante hemodonación [RD 1854/1993, de 22 de octubre, por el que se determinan, con carácter general, los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y bancos de sangre]; y para el estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción asistida [RD 412/1996 y 413/1996, por los que se establecen las condiciones de autorización de los centros de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana]. En estos casos, la existencia de Comités éticos no viene impuesta reglamentariamente, a pesar de que muchos centros disponen de ellos con carácter voluntario. También se viene imponiendo el recurso a los dictámenes no vinculantes de comités éticos, de protocolos y de buenas prácticas en todas las actividades relacionadas con la investigación clínica e, incluso, con la propia actividad médica. En estos casos, parece que estas reglas técnicas son tenidas como obligatorias por los profesionales, en base a la autoridad científica de quien las ha elaborado.

Con la implantación obligatoria de los sistemas de calidad en el ámbito alimentario, en el ámbito de actuación de los laboratorios oficiales y en el ámbito de la investigación clínica, se pretende disminuir los riesgos contra la salud. Pero existen también muchos otros sistemas de calidad que, adaptándose a cualquier actividad empresarial, pueden mejorar la gestión empresarial y, al mismo tiempo o complementariamente, disminuir los riesgos contra el medio ambiente.

El sistema más simple para conseguir este objetivo se basa en la adopción de Buenas Prácticas Ambientales. En cualquier actividad empresarial es posible introducir pautas que mejoren la relación existente entre el medio ambiente y la empresa. Casi todas las pequeñas actividades que tienen lugar en el seno de una empresa -desde la contratación de los suministros de agua, luz y electricidad o la limpieza de sus instalaciones- y, también, naturalmente, las actividades relacionadas con la elaboración de productos, la prestación de servicios o la eliminación de residuos, son susceptibles de ser realizadas de acuerdo a prácticas respetuosas con el medio ambiente.

De acuerdo con la filosofía que inspira la gestión de la calidad empresarial, cada vez son más los empresarios que se deciden a elaborar planes propios de minimización de residuos y emisiones o a adaptar a sus estructuras actuaciones más respetuosas con el medio. Estas iniciativas podrían englobarse bajo la denominación de “Buenas Prácticas ambientales”. Para facilitar la adopción de estas iniciativas empresariales, diversas Administraciones Públicas publican guías o manuales de buenas prácticas²³³. También

²³³ Entre estas iniciativas destaca la de la Generalitat Valenciana que, desde la Dirección General de Educación Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente, editó en 1998 una pequeña guía sobre *Las buenas prácticas medioambientales*, con el objeto de minimizar el impacto ambiental de las actividades cotidianas de la industria, el comercio, los mercados, el transporte y la hostelería. También el Ministerio de Administraciones Públicas, junto con el Instituto de Diversificación y Ahorro de la Energía del Ministerio de Industria y Energía, ha publicado el *Manual de buenas prácticas para la utilización de equipos informáticos de forma energéticamente eficiente*, Madrid, 1996. Otra iniciativa de este tipo es la promovida por la Consejería de medio Ambiente del Gobierno Balear que, dentro del Programa ECOTUR (Ecología y Turismo) promueve la elaboración y promoción de una serie de *Guías de Buenas Prácticas Medioambientales* para todo tipo de instalaciones turísticas.

Mayor envergadura posee el *Manual Media* (Minimización Económica del Impacto Ambiental), editado en 1993 por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Este Manual ha tomado como referencia el Manual elaborado por el por el Grupo PREPARE (*Preventive Environmental Approaches In Europe*); el *Waste Minimization Opportunity Assessments Manual*, publicado por la *Environmental Protection Agency* (EPA de Estados Unidos), y el *Preventive Environmental Protection Approaches in Europe*, publicado por el Ministerio de Economía Holandés. Se recogen en estos documentos las prácticas comúnmente aceptadas sobre la minimización de los riesgos ambientales en empresas.

existen publicaciones de este tipo promovidas por iniciativas privadas²³⁴. La adaptación de estas prácticas respetuosas con el medio ambiente puede tildarse de autorregulación en la medida en que comporta la autoimposición de una serie de pautas de conducta ordenadas a mejorar la gestión empresarial. A diferencia de los sistemas más complejos de autorregulación, sin embargo, no comporta ningún reconocimiento, público ni privado, que sirva para otorgar un valor de diferenciación de la empresa en el mercado. Sin embargo, la implantación de buenas prácticas de gestión en una empresa facilita la posterior aplicación a la misma de un sistema de gestión de calidad o de un sistema de gestión medioambiental.

Los sistemas de gestión de la calidad son sistemas de autorregulación y autocontrol de los procesos industriales. En la práctica, existen tantos sistemas de calidad como empresas²³⁵. Sin embargo, para que las empresas que tienen su sistema de calidad particular consigan un reconocimiento en el mercado, necesitan adaptarlo a los sistemas de calidad más conocidos universalmente. Para ello, deben adecuar su propio sistema a los sistemas de calidad regulados por concretas normas técnicas, aprobadas por organismos privados de normalización reconocidos. El sistema de calidad más conocido es el ISO 9000. Este modelo fue creado por ISO (*International Organization for Standardization*) y se describe en las normas de la serie ISO 9000, que tiene su equivalente europeo en las EN 29000 y en España en las UNE 69900²³⁶.

La norma UNE 66900 define un sistema de calidad como el “conjunto de estructura de la organización, de responsabilidades, de procedimientos, de procesos y de recursos que se establecen para llevar a cabo la gestión de la calidad”.

²³⁴ La Fundación privada “Institut Ildefons Cerdà”, con la colaboración de diversas entidades públicas y privadas publicó en 1992 el *Manual de Minimización de Residuos y Emisiones Industriales*, que incluye tres tomos dedicados, respectivamente, al “Plan de Minimización”; las “Auditorías Orientadas a la Minimización” y las “Buenas Prácticas”.

²³⁵ Como muestra, un botón: en España se fundó, en 1997, la Asociación para la Calidad del Turismo Rural, que aprobó una “Norma de Calidad” específica para las casas rurales. Esta asociación está financiada por la Dirección General de Turismo y pretende implantar la norma de calidad mencionada mediante la ayuda de una empresa externa de evaluación. Para más información, véase: <http://www.fundacion-cajarioja.es/acd/quienessomos.html>.

²³⁶ Aunque los sistemas de calidad ISO 9000 son los que mayor reconocimiento poseen en el mercado, existen también otros sistemas o modelos. El modelo de evaluación de calidad Malcom Baldrige es el que se utiliza para medir el grado de desarrollo de los sistemas de calidad de las empresas que se presentan al premio Malcom Baldrige, el premio de calidad más importante de Estados Unidos.

Las empresas que deciden implantar un sistema de calidad en su gestión y organización ordinaria de acuerdo a estos sistemas aceptan voluntariamente el cumplimiento de las mencionadas normas técnicas. En cumplimiento de estas normas, deben adaptar todas sus técnicas, procesos, y estructuras de organización a las pautas fijadas por la norma de referencia. Ello les obliga a definir los objetivos de calidad de la empresa, describir por escrito, en un libro o manual propio, los procedimientos para cada una de sus actividades, realizar actividades de formación del personal, someter sus productos a ensayos periódicos, y un largo etcétera. Asimismo, deben realizar diversas auditorías internas para comprobar que la implantación de los procedimientos y, en general, todo el sistema de calidad, funciona según lo escrito en los libros de calidad y que el sistema de calidad es adecuado para el logro de los objetivos que se ha propuesto la organización. Finalmente, para obtener el certificado de calidad ISO 9000, deben someterse a las auditorías externas, realizadas por el organismo certificador correspondiente. Normalmente se realizan varias auditorías externas, una antes de obtener el certificado y, posteriormente, una auditoría anual durante los próximos tres años para comprobar que el sistema de calidad sigue conforme a la normativa ISO.

Paralelamente al sistema de calidad de la ISO 9000, existe el sistema de gestión de la calidad ambiental, regulado en las normas de la ISO 14000 (que se corresponden, en su versión española, a las normas UNE 77801). Las bases del sistema son las mismas, sólo que la ISO 14000 pone especialmente el acento en la adecuación de los procesos industriales a las pautas necesarias para mejorar la relación entre la empresa y el medio ambiente. La certificación privada de la adecuación a las normas ISO 14000 tiene la misma finalidad que la obtención de la marca “AENOR-Gestión ambiental”, destinada a distinguir a aquellas empresas que han obtenido la certificación de su sistema de gestión medioambiental de acuerdo con la norma UNE 77801²³⁷.

La implantación de un sistema de calidad por parte de las empresas responde a la necesidad de autorreflexión interna sobre su situación en el mercado, su situación frente a los accionistas y frente a los poderes públicos. Desde un estricto punto de vista

Estos aspectos se encuentran detalladamente analizados en A. BADIA y S. BELLIDO, *Técnicas para la gestión de la calidad*, op. cit., pp. 40 y ss.

²³⁷ Para más información, véase. V. ÁLVAREZ GARCÍA, “La protección del medio ambiente mediante las técnicas de la normalización industrial y de la certificación”, *REDA*, n.º105, 2000, pp. 59 y ss.

empresarial, la implantación de un sistema de calidad es una forma de evitar a la empresa las incidencias negativas provocadas por la exigencia de responsabilidades legales; es una forma de tranquilizar a los accionistas; y es también una forma de vender mejor sus productos en el mercado²³⁸. Sin embargo, en la medida en que, por definición, un sistema de calidad comporta la superación de los mínimos legales de protección de ciertos bienes, su implantación resulta también de sumo interés para los poderes públicos.

Como muestra de ello, la Unión Europea ha dado un impulso determinante en la implantación de estos sistemas de calidad en las empresas, mediante la aprobación del Reglamento CEE 1836/93/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1993²³⁹, recientemente modificado por el Reglamento 76/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS)²⁴⁰.

Aunque el vigente reglamento EMAS no concreta el tipo de empresas a las que les es aplicable el sistema de gestión y auditoría medioambientales, el Reglamento de 1993 circunscribía su aplicación a las empresas del sector industrial²⁴¹. Ello explica que durante su periodo de vigencia, determinadas Comunidades Autónomas ampliasen el ámbito de aplicación del EMAS a otros sectores distintos de los industriales²⁴².

²³⁸ En este sentido, los sistemas de calidad conectan directamente con la noción de responsabilidad social que hemos expuesto con anterioridad y con las reflexiones teóricas acerca de los beneficios empresariales de una actuación responsable. Sobre ello véase: R. MARTÍN MATEO, “La ecoauditoría”, *Boletín de Estudios Económicos*, n.º 150, 1993, pp. 489 a 502.

²³⁹ DOCE L 168 de 10 de julio de 1993.

²⁴⁰ DOCE 114, de 24 de abril de 2001. Un excelente trabajo sobre el sistema EMAS, en el que se pone directamente en conexión la ecogestión y la ecoauditoría con la corresponsabilización de las empresas en la protección del medio ambiente y con la noción de autorregulación es el realizado por A. NOGUEIRA LÓPEZ, *Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, en especial, pp. 75 y ss. Esta perspectiva está también presente en R. MARTÍN MATEO, *Nuevos instrumentos...*, op. cit., pp. 108 y ss.

²⁴¹ El Reglamento 1836/93 limitaba su ámbito de aplicación a las actividades industriales de la sección C (industrias extractivas) y D (actividades manufactureras) del Reglamento 3037/1990, de 9 de octubre [DOCE L 293, de 24 de octubre de 1990]; y a las actividades relacionadas con la producción de electricidad, gas, vapor y agua caliente, y el reciclado, tratamiento, destrucción o eliminación de residuos sólidos o líquidos (art. 2). Sin embargo, preveía su expansión a otros ámbitos o sectores, ya que establecía que “los Estados miembros podrán aplicar, experimentalmente, en sectores distintos de los industriales, como por ejemplo, en el del comercio y de los servicios públicos, disposiciones análogas al presente sistema de ecogestión y ecoauditoría” (art. 14).

²⁴² Pueden citarse al respecto: el Decreto 81/1997 de las Islas Baleares, por el que se regula la implantación de un sistema voluntario de gestión y auditorías ambientales en los Centros Turísticos de las

Ha sido, por un lado, la constatación de que mediante la implantación de las normas ISO 14000 se satisfacían importantes objetivos ambientales y, por otro lado, la consideración de la responsabilidad que tienen las empresas en la consecución de tales fines, lo que ha impulsado a la Unión Europea a desarrollar este sistema. Los empresarios que se someten a este sistema deben adecuar todos los procesos de producción a la norma EN ISO 14001:1996, de acuerdo con la remisión expresa a las mismas contenida en el Anexo I del Reglamento EMAS.

Según el artículo 1.1 del Reglamento EMAS, el sistema de ecogestión y ecoauditoría “permite la participación con carácter voluntario de organizaciones, para la evaluación y mejora del comportamiento medioambiental de dichas organizaciones y la difusión de la información pertinente al público y otras en partes interesadas”. Para conseguir este objetivo se requiere (art. 1.2): a) el establecimiento y aplicación, por parte de las organizaciones, de políticas, programas y sistemas de gestión ambiental según se describe en el Anexo I. b) la evaluación sistemática, objetiva y periódica del funcionamiento de tales sistemas según se describe en el Anexo I. c) la difusión de información sobre comportamiento medioambiental y el diálogo abierto con el público y otras partes interesadas; y d) la implicación activa del personal en la organización, así como una formación profesional y una formación permanente adecuadas que permitan la participación activa en los trabajos mencionados en la letra a). Cuando así lo soliciten, participarán también los representantes del personal”.

El sistema comunitario se basa, pues, en el establecimiento de una política medioambiental para toda la empresa que, respetando los requisitos y condiciones de todas las prescripciones normativas vigentes, habrá de fijar “los objetivos generales y principios de acción de una empresa con respecto al medio ambiente, incluidos el cumplimiento de todos los requisitos reglamentarios relativos al medio ambiente, comprometiéndose a “mejorar de manera continua el comportamiento medioambiental” (art. 2.a). Con ello queda claro que este sistema comporta una minimización de los

Islas Baleares; el Decreto 185/1999, de 17 de junio, de Galicia, por el que se aprueba el procedimiento para la aplicación en el sistema voluntario de gestión y auditoría ambiental, que amplía el ámbito de aplicación del EMAS a las empresas que operen en la producción de electricidad, gas, vapor y agua caliente, y el reciclado, tratamiento, destrucción o eliminación de residuos sólidos o líquidos; y la Orden de la Comunidad de Madrid 1306/1999, 15 abril, sobre ampliación del Sistema Comunitario de Gestión y Auditorías Medioambientales, con carácter experimental, a las empresas constructoras, los centros

riesgos ambientales mucho más efectiva que la que resultaría alcanzable con la estricta aplicación de las normas jurídicas. No sólo porque deben respetarse en todo caso los requisitos reglamentarios, sino también porque se impone el cumplimiento de normas técnicas, que establecen requisitos más severos de protección ambiental, y porque se impone a las empresas una mejora continua de su comportamiento ambiental.

La política medioambiental de la empresa se concreta para cada uno de los centros que la integran en un programa medioambiental, consistente en “una descripción de las medidas (responsabilidades y medios) adoptadas o previstas para lograr los objetivos y metas medioambientales y los plazos para alcanzarlos” (art. 2.h). Las previsiones de estos programas se materializan en el establecimiento de un sistema de gestión medioambiental, aplicable a todas las actividades del centro. Este elemento se define como “la parte del sistema general de gestión que incluye la estructura organizativa, las actividades de planificación, las responsabilidades, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos para desarrollar, aplicar, alcanzar, revisar y mantener la política medioambiental” (art. 2.k)

El funcionamiento del sistema de ecogestión se controla mediante las correspondientes ecoauditorías. Estas son “un instrumento de gestión que comprende una evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva del comportamiento de la organización, del sistema de gestión y de los procedimientos destinados a proteger el medio ambiente con la finalidad de: facilitar el control operativo de las prácticas que pueden tener un impacto sobre el medio ambiente; evaluar el cumplimiento de la política medioambiental de tal organización, en especial sus objetivos y metas medioambientales” (art. 2.l)²⁴³. La auditoría medioambiental podrá ser realizada por

comerciales, las instalaciones de ocio, hoteleras y turísticas, las oficinas técnicas de ingeniería y las administraciones públicas.

²⁴³ Esta definición contenida en el Reglamento EMAS se corresponde con la ofrecida por la Cámara Internacional de Comercio, publicada en 1989 y que, a su vez, recoge las principales notas del concepto de auditoría ambiental que hizo público en 1986 la *Environmental Protection Agency* (EPA) de Estados Unidos. Para la EPA, “la auditoría ambiental es una revisión sistemática, documentada, periódica y objetiva, efectuada por entidades sujetas a regulación oficial, de las operaciones, prácticas, procedimientos industriales de una planta, instalación o establecimiento, con miras a cerciorarse de si están de acuerdo con las normas ambientales”. Se ha señalado acertadamente que “este tipo de auditorías no son diferentes en cuanto a su enfoque, o análisis previo, de cualquier otro trabajo de auditoría interna”: E. HEVIA, “La auditoría interna y la gestión medioambiental”, *Auditoría Interna*, n.º 53, 1998, p. 14. La relación entre las auditorías ambientales y las auditorías internas tradicionales, su alcance y la metodología para su realización práctica se exponen también en L. ESCANCIANO MONTOUSE, P. RIESGO FERNÁNDEZ y I. POLA ALONSO, “Encuadre y Desarrollo de la Auditoría Medioambiental:

auditores pertenecientes a la propia empresa, esto es, auditores internos, o por personas u organismos externos que actúen por cuenta de la empresa. Aunque el Reglamento EMAS no exige la acreditación de los auditores ambientales, resulta obvio que, en la contratación por parte de las empresas de auditores externos, este requisito será tenido en cuenta por las mismas como garantía de su profesionalidad²⁴⁴.

La ecoauditoría deberá venir acompañada de una declaración medioambiental en la que se expresarán los resultados medioambientales obtenidos en ella, con el objetivo de servir para información del público, en forma resumida y comprensible. Hasta este momento, no admite discusión alguna que la aplicación de este reglamento comporta una intensa actividad de autorregulación de la empresa, que se somete voluntariamente a normas técnicas, debe aprobar normas propias para aplicar adecuadamente las primeras, debe realizar una serie de autocontroles y debe someterse a controles externos, realizados por sujetos privados –los auditores ambientales–.

Al final de este proceso, la correcta aplicación de este sistema de autorregulación debe ser verificada y certificada también por un sujeto privado. En concreto, la declaración ambiental deberá ser validada por un verificador medioambiental independiente, previamente acreditado por un organismo de acreditación autorizado en cada Estado miembro²⁴⁵.

la Ecoauditoría”, *Auditoría Interna*, n.º 37, 1994, pp. 11 a 17. También inciden en estos aspectos D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ y P. T. NEVADO MORENO, “Evaluación de los sistemas de ecogestión: la auditoría ambiental, análisis y régimen jurídico”, *RDUyMA*, n.º 155, 1997, pp. 167 a 209.

Más en concreto, R. MARTÍN MATEO, “La ecoauditoría”, op. cit, p. 491, señala que “las ecoauditorías participan del complejo de análisis evaluadores a los que las empresas en general se vienen sometiendo voluntariamente para clarificar y ponderar sus actividades al objeto de conocer mejor la situación de la empresa, y mejorar los resultados de su gestión”.

²⁴⁴ Ello refuerza la idea que hemos apuntado con anterioridad, al referirnos a las funciones de la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC). La acreditación es un instrumento pensado fundamentalmente para garantizar la capacidad técnica y la profesionalidad de unas organizaciones o sujetos privados, con posterioridad, van a servir de apoyo directo, por un lado, a las empresas y, por el otro, a la Administración, en la función de prevención de riesgos para el medio ambiente y para la salud y la seguridad de los consumidores y usuarios. Profundizando en ello, como acertadamente destaca J. ESTEVE PARDO, en *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 94: “(...) el valor y reconocimiento de la ecoauditoría dependerá exclusivamente de la profesionalidad, rigor, objetividad e independencia de los auditores y de la solvencia y prestigio o imagen adquirida por el auditor”.

²⁴⁵ Según la definición contenida en el propio reglamento, los verificadores medioambientales son los agentes de validación y de seguimiento de las declaraciones medioambientales que realicen las industrias que se adhieran a dicho sistema. Las entidades acreditadoras son las encargadas de acreditar a los verificadores en un determinado ámbito material y territorial. Hemos analizado ya con anterioridad cómo se regula, en la LI y en el RICSÍ las funciones y el sistema de acreditación de los verificadores ambientales.

El paralelismo existente entre este sistema público y los sistemas privados de gestión ambiental permite que algunas de sus fases sean intercambiables. En concreto, si una empresa dispone de una certificación privada del cumplimiento de un sistema ISO 14000, o equivalente, para obtener el reconocimiento comunitario, debe solamente someter dicho sistema a la verificación de los requisitos contenidos en el EMAS en aquellos aspectos no contemplados por el sistema privado de certificación²⁴⁶. En este caso la tarea del verificador deberá consistir en verificar que se cumplen los requisitos exigidos por el reglamento EMAS no cubiertos por las normas reconocidas²⁴⁷.

De acuerdo con lo que venimos sosteniendo, en la medida en que la actividad de los verificadores sirve de complemento al correcto ejercicio de la gestión de riesgos ambientales asumida como una responsabilidad empresarial, entendemos que la intervención de estos sujetos es también una manifestación más de la autorregulación. No es relevante, a estos efectos, que la actividad de los verificadores consista, no sólo en la comprobación de la adecuación de la declaración ambiental a las normas técnicas en las que se basa el sistema EMAS, sino también en la comprobación de la observancia, por parte de la empresa, de las normas jurídicas vinculantes relativas al control de la contaminación y a la protección del medio ambiente²⁴⁸. Precisamente es esta actividad del verificador en el ámbito reglamentario la que permite atribuir efectos

La figura de los verificadores ambientales ha sido analizada con detalle, incluyendo una comparación de la regulación de estos sujetos en España y en Alemania, por M. TARRÉS VIVES, en “Los sujetos privados en la gestión y auditoría medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la *Umweltdauditgesetz* alemana”, *RAP*, n.º 145, 1998, pp. 503 a 542.

²⁴⁶ Artículo 9.1 reglamento EMAS: “Se considerará que las organizaciones que apliquen normas europeas o internacionales para cuestiones de medio ambiente incluidas en el EMAS y dispongan de un certificado con arreglo a los procedimientos pertinentes de certificación, que acredite el cumplimiento de dichas normas, cumplen con los requisitos correspondientes del presente reglamento”, siempre que las normas y los requisitos de acreditación exigidos a los organismos de certificación estén reconocidos por la Comisión”.

La complementariedad entre los sistemas privados de gestión medioambiental y ecoauditoría, basados en normas técnicas y los sistemas públicos, contenidos en el Reglamento EMAS, se encuentra detalladamente analizada por L. M^a. BREMOND Y TRIANA, “El sistema comunitario de Ecogestión y Auditoría Ambiental, hoy”, en *Observatorio Medioambiental*, n.º1, 1998, pp. 233 y ss.

²⁴⁷ En realidad, lo que parece que se equipara es la ecogestión y ecoauditoría, pero no se exige a la empresa de la verificación ni el registro. En todo caso, se facilita la realización de tales actividades y el acceso registral. Artículo 9.2 reglamento EMAS: “Para poder ser incluidas en el registro EMAS, las organizaciones a que se refiere el apartado 1 deberán demostrar al verificador medioambiental que cumplen los requisitos no cubiertos por las normas reconocidas”.

²⁴⁸ Ello explica, como acertadamente advierte M. TARRÉS VIVES [“Los sujetos privados en la gestión y auditoría...”, op. cit., p. 518], que los verificadores ambientales se hayan ubicado, en el apartado del RICSÍ relativo a la “infraestructura acreditable para la seguridad industrial”. Por nuestra parte ya hemos advertido que consideramos que la separación entre el ámbito de la calidad y de la seguridad establecida en la LI y en el RICSÍ es totalmente artificial, produce problemas innecesarios de

públicos al sistema de ecogestión y ecoauditoría. Para empezar, a partir de la certificación emitida por el verificador ambiental, el organismo competente designado en cada estado miembro procederá al registro del centro una vez haya recibido la declaración ambiental validada²⁴⁹.

La actividad de fomento de los poderes públicos respecto de este sistema se concreta en la concesión de un logotipo a las organizaciones que participen en el EMAS, cuyas condiciones de utilización vienen reguladas en el artículo 8 del Reglamento comunitario. Además, se prevé un sistema de promoción del EMAS a escala comunitaria y a escala estatal²⁵⁰. Como medidas específicas para llevar a cabo esta promoción se prevé: la existencia de fondos de apoyo; el reconocimiento de las entidades adheridas al sistema en la contratación pública; el establecimiento de medidas de asistencia técnica; y, destacadamente, la posibilidad de reducir algunos controles administrativos (art. 11).

comprensión y no responde a la articulación actual de las funciones de gestión de riesgos asumidas, de forma compartida, entre los sujetos privados y la Administración.

²⁴⁹ Según el Real Decreto 85/1996, de 26 de enero, por el que se traspone al derecho español el Reglamento CEE 1836/93, que regula el sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales, en su artículo 1 establece que “1. Los organismos competentes a que hace referencia el Reglamento (CEE) 1836/93, del Consejo, de 29 de junio, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales serán designados por las Comunidades Autónomas; 2. Asimismo, dentro de la Administración General del Estado, se designa como organismo competente, con carácter subsidiario, a la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Vivienda del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente”. A nivel autonómico poseen la consideración de organismos competentes para el registro de las empresas adheridas al sistema EMAS, entre otros, los siguientes: la Dirección General de Protección Civil y ambiental de la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Agua de Murcia (art.2 del Decreto 89/1996, de 22 de noviembre, de la Región de Murcia, por el que se regula la atribución de competencias en materia de etiquetado ecológico y auditorías ambientales); El Viceconsejero de Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de Canarias (art. 2 del Decreto 238/1997, de 30 de septiembre, de Canarias, sobre auditorías medioambientales); la Dirección General de Educación y Prevención Ambiental, adscrita a la Consejería de Medio ambiente y desarrollo regional (art. 1 del Decreto 112/1997, de 11 de septiembre, de la Comunidad de Madrid, sobre el procedimiento para la adhesión voluntaria de las empresas del sector industrial al sistema comunitario de gestión y auditorías ambientales); la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental, adscrita a la Consejería de Medio Ambiente de Galicia (art. 7 del Decreto 185/1999, de 17 de junio, de Galicia, por el que se regula el procedimiento para la aplicación del sistema voluntario de gestión y auditoría ambiental).

²⁵⁰ Art. 12: “Todo Estado miembro deberá adoptar las medidas necesarias para velar por que: a) las organizaciones estén informadas del contenido del presente Reglamento; b) el público esté al corriente de los objetivos y elementos principales del EMAS. Los Estados miembros recurrirán, cuando convenga, en colaboración con las asociaciones profesionales y de defensa del consumidor, las organizaciones medioambientales, los sindicatos y entes locales, entre otras entidades, en particular, a publicaciones profesionales, prensa local, campañas de promoción u otros medios operativos para dar a conocer el EMAS de una forma generalizada”.

Esta última posibilidad se ha materializado en la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de Intervención Integral de la Administración Ambiental, cuyo art. 44.1. prevé un excepcional régimen de exclusión de la intervención administrativa inspectora y del control administrativo ordinario. Dicho precepto establece que quedan exentas de las actuaciones públicas de control periódico de carácter ambiental las actividades industriales acogidas al sistema de ecogestión y ecoauditoría de la Unión Europea.

Este ejemplo legislativo supone la atribución de indiscutibles efectos jurídico-públicos a la autorregulación²⁵¹. La autorregulación por parte de las empresas desemboca, así, “en una relajación de la actividad de policía de la Administración”²⁵². La doctrina parece admitir esta relajación en aquellos casos, como en el regulado específicamente en la Ley catalana 3/1998, en los que la autorregulación viene a sustituir las inspecciones administrativas realizadas en el ámbito de autorizaciones de trato continuo, pero entiende que no debería comportar en ningún caso la eliminación de los procedimientos administrativos de obtención de autorizaciones²⁵³.

En cualquier caso, el sistema europeo de ecogestión y ecoauditoría es una excelente muestra de la tendencia hacia la sustitución de regulación de policía, en sentido clásico, por la autorregulación regulada²⁵⁴. Una tendencia, sin embargo, que, paradójicamente, no es fruto ni de una desintervención estatal ni de un debilitamiento

²⁵¹ Afirma así A. NOGUEIRA LÓPEZ, *Ecoauditorías, intervención pública ambiental...*, op. cit., p. 55, que las auditorías medioambientales “son la parte del sistema de gestión ambiental que suele tener relevancia jurídica [...] tiene la potencialidad de producir una serie de efectos externos con inequívoca trascendencia jurídica”. Estas auditorías son “un instrumento de las políticas públicas de tutela del medio. Un mecanismo voluntario en manos privadas al que la Administración concede efectos públicos” (p. 72).

²⁵² A. NOGUEIRA LÓPEZ, *Ecoauditorías, intervención pública ambiental...*, op. cit., p. 333, y, especialmente, pp. 341 y ss. donde enfatiza que “ese desplazamiento de la intervención administrativa por el autocontrol no se corresponde con una tendencia particular del EMAS, sino que está inscrito en una corriente más general” (p. 342).

²⁵³ A. NOGUEIRA LÓPEZ, *Ecoauditorías, intervención pública ambiental...*, op. cit., pp. 346 a 348.

²⁵⁴ “El inmediato futuro, si no ya el riguroso presente, del derecho ambiental parece inexorablemente orientado, al menos en muy buena medida, hacia fórmulas de autorregulación y una concepción reflexiva del Derecho si pretende operar eficazmente sobre el núcleo de los sistemas generadores de riesgos y no quedarse en un aparatoso despliegue de intervenciones propias de la vieja policía administrativa”: J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación...*, op. cit., p. 26, nota 6. Este autor destaca el interés que posee, como confirmación de esta tesis, el estudio de E. W. ORTS, “Reflexive Environmental Law”, *Northwestern University Law Review*, n.º 89, 1995, pp. 1227 a 1341, en el que se presta una especial atención al sistema europeo de gestión y auditoría ambiental como muestra elocuente de la orientación reflexiva del Derecho.

del Estado sino, por el contrario, de una mayor intervención estatal y de una suerte de recreación o de intensificación del Estado policial²⁵⁵.

3. La autorregulación regulada en las empresas del sector industrial.

Se advierte ya de los ejemplos que venimos comentando que las empresas que afectadas más directamente por la autorregulación regulada son también aquellas que mayores riesgos generan. Son, pues, las empresas del sector industrial las que deben asumir mayores responsabilidades en la gestión de los riesgos, para el medio ambiente y para la salud y la seguridad de consumidores y usuarios.

A) La autorización de instalaciones industriales.

Esta asunción directa de la gestión riesgos por parte de las empresas del sector industrial explica que también la regulación de policía de carácter preventivo, la concesión de autorizaciones de apertura y funcionamiento de instalaciones industriales, se encuentre condicionada y sea, incluso, sustituida, a pesar de los recelos mostrados por la doctrina administrativista, por la autorregulación regulada.

La necesidad de minimizar los riesgos derivados de instalaciones industriales contaminantes ha comportado que se venga generalizando la obligación de sus titulares de adaptar dichas instalaciones al “estado de la técnica” y, más recientemente, a las “mejores tecnologías disponibles”²⁵⁶. Ello comporta, por un lado, que son los titulares

²⁵⁵ Esta recreación del Estado policial es pasada por alto por quienes se limitan a aplicar las notas propias del Derecho reflexivo al Derecho medio ambiental. Significativamente, E. W. ORTS, “Reflexive Environmental Law”, op. cit., pp. 1227 a 1341. En una crítica a la traslación del modelo autopoiético -y, por ende, del universo luhmaniano y de las derivaciones del mismo derivadas de los trabajos de Teubner- al interior de las empresas, resulta de gran interés contrastar las aportaciones contenidas en el citado artículo con las vertidas por F. OST, en “L’auto-organisation écologique des entreprises: un jeu sans conflits et sans règles?”, *RIEJ*, n.º 28, 1992, pp. 147 y ss. Concluye este último que: “il ne suffit pas, pour modifier les comportements des entreprises à l’égard de l’environnement, qu’elles en intériorisent l’une ou l’autre contrainte, si la pression extérieure ne se maintient pas en même temps” (p. 174). En otros términos, la estrategia de autorresponsabilización de las empresas en el ámbito ecológico consiste, obviamente, en conseguir la internalización, por parte de las mismas de las externalidades negativas por ellas producidas. Pero esta interiorización, esta autorresponsabilidad, no es fruto exclusivo de la dinámica propia de las empresas, en tanto que subsistemas, sino también de la presión ejercida por el Estado, entre las que no cabe descartar las amenazas de sanción.

²⁵⁶ La definición de cuál sea, en cada caso, la mejor tecnología disponible depende, como sabemos, del resultado de la autorregulación técnica, del reconocimiento, por parte de un grupo de expertos y profesionales del sector, de una “regla técnica” como “generalmente reconocida” –o, de acuerdo con la *Drei-Stufen-Theorie* que hemos expuesto, del “estado de la técnica” o del “estado de la

de las empresas quienes tienen la obligación de conocer y aplicar dichas tecnologías; y, por el otro, que corresponde a la Administración comprobar, en el momento de conceder a la empresa la correspondiente autorización de apertura o funcionamiento, que se ha producido efectivamente esta adaptación²⁵⁷.

Las primeras normas que introdujeron este sistema en España pretendían que fuese el Estado o, en su caso, la Administración competente, quien determinase las medidas correctoras adecuadas a una instalación de acuerdo con el “estado de la técnica”²⁵⁸. En la actualidad, parece que son las empresas quienes deben establecer *motu proprio* estas medidas y, en su caso, es la Administración competente quien debe comprobar su corrección.

La traslación de esta obligación del Estado hacia los particulares y la generalización de dicho sistema se produce paulatinamente. Así, en la lucha emprendida por la Unión Europea contra la minimización de residuos, se impuso la obligación de adaptación a las mejores tecnologías disponibles en relación con las instalaciones productoras de residuos específicos, como el dióxido de titanio²⁵⁹. El Estado también

ciencia y de la técnica”- en un determinado momento. El reflejo documental de dicho estado puede encontrarse, según el caso, en las normas técnicas o en los documentos preparatorios de nuevas normas técnicas. Para su determinación se requerirá, o bien el recurso a tales documentos –en este caso podría considerarse que cuando el ordenamiento apela a las “mejores tecnologías disponibles” se produce una remisión de una norma jurídica a una norma técnica o, en otros términos, se establece la obligatoriedad de dicha norma-; o bien la intervención de expertos que conozcan la evolución de la técnica en un determinado sector –estaremos ante un supuesto en el que, probablemente, la Administración deberá acudir a la colaboración privada-.

²⁵⁷ El establecimiento de la obligación a cargo de los titulares de las instalaciones industriales de adoptar medidas correctoras no constituye un novedad en nuestro ordenamiento. El Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, de 30 de diciembre de 1961, contemplaba ya la introducción de tales medidas con carácter previo al otorgamiento de la licencia. Estas medidas correctoras, sin embargo, se referían únicamente a obligaciones relacionadas con la distancia de las empresas respecto de los núcleos urbanos o a la altura de las salidas de humos. Podían ser, pues, impuestas por la Administración sin necesidad de recurrir a la autorregulación, debido al nivel medio de conocimientos exigible para comprobar su adecuación a las previsiones legales. Sobre ello véase: J. ESTEVE PARDO, “La adaptación de las licencias...”, op. cit., pp. 37 y ss.

²⁵⁸ La primera norma que introdujo en España este sistema fue la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección de la contaminación atmosférica, la cual, en su artículo 3.2. habilitaba al Gobierno para exigir a los titulares de focos emisores de contaminación la adaptación de sus instalaciones a los sistemas o medidas correctoras que, de acuerdo con el estado de la técnica, asegurasen la reducción del vertido de contaminantes a la atmósfera.

²⁵⁹ Según el artículo 9 de la Directiva 92/112/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1992, por la que se fija el régimen de armonización de los programas de reducción, con vistas a la supresión, de la contaminación producida por los residuos de la industria del dióxido de titanio [DOCE L 409 de 31 de diciembre de 1992, p. 11]: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la reducción de los residuos vertidos a la atmósfera con arreglo a las siguientes disposiciones: las instalaciones para la calcinación de sales generadas por el tratamiento de residuos estarán provistas de la mejor tecnología disponible que no imponga excesivos costes para reducir las emisiones de *Sox*”. De

impuso esta obligación a todas las instalaciones en las que se realizasen actividades relacionadas con la gestión de aceites usados²⁶⁰.

Algunas normas autonómicas han ampliado esta obligación de adaptación de las instalaciones a las mejores tecnologías disponibles en relación con todas las actividades productoras de residuos²⁶¹.

A nivel comunitario esta obligación se impuso, para la concesión de autorizaciones de instalaciones industriales altamente contaminantes, en la Directiva 84/360/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1984, relativa a la lucha contra la contaminación atmosférica procedente de las instalaciones industriales²⁶². La Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, generaliza esta obligación a la concesión de las licencias relacionadas con actividades industriales²⁶³.

acuerdo con lo dispuesto en esta norma comunitaria, el artículo 5.1. de la Orden Ministerial de 18 de abril de 1991, reguladora de la contaminación por desechos de la industria de dióxido de titanio, establece que: “Los programas de reducción de la contaminación causada por emisiones de residuos del dióxido de titanio a la atmósfera se formularán y ejecutarán de acuerdo con lo siguiente: En los establecimientos industriales que utilicen el procedimiento del sulfato: (...)Las instalaciones para la calcinación de sales generadas por el tratamiento de residuos, estarán provistas de la mejor tecnología disponible que no imponga excesivos costes para reducir las emisiones de *Sox*”.

²⁶⁰ Según el artículo 8 de la Orden Ministerial de 28 de febrero de 1989, sobre gestión de aceites usados: “La gestión de aceites usados deberá contar con la correspondiente autorización, previo examen de las instalaciones. La autorización sólo podrá ser otorgada cuando se haya comprobado que se han tomado todas las medidas apropiadas de protección de la salud y del medio ambiente, incluida la utilización de la mejor tecnología disponible que no implique costes excesivos”.

²⁶¹ Así, la Ley catalana 6/1993, de 15 de julio, de residuos, en su art. 42, establece: “En el trámite de evaluación del proyecto que acompaña a la solicitud de licencia municipal para el ejercicio de actividades productoras de residuos se considerará en especial: (...) Que se emplea la mejor tecnología disponible y al alcance para la reducción de la producción de residuos y la reducción de su peligrosidad”. En la misma línea, el artículo 23 de la Ley canaria 1/1999, de 29 de enero, de residuos, prevé que: “La autorización para la gestión de residuos, que no prescribirá una técnica o tecnología específica, estará condicionada a la utilización de la mejor tecnología disponible”.

²⁶² Según el artículo 4 de esta Directiva: “Sin perjuicio de las exigencias previstas por las disposiciones nacionales y comunitarias relativas a un objetivo distinto del previsto en la presente Directiva, la autorización sólo se podrá conceder cuando la autoridad competente se haya asegurado de: 1) que se han tomado todas las medidas adecuadas de prevención de la contaminación atmosférica, incluyendo la utilización de la menor tecnología disponible, a condición de que la aplicación de dichas medidas no ocasionen gastos excesivos”.

²⁶³ El artículo 3 de esta norma, bajo la rúbrica “Principios generales de las obligaciones fundamentales del titular”, establece: “Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las autoridades competentes se cercioren de que la explotación de las instalaciones se efectuará de forma que: (...) se toman todas las medidas adecuadas de prevención de la contaminación, en particular mediante la aplicación de las mejores tecnologías disponibles”.

Hasta fechas muy recientes la Directiva 96/61/CE no ha sido incorporada al ordenamiento español mediante una ley estatal²⁶⁴. Algunas leyes autonómicas se han adelantado a esta transposición. En concreto, por la diversidad de instrumentos de autorregulación regulada que introduce, destaca la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración ambiental, que instaura en Cataluña un nuevo régimen de intervención administrativa en las actividades clasificadas, que sustituye la regulación contenida en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, de 30 de diciembre de 1961.

La Ley catalana pretende compatibilizar la simplificación procedimental, en lo relativo a los trámites de concesión de autorizaciones previas a la apertura de instalaciones industriales, con la garantía de un elevado grado de protección del medio ambiente en conjunto²⁶⁵. Ello se consigue, a grandes rasgos, trasladando buena parte de las responsabilidades de la Administración hacia los particulares que inician una actividad generadora de riesgos²⁶⁶.

²⁶⁴ La Ley estatal de Prevención y control integrados de la contaminación ha sido publicada en el BOE de 2 de julio de este mismo año.

²⁶⁵ Según el artículo 2 de la Ley 3/1998, los fines de esta ley son, por un lado, alcanzar un nivel elevado de protección de las personas y del medio ambiente; favorecer un desarrollo sostenible; y reducir las cargas administrativas de los particulares, agilizando los procedimientos administrativos.

²⁶⁶ La Administración no asume la responsabilidad directa de controlar la adecuación de las instalaciones industriales a la normativa aplicable; esta responsabilidad se atribuye, en primer término, a los particulares. Es más, la responsabilidad de los particulares no se limita a la adecuación de sus instalaciones a las normas jurídicas, sino que deben respetar también las reglas técnicas vigentes, que les van a servir de guía en la prevención de la contaminación y, en concreto, en la determinación de los valores límites de emisión, en la minimización de la producción de residuos, o en la adopción de medidas de prevención de accidentes, etc. La formulación general de esta responsabilidad directa de los particulares, que debe ser controlada por la Administración, se encuentra en el artículo 5 de la Ley 3/1998: “Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, deben velar para que *los titulares de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley las ejerzan de acuerdo con los principios siguientes*: a) Prevenir la contaminación, mediante la aplicación de las medidas adecuadas y, en especial, de las *mejores técnicas disponibles*; b) Prevenir la transferencia de la contaminación de un medio a otro; c) Reducir la producción de residuos mediante *técnicas de minimización* y, en la medida que no sea posible, gestionarlos correctamente, valorizándolos y, en último término, efectuando la disposición del rechazo, de forma que se evite o se reduzca su impacto en el medio ambiente; d) Utilizar la energía, el agua y las materias primas de manera racional, eficaz y eficiente; e) Tomar las medidas necesarias para prevenir los accidentes graves y limitar sus efectos”. Como complemento de ello, y según el artículo 6.1 de la misma Ley: “Las actividades objeto de la presente ley y las instalaciones vinculadas deben ser proyectadas, instaladas, utilizadas, mantenidas y controladas de tal forma que se consigan los objetivos de calidad ambiental y de seguridad que fija la legislación vigente”. Para demostrar que se cumplen tales objetivos debe demostrarse que han sido proyectadas, instaladas y controladas, de acuerdo con la reglamentación vigente y las instrucciones de la Administración competente y, en su defecto, de acuerdo a las “*normas técnicas de reconocimiento general*” (art. 6.2.a)

Este traslado de responsabilidades es variable, en función de los riesgos ambientales derivados de cada actividad. Se establecen tres sistemas distintos aplicables, respectivamente, a las actividades de mayor a menor impacto ambiental, a saber: el régimen de autorización ambiental, para las actividades de incidencia ambiental alta; el régimen de licencia ambiental, para actividades de incidencia moderada; y el régimen de comunicación, para aquellas de baja incidencia ambiental²⁶⁷.

La obligación de aplicar las mejores tecnologías disponibles se circunscribe a las actividades de incidencia ambiental media y alta y solamente respecto de las técnicas instaladas para reducir las emisiones²⁶⁸. Hay que advertir, sin embargo, que esta obligación se encuentra matizada por la viabilidad económica de la incorporación de tales tecnologías²⁶⁹. Ello explica la previsión del artículo 8.4. de la Ley, según el cual: “Los valores límite de emisión y las prescripciones técnicas se pueden establecer también en un acuerdo voluntario suscrito entre la Administración y una empresa o un sector industrial determinado”. Este tipo de acuerdos voluntarios, previstos también en la normativa comunitaria y en diversos ordenamientos de derecho comparado, han sido calificados por la doctrina como “convenios de autorregulación”²⁷⁰.

²⁶⁷ Véase al respecto, D. SANZ PÉREZ, *La Administración Local y la protección de la atmósfera. La intervención a través de instrumentos de control preventivo*, Cedecs, Barcelona, 1999, concretamente, pp. 201 a 232; J. PONCE SOLÉ, “Prevención, precaución y actividad autorizatoria en el ámbito del medio ambiente. A propósito de los regímenes de autorización ambiental, licencia ambiental y comunicación previa de la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental”, *RDUyMA*, n.º 183, 2001, pp. 147 a 192; y, destacadamente, el trabajo de investigación inédito de M. RODRÍGUEZ FONT, *El régimen de comunicación en la Ley de intervención integral de la Administración ambiental de Cataluña (Ley 3/1998, de 27 de febrero)*.

²⁶⁸ La exigencia de aplicar las mejores tecnologías solamente a las industrias de incidencia ambiental media o alta se deriva de la relación existente entre esta obligación y las instalaciones sometidas a autorización o licencia ambiental. Así, el artículo 37.2.c.) de la Ley 3/1998, impone la necesidad de revisar la autorización y la licencia ambientales si “la aparición de importantes cambios en las mejores técnicas disponibles, validadas por la Unión Europea, hace posible reducir significativamente las emisiones sin imponer costos excesivos”. La aplicación de estas tecnologías solamente en lo relativo a la minimización de las emisiones contaminantes se deriva de la propia definición de lo que son, a los efectos de esta Ley las “mejores técnicas disponibles”. En concreto, el artículo 4.1.d.) las conceptúa como la fase más eficaz y avanzada de desarrollo de las actividades y sus modalidades de explotación que demuestre la capacidad práctica de determinadas técnicas para constituir, en principio, la base de los valores límites de emisiones destinados a evitar o, si no fuese posible, a reducir en general las emisiones y su impacto en el conjunto del medio ambiente”.

²⁶⁹ Se definen, así, las técnicas disponibles como aquellas que puedan ser aplicadas “en el contexto del sector industrial correspondiente en condiciones económicamente y técnicamente viables, tomando en consideración los costes y beneficios, tanto si las técnicas se utilizan o se producen en el Estado miembro correspondiente como si no, siempre que el titular pueda acceder a ellas en condiciones razonables”.

²⁷⁰ En general, toda la actividad negociada entre la Administración y los particulares es calificada como una manifestación de la autorregulación por M. SCHMIDT-PREUSS, “Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung un staatlicher Steuerung”, *VVDStRL*, Heft 56, 1997, pp. 163 y ss.; y D. GRIMM, “Regulierte Selbstregulierung in der Tradition des

En cualquier caso, en los regímenes de autorización y licencia, corresponde a la Administración decidir, mediante el otorgamiento o la denegación del permiso solicitado, si los particulares pueden o no iniciar su actividad. Esta decisión se basa, sin embargo, en la documentación que debe presentar el solicitante, que es quien debe demostrar que cumple con las obligaciones generales establecidas en la Ley.

Puesto que la Ley resume las obligaciones de las empresas en el respeto a las condiciones de seguridad establecidas legal o reglamentariamente, o impuestas por las remisiones a normas o reglas técnicas, incumbe a los particulares presentar toda la documentación que avale el cumplimiento de las normas que les son aplicables. Ello comporta la presentación de autocertificaciones del cumplimiento de tal normativa, en aquellos casos en los que la legislación sectorial impone a las empresas un cierto autocontrol de su actividad; si, por imposibilidad técnica, las empresas no pueden realizar ellas mismas estos autocontroles, éstas pueden contratar a entidades colaboradoras de la Administración, que emitirán una certificación del cumplimiento de tal normativa; en otros casos, la participación de expertos privados es un requisito impuesto por la legislación²⁷¹.

Verfassungsstaats”, *Die Verwaltung*, n.º4, 2000, p. 18. Existen, sin embargo, manifestaciones muy diversas de este tipo de actividad. No es posible establecer una valoración común sobre todos ellos como si respondiesen a un mismo esquema. Ni siquiera todos los convenios adoptados entre la Administración y los particulares que tienen por objeto el establecimiento de determinados niveles de protección ambiental responden al mismo esquema. Sobre los acuerdos voluntarios en materia ambiental pueden consultarse, entre otros: E. ALONSO GARCÍA, “Legislación sectorial de medio ambiente. (Ponencia marco para el I Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Sevilla, 19-21 de abril de 1995)”, *RAP*, n.º137, 1995, pp. 57 y ss.; W. HOFFMANN-RIEM, “La reforma del Derecho administrativo. Primeras experiencias: el ejemplo del Derecho ambiental”, *DA*, n.º 234, 1993, pp. 19 a 84; M. KLOEPFER, “En torno a las nuevas formas de actuación mediambientales del Estado”, *DA*, n.º 235-236, 1995, pp. 33 a 53; D. SANZ PÉREZ, “Algunas notas sobre los acuerdos ambientales como instrumentos de gestión ambiental”, *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, diciembre 1999, pp. 1 y ss.

A diferencia, sin embargo, de los acuerdos adoptados por determinados sectores industriales como consecuencia de la amenaza del establecimiento de regulaciones más severas por parte del Estado, que son los que han centrado principalmente la atención de los autores arriba citados, debe tenerse en cuenta que, en este caso en concreto que venimos analizando, la negociación deberá tener como referente una determinada regla técnica: “la mejor tecnología disponible”. Es por ello que, en este caso, es discutible la crítica generalizada de la doctrina a los convenios voluntarios por entender que comportan una rebaja de los mínimos legales. Debe tenerse en cuenta que este “mínimo legal” coincide, en el caso que venimos analizando, con el “máximo técnico”, esto es, se imponen unas obligaciones que limitan la libertad empresarial hasta límites nunca conocidos. En el Capítulo IV de este trabajo profundizaremos algo más en esta línea de reflexiones, introduciendo diversos ejemplos que nos permitirán establecer una comparación entre diversas modalidades de negociación entre la Administración y los particulares, con el objeto de delimitar cuáles de ellas responden a la noción de autorregulación regulada.

²⁷¹ Así, por ejemplo, las empresas que entren en el ámbito de aplicación de la Ley catalana 6/1996, de 18 de julio, de contaminación atmosférica, que modifica la Ley 22/1983, de 21 de noviembre, pueden acogerse a un “sistema voluntario de autodeclaración del grado de cumplimiento de la normativa sobre la protección del medio ambiente atmosférico, basada en una diagnosis ambiental acreditada según la normativa vigente y la presentación de un programa gradual de reducción de las emisiones que tenga en

Tanto las autocertificaciones como los certificados técnicos emitidos por expertos privados son, de acuerdo con la terminología empleada en este trabajo, concretos instrumentos de autorregulación declarativa.

Ineludiblemente, y con independencia de la intervención de expertos privados, la actividad de autorregulación de las empresas previa a la solicitud de autorización, se concreta en fórmulas muy diversas, en función de la actividad que se pretenda desarrollar²⁷².

También es el titular de la actividad quien, una vez concedida la correspondiente autorización o licencia administrativa, y en el periodo de puesta en marcha de la

cuenta los objetivos de calidad que se propone conseguir, los medios a emplear y el calendario de ejecución. El correcto cumplimiento del programa aprobado por el Departamento de Medio Ambiente puede suponer que no se aplique el régimen sancionador establecido por la presente Ley”: artículo 3 de la Ley 6/1996 [13 bis de la Ley 22/1983]. Si no se acogen a este sistema, estarán igualmente obligadas a realizar diversos autocontroles sobre sus inmisiones cuya corrección será comprobada por entidades colaboradoras de la Administración. Este sistema tiene sus orígenes en el Decreto 833/1975, de 6 de febrero, de contaminación atmosférica, que desarrolla la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección de la contaminación atmosférica. Este Decreto impone a los empresarios la obligación de controlar periódicamente sus emisiones de contaminantes a la atmósfera. En concreto, el artículo 75.1 del citado Decreto prevé que la responsabilidad de las mediciones periódicas llevadas a cabo en las instalaciones clasificadas como potencialmente contaminadoras corresponderá a los titulares de las mismas, si bien podrán encomendar dicha labor a las Entidades colaboradoras de la Administración del Estado. La imposición de un sistema de autorregulación en este caso es clara: se establece un sistema de autocontrol, cuya responsabilidad corresponde al empresario; si este empresario no dispone de los medios para realizarlo, puede solicitar la colaboración de una Entidad colaboradora, a quien el Estado le ha reconocido capacidad técnica para ello. Esta colaboración, sin embargo, tiene por objeto cubrir una obligación del titular de las instalaciones, no de la Administración.

En otros casos es la Administración quien, directamente, impone a los empresarios la necesidad de recurrir a entidades especializadas para que colaboren con los empresarios en el ejercicio de sus obligaciones. Así, en actividades industriales de alto riesgo, los empresarios deberán presentar a la Administración determinados planes de seguridad, que deberán ser validados por entidades colaboradoras de la Administración, según prevé el RD 886/1988, de 15 de julio, sobre prevención de accidentes mayores en determinadas actividades industriales.

La intervención de estas entidades, en los supuestos mencionados, como complemento de la responsabilidad de las empresas –y no, por tanto, como una manifestación de la delegación de funciones públicas a los expertos privados– está presente en la exposición de B. F. MACERA, *El deber industrial de respetar el medio ambiente. Análisis de una situación de Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 305 y ss.

²⁷² Ello se desprende de la conexión existente entre esta norma y las reglamentaciones especiales existentes para cada tipo de actividad industrial. Por citar sólo un par de ejemplos que son claramente significativos de la intensa actividad de autorregulación a la que se ven obligados los particulares, puede contrastarse esta información consultando: las obligaciones impuestas para la autorización de mataderos en los que se van a realizar sacrificios de animales afectados por enfermedades transmisibles, reguladas en el RD 3453/2000, de 22 de diciembre de 2000, por el que se establece y regula el programa integral coordinado de vigilancia y control de las encefalopatías espongiformes transmisibles de los animales; las obligaciones establecidas en el RD 886/1988, de 15 de julio, sobre prevención de accidentes mayores en determinadas actividades industriales; o, con carácter más general, las obligaciones establecidas en las Leyes catalanas 6/1993, de 15 de julio, de residuos; y 6/1996, de 18 de julio, de contaminación atmosférica, a la que ya nos hemos referido con anterioridad.

actividad, debe presentar a la Administración una certificación, emitida por técnicos debidamente acreditados, en la que se verifique que la actividad y las instalaciones cumplen las condiciones de la autorización o la licencia²⁷³.

En las actividades de baja incidencia ambiental, una instalación industrial podrá ser puesta en funcionamiento sólo mediante la presentación a la Administración de una comunicación, acompañada de una certificación técnica que acredite que las instalaciones y la actividad cumplen los requisitos ambientales exigibles²⁷⁴. Si, transcurrido un mes desde la presentación de la comunicación, la Administración no se ha pronunciado respecto a la misma, el particular puede iniciar su actividad.

Como vemos, la obligación de los empresarios de responder del cumplimiento de los requisitos técnicos y legales aplicables, comporta, explícita o veladamente, según los casos, la obligación de éstos de recurrir a expertos privados. Concretamente, la certificación técnica que debe acompañar a la comunicación, o la certificación del cumplimiento de los requisitos impuestos por la licencia o autorización, deberán ser emitidas por una entidad colaboradora de la Administración debidamente autorizada o, en su caso, por un técnico competente²⁷⁵. Este requisito nos conduce a la utilización de un instrumento, del que ya hemos hablado con anterioridad, consistente en la habilitación de ciertos profesionales, una vez constatada su capacidad técnica, para

²⁷³ Según el artículo 43 de la Ley, en el periodo de puesta en funcionamiento de las instalaciones e inicio de las actividades sometidas a autorización o licencia ambiental, debe verificarse: a) La adecuación de la actividad y de las instalaciones a la autorización y a la licencia otorgadas mediante una certificación del técnico director de la ejecución del proyecto; y b) El cumplimiento de los requisitos exigibles por medio de una certificación emitida por una entidad colaboradora de la Administración. La presentación a la administración correspondiente de estas verificaciones habilitan al particular para ejercer su actividad e inscribirse en el registro correspondiente.

²⁷⁴ A tenor del art. 41 de la Ley, para el ejercicio de este tipo de actividades, amparadas en su caso por la preceptiva licencia urbanística, el titular debe presentar, con una antelación mínima de un mes a la fecha de inicio de la actividad, una comunicación al Ayuntamiento. Dicha comunicación debe acompañarse, como mínimo, de la siguiente documentación: a) la descripción de la actividad mediante el proyecto técnico o la documentación técnica; y, b) la certificación técnica acreditativa que las instalaciones y la actividad cumplen todos los requisitos ambientales exigibles y otros requisitos preceptivos, de acuerdo con la legislación aplicable para el cumplimiento de los objetivos de la Ley.

²⁷⁵ Así lo establecen, para la certificación del cumplimiento de las condiciones exigidas en la autorización o licencia, el art. 42.1.b) de la Ley 3/1998, que hemos transcrito en la nota anterior; y para la certificación del cumplimiento de las exigencias ambientales que debe acompañar a la comunicación, el art. 78.1 del Decreto 136/1999, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 3/1998, de 27 de febrero: “La certificación técnica, la tiene que expedir un técnico competente o una entidad colaboradora de la Administración debidamente autorizada”.

actuar, simultáneamente, como colaboradores de los particulares o como colaboradores de la Administración²⁷⁶.

La parca regulación de la Ley catalana y de su desarrollo reglamentario sobre la relación existente entre los empresarios, la Administración y sus entidades colaboradoras permite que la concreta naturaleza de dicha relación pueda ser objeto de interpretaciones diversas. Puede considerarse, así, que esta Ley profundiza en el uso de técnicas de colaboración ya conocidas. De ser así, deberíamos sostener que la responsabilidad del control de los requisitos de legalidad sigue correspondiendo a la Administración y que las entidades que certifican la adecuación de la actividad comunicada a la legalidad realizan una actividad meramente técnica, que persigue únicamente una simplificación de la actividad administrativa. Lo mismo cabría pensar de la intervención de las entidades colaboradoras de la Administración previa al inicio de las actividades sujetas a autorización o licencia. Podría pensarse que esta intervención se realiza por mandato o delegación de la Administración, cubriendo estas entidades una parcela de responsabilidad pública.

No nos parece ésta, sin embargo, una interpretación acorde con la filosofía de la Ley. En este caso concreto, parece que lo que se pretende es, en realidad, trasladar la responsabilidad directa de la minimización de los riesgos ambientales a sujetos privados. La responsabilidad de obtener la certificación técnica se traslada al titular de la instalación o actividad. La responsabilidad de garantizar la adecuación de la instalación a los requisitos reglamentarios se traslada al técnico competente, o a la entidad ambiental de control que certifica dicha adecuación.

De ser correcta esta segunda interpretación, estaríamos ante un supuesto de autorregulación, en la medida en que la entidad de certificación, el experto que realiza el control de legalidad, no es un ayudante de la autoridad administrativa de inspección,

²⁷⁶ El régimen jurídico aplicable a las Entidades Colaboradoras de la Administración Pública en este ámbito, se encuentra en la actualidad provisionalmente regulado por Decreto 170/1999, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento provisional regulador de las Entidades Ambientales de Control. De modo paralelo a lo establecido para los organismos de control previstos en la LI y en el RICS, la valoración de la capacidad técnica de estas entidades colaboradoras se basa en unos criterios inspirados en las normas de la serie EN 45000 (esta valoración, sin embargo, no es realizada por la entidad de acreditación ENAC sino por la propia Administración autonómica); se les exige que suscriban una póliza de responsabilidad, de cuantía variable en función de la tipología de la actividad y los niveles en que actúen; y se les somete al control y la supervisión de la autoridad administrativa que les acredita.

sino un ayudante del empresario. Dicho empresario sería asimismo responsable de demostrar a la Administración que cumple con los requisitos necesarios fijados reglamentariamente y con las reglas técnicas aplicables para los riesgos derivados de la actividad que pretende poner en funcionamiento. La colaboración de los expertos privados y de los empresarios en el control de los riesgos generados por las actividades empresariales no se enmarcaría, pues, en el marco de responsabilidades estrictamente públicas, sino que respondería una redefinición de las fronteras entre lo público y lo privado, protagonizada por el principio de responsabilidad compartida o de corresponsabilidad²⁷⁷.

En aplicación del principio de corresponsabilidad, la sustitución de las técnicas preventivas de regulación de policía –autorizaciones administrativas- por la autorregulación regulada de carácter declarativo –certificación privada del cumplimiento de la legalidad y de las normas técnicas aplicables y régimen de comunicación- no se produce solamente en el ámbito de las instalaciones industriales contaminantes. El régimen de comunicación administrativa había sido ya introducido, con carácter general, en relación con las actividades industriales no contaminantes²⁷⁸ y

²⁷⁷ En su análisis sobre el régimen de comunicación previsto en la Ley 3/1998, pone adecuadamente el acento en la noción de autorresponsabilidad D. SANZ PÉREZ, *La Administración Local...*, op. cit., p. 216, cuando sostiene que “es manifestación de un concepto de relación jurídico-administrativa poco desarrollado en el que la autorresponsabilidad y la colaboración del ciudadano ocupan una posición predominante”.

²⁷⁸ Así lo apunta A. NOGUEIRA, en “Evolución de las técnicas de tutela ambiental en la Unión Europea”, *RArAP*, n.º 12, 1998, p. 72, cuando advierte que la evolución de las técnicas de policía administrativa en materia de medio ambiente es coincidente, o paralela si se quiere, con la experimentada en otros ámbitos de la industria.

Efectivamente, el régimen de liberalización industrial instaurado por el Real Decreto 2135/1980, de 26 de septiembre, sobre régimen de instalación, ampliación y traslado de industrias, permite que la certificación de cumplimiento reglamentario emitida por técnico competente sustituya la actuación administrativa de autorización de instalación, ampliación y traslado de industrias. En concreto, a tenor del art. 2 del Real Decreto 2135/1980, de 26 de septiembre: “II. La instalación, ampliación y traslado de industrias, requerirá la presentación ante el órgano administrativo correspondiente del proyecto, redactado y firmado por técnico competente y visado por el correspondiente Colegio Oficial. Dicho proyecto general o los complementarios que en su caso se precisen, deberá cumplir las normas que resulten aplicables (...). La Administración dispondrá del plazo de un mes, contado desde la presentación del proyecto o proyectos para señalar o pedir las aclaraciones que considere necesarias. Si transcurre dicho plazo y el órgano competente no hubiere realizado ninguna manifestación, se entenderá que no hay inconveniente para la ejecución del proyecto, sin que ello suponga, en ningún caso, la aprobación técnica por la Administración del citado proyecto. III. La puesta en funcionamiento de las industrias no necesitará de otro requisito que la comunicación a la Administración de la certificación expedida por técnico competente, en la que se ponga de manifiesto la adaptación de la obra al proyecto y el cumplimiento de las condiciones técnicas y prescripciones reglamentarias que en su caso correspondan”. Un comentario crítico del proceso de liberalización de la industria contenido en este Real Decreto es el de J. BERMEJO VERA y G. FERNÁNDEZ FARRERES, “El “nuevo” régimen de instalación, ampliación y traslado de industrias. (Comentario sucinto al Real Decreto 2135/1980, de 26 de septiembre)”, *Cuadernos Aragoneses de Economía*, 1980-1981, pp. 231 y ss.

existe también en otros ámbitos, aunque no en todos ellos responde a una traslación de la responsabilidad directa a los particulares y, por ello, a una manifestación de la autorregulación²⁷⁹.

También en el derecho comparado encontramos ejemplos de autorregulación regulada que sustituyen controles preventivos de la Administración²⁸⁰.

Los instrumentos de autorregulación articulados en este ámbito derivan, como venimos advirtiendo, de una elevación del nivel de protección frente a los riesgos tecnológicos, de una traslación de la responsabilidad de su minimización a los sujetos que los generan y de una intervención en la actividad de tales sujetos mucho más

²⁷⁹ El régimen de comunicación, en ámbitos diversos, ha sido analizado por: V. AGUADO CUDOLÁ, *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001; del mismo autor, “El silenci administratiu en el Reglament d’obres, activitats i serveis: llicències presumptes i comunicació prèvia”, en T. Font i Llovet (Coord.), *Dret Local*, Barcelona, 1997, pp. 195 a 242; M. C. NUÑEZ LOZANO, *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001; y J. TORNOS MAS, “La simplificación procedimental en el ordenamiento español”, *RAP*, n.º 151, 2000, pp. 60 y ss. Muchas de estas manifestaciones comportan solamente un traslado de información a la Administración, sin que se endurezcan las obligaciones del comunicante. Creo que este es el caso, por ejemplo, del sistema previsto en el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades Locales, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio, que permite, en aquellos supuestos de ejecución de obras en los que no es necesaria la presentación de un proyecto, o para actividades no clasificadas, de escasa incidencia ambiental, la sustitución de la licencia municipal por una comunicación.

Las manifestaciones de la comunicación administrativa que responden a la noción de autorregulación, a la autorresponsabilidad, en definitiva, de los particulares, han sido estudiadas con detalle por M. RODRÍGUEZ FONT, en *El régimen de comunicación en la Ley de intervención integral de la Administración ambiental de Cataluña...*, op. cit.

²⁸⁰ Así, por ejemplo, la Ley de Edificación de Baviera, de 4 de agosto de 1997, sustituye las licencias de edificación por un régimen de comunicación en el que el constructor debe garantizar, mediante la presentación de un certificado emitido por un experto privado, que la edificación proyectada cumple con la normativa técnica aplicable. En un línea parecida, la Ley alemana de inmisiones, en el procedimiento de concesión de autorizaciones de las instalaciones industriales contaminantes, obliga a los empresarios a garantizar a la Administración, presentando los certificados técnicos correspondientes, que no incumple determinados límites de contaminación. Como bien explican P. MESSENBURG y M. TARRÉS VIVES, “La Ley alemana de protección contra las inmisiones y las perspectivas de transposición de la Directiva 96/61/CE al ordenamiento jurídico alemán”, *RDA*, n.º 23, 2000, p. 122: “El elemento central de la vigilancia empresarial –referente a las instalaciones necesitadas de autorización– es el llamado mandatario de protección contra las inmisiones (*Immissionsschutzbeauftragter*). Este mandatario no es parte de la Administración estatal, y la realización de sus funciones tampoco es encargada por el Estado sino exclusivamente por los explotadores. Es tarea del mandatario vigilar el cumplimiento del Derecho de protección contra las inmisiones dentro de la empresa. Además, tiene que integrar la protección del medio ambiente como objetivo de la empresa”.

En estos casos, al igual que en los supuestos que venimos analizando, el experto que realiza el control del cumplimiento de los requisitos técnicos del proyecto o de la instalación, no es un ayudante de la autoridad administrativa de inspección, sino un ayudante del empresario. Coincidimos así, con la opinión mantenida por A. SEIDEL, en *Privater Sachverstand und staatliche Garantienstellung im Verwaltungsrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2000, de quien hemos tomado estos ejemplos, según el cual “podemos hablar de autoinspección o autorresponsabilidad y, en definitiva, de autorregulación, allí donde la aplicación del derecho se realiza bajo los costes de los obligados a la inspección”.

intensa de la que puede conseguirse mediante las tradicionales técnicas de regulación de policía²⁸¹.

El condicionamiento de las autorizaciones administrativas a la adaptación de ciertas instalaciones industriales a las mejores tecnologías disponibles, por ejemplo, es una clara muestra de la intensidad de la intervención administrativa en la actividad empresarial. Se trata de una intensidad que no había sido nunca alcanzada mediante la regulación clásica de policía²⁸². Esta misma intensidad es predicable del actual condicionamiento de la obtención de determinados certificados técnicos por parte de los particulares que se encuentran sometidos al régimen de autorización y licencia ambiental previsto en la Ley 3/1998. Incluso, a nuestro entender y a pesar de las apariencias, el régimen de comunicación previsto en esta norma es una manifestación de la intensificación de los controles a los que se ven sometidas las empresas²⁸³.

La necesaria intervención de expertos privados en la comprobación de los requisitos de seguridad de las instalaciones industriales, que van a basar su comprobación en reglas y procedimientos técnicos mucho más detallados que los previstos en la legislación, constituye un dato en el que no se ha reparado

²⁸¹ Solamente atendiendo a esta elevación del grado de responsabilidad de los particulares, que comportará una intensa actividad de autorregulación de los mismos, se entiende que el régimen de comunicación sea aplicable también a algunas actividades de alto riesgo, como las relacionadas con la manipulación de organismos genéricamente modificados. Véase al respecto la regulación contenida en la Directiva 90/219, de 23 de abril, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente, incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 15/1994, de 3 de junio, sobre la utilización confinada, liberalización voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, cuyos artículos 7 a 9 introducen el régimen de comunicación para la realización de estas actividades.

²⁸² Así lo sostiene también, J. ESTEVE PARDO, “La adaptación de las licencias...”, op. cit., pp. 37 y ss. Según este autor, la necesidad de controlar y reducir la contaminación en origen obliga a la Administración a entrar en las interioridades de las instalaciones industriales y a regular aspectos diversos de sus procesos y de sus tecnologías que tradicionalmente no habían sido objeto de regulación pública. Lo que ocurre es que la Administración, en esta vocación reguladora “se da de bruces con una complejidad técnica del todo insuperable”. Profundizando en esta línea, J. ESTEVE PARDO, en *Autorregulación...*, op. cit., p. 27, intenta deshacer “un extendido equívoco”. “Puede pensarse que la autorregulación es un efecto lógico e inmediato de una voluntad desreguladora contenida en las propias normas jurídicas que tendría como consecuencia el desarrollo y extensión de la autorregulación privada. Éste es un equívoco que bien ilustrativamente puede deshacerse en el caso analizado del régimen de las licencias y también desde luego en otros supuestos. Es precisa y justamente la más firme y decidida voluntad reguladora de las instancias públicas la que, no sin paradoja, conduce a un incremento de la autorregulación privada”.

²⁸³ No lo ven así aquellos autores que discuten la conveniencia de someter las actividades que comportan riesgos para el medio ambiente al régimen de comunicación. Así, V. AGUADO CUDOLÁ, *Silencio administrativo e inactividad...*, op. cit., p. 334: “Lo cierto es que en el ámbito del medio ambiente quizás no es el más propicio para la implantación de la técnica de la comunicación previa, debido a las consecuencias irreversibles que pueden comportar cierto tipo de actividades, aunque sean de baja incidencia, y por cuanto no todos los Ayuntamientos tienen suficientes medios, humanos y materiales, para acometer el control necesario que conlleva dicha técnica”.

suficientemente. Asimismo, la extensión de la responsabilidad de los particulares más allá del cumplimiento de la legislación, la responsabilidad privada, en concreto, en la minimización de los riesgos ambientales viene a confirmar la línea de reflexiones que venimos sosteniendo en este trabajo.

Bajo un aparente retroceso del Estado, con la justificación de una simplificación de los procedimientos administrativos en este caso, se consigue una intervención mucho más intensa en la actividad empresarial. Esta intensificación se consigue, por un lado, mediante una intervención directa mucho más detallada, que queda en manos de la autorregulación, y, por el otro, mediante el control o supervisión de la Administración, que vela por la adecuación de la misma a los requisitos formales legalmente establecidos.

B) La elaboración de productos industriales.

La intervención de sujetos expertos privados también está presente, como ya hemos avanzado, en el control del cumplimiento de las especificaciones técnicas que rigen la elaboración de los productos industriales. Como sabemos, esta posibilidad implica que deben existir diversos organismos, públicos o privados, encargados de la realización de las siguientes funciones: la definición de las reglas técnicas aplicables a un determinado producto; el control del cumplimiento de tales normas; y la certificación de dicho cumplimiento, mediante el otorgamiento de un signo distintivo. Según ello, la concesión de una marca, una etiqueta o un sello puede conceptuarse como una actividad reglada, de mera comprobación de que un producto posee las características definidas previamente las especificaciones técnicas que le son aplicables²⁸⁴.

²⁸⁴ Esta afirmación no plantea problema alguno cuando las normas de referencia para la concesión de un signo distintivo son aprobadas por un organismo público y cuando es el mismo organismo, u otro que posea también dicho carácter jurídico-público quien se encarga de conceder la distinción. Se pronuncia expresamente en este sentido, por ejemplo, R. AUDIVERT ARAU, *Régimen jurídico de la etiqueta ecológica*, op. cit., p. 25. Asimismo, este autor entiende que esta actividad se puede reconducir a la actividad administrativa de certificación u homologación, calificadas como actividad reglada de la Administración por parte de E. MALARET GARCÍA, “Una aproximación jurídica...”, op. cit., pp. 312 y ss. Aunque el valor de las normas y las certificaciones o marcas de calidad es distinta cuando éstas son elaboradas y controladas por sujetos privados, la dinámica de funcionamiento y, más en concreto, su carácter “reglado”, es igualmente predicable de las mismas.

La actividad descrita es paralela y tiende a sustituir el establecimiento público de las especificaciones técnicas aplicables a los productos a partir de reglamentaciones técnicas y la comprobación de su cumplimiento mediante el otorgamiento de la correspondiente homologación. En este momento conviven múltiples modelos. Ha despertado ya nuestro interés el establecimiento público de reglamentaciones técnicas de carácter obligatorio y la certificación privada de su cumplimiento –actividad ésta ejercida por los organismos de control-. También nos hemos referido a la aprobación privada de normas técnicas y su certificación por sujetos privados. Esta actividad de certificación lleva aparejada la posibilidad de lucir un signo distintivo que acredita que un producto es seguro. La marca CE cumple sin duda esta función. Intentaremos demostrar que este apartado que también las marcas tradicionalmente calificadas como “marcas de calidad” tienden a garantizar la seguridad de los productos. En ambos casos se pretende demostrar que el producto ha sido elaborado conforme a unas reglas técnicas que minimizan los riesgos, para las personas y/o para el medio ambiente, que éste pueda causar. Pocas diferencias existen, en lo que a esta función de gestión de riesgos atañe, entre las citadas marcas y aquéllas que puedan conceder los poderes públicos por el cumplimiento de normas jurídicas que poseen, ello no obstante, carácter voluntario. Nos estamos refiriendo, a las marcas públicas de calidad, entre las que dedicaremos especial atención al *Ecolabel*.

En apartados precedentes hemos puesto ya de relieve la artificiosidad de la distinción entre el ámbito de la calidad y la seguridad. Nos hemos venido centrando en el protagonismo adquirido por sujetos e instrumentos privados –aquellos que tradicionalmente han actuado en el ámbito de la calidad- en el ámbito de lo público –la seguridad-. Queremos ahora retomar los mismos datos para ofrecer una explicación adicional a su impulso: el valor añadido que posee un signo distintivo en el ámbito del mercado. Mediante la atribución de este valor se pretende implicar activamente a los ciudadanos, en este caso las empresas, en la gestión de los riesgos ambientales y para la salud derivados de los productos industriales²⁸⁵.

²⁸⁵ Como señala R. MARTIN MATEO, en *Nuevos instrumentos...*, op. cit., p. 17, estos instrumentos, tratan de “implicar activamente a los ciudadanos en la defensa de los intereses que tiene encomendada la Administración, suministrando a ésta una más amplia cobertura para las competencias a su cargo, en nuestro caso de carácter ambiental, y estimulándola a la vez en el desempeño de sus

El otorgamiento de marcas de calidad –su vinculación a la gestión de riesgos no debe impedirnos seguir usando este término- por parte de organismos de certificación, en base a normas técnicas, surge de la propia iniciativa de los organismos de normalización, que cumplen, así, funciones de autorregulación normativa y declarativa.

En Alemania, por ejemplo, como ya hemos comentado, cabe destacar la actuación en este ámbito del Instituto alemán de normalización (*Deutsches Institut für Normung*, conocido bajo las siglas DIN), que aprueba las normas DIN, o de la Asociación alemana electrotécnica (*Verband Deutscher Elektroniker*, VDE), cuyas normas se conocen con la referencia *VDE-Vorschriften*. El cumplimiento por parte de una empresa de estas normas puede dar lugar a la concesión de diversas marcas, en función del ámbito regulado por la norma y del sujeto encargado de la certificación. Las más conocidas son las marcas *DIN* y *DIN EN*²⁸⁶, *DIN Geprüft*²⁸⁷, *DIN Plus*²⁸⁸, *GS (Geprüfte Sicherheit)*²⁸⁹ y la marca *VDE*²⁹⁰.

En España, desde hace relativamente pocos años, la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) es la encargada de la elaboración de las normas UNE y realiza también, junto con otras entidades de certificación acreditadas, la función de certificar la conformidad de los productos industriales a tales normas. En concreto, AENOR puede conceder a las empresas las siguientes marcas: la *Marca N*, que certifica la conformidad de productos, o familias de productos, con ciertas normas UNE; la *Marca S*, relativa a la conformidad de productos o familias de productos, con características de seguridad requeridas en normas UNE, o documentos que especifiquen mínimos de seguridad para éstos; y la *Marca de Compatibilidad electromagnética*, aplicable a productos, o familias de productos, cuyo funcionamiento pudiera crear

funciones gestoras”. En el epígrafe transcrito, este autor se refiere únicamente a las marcas públicas y, más en concreto, a la etiqueta ecológica.

²⁸⁶ Marcas de conformidad de un producto con normas DIN o DIN EN, utilizadas por los fabricantes bajo su propia responsabilidad.

²⁸⁷ Marcas de conformidad de un producto con normas DIN, certificadas por un laboratorio independiente.

²⁸⁸ Marca para productos que poseen características especiales.

²⁸⁹ En realidad, esta marca no indica la conformidad de un producto a normas técnicas, sino que es un certificado emitido por el DIN que indica la conformidad de un producto a la Ley alemana de seguridad de aparatos.

²⁹⁰ Indica la conformidad de productos con las normas VDE/DIN aplicables a productos electrotécnicos.

perturbaciones electromagnéticas o ser afectados por ellas. A su vez, estos productos han de cumplir previamente los requisitos de concesión de marcas *N* y *S*.

Las marcas de calidad concedidas por AENOR, a diferencia de lo que sucede con las marcas alemanas, tienen una tradición muy corta en nuestro país. Como hemos advertido, la marca de calidad de productos que ha venido gozando de mayor reconocimiento en España es una marca que se otorga exclusivamente a los productos de construcción y que se rige por unas normas y controles aprobadas y realizados por un organismo público. Se trata del Sello INCE, cuya regulación proviene de una Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1977.

Estas marcas, públicas o privadas, no se limitan sólo a garantizar la seguridad de los productos. El aumento de la concienciación social sobre los problemas ambientales, así como la preferencia de los consumidores por la adquisición de productos respetuosos con el medio ambiente, ha llevado a que la mayoría de los países desarrollados hayan incorporado etiquetas oficiales que avalan la protección ecológica de los productos. El etiquetado ecológico es definido con carácter general por la OCDE como “un sistema voluntario de otorgamiento de una etiqueta por un organismo público o privado, con el objetivo de informar a los consumidores y promover el consumo de productos que son clasificados como menos perjudiciales para el medio ambiente (comparándolos con otros existentes en el mercado con los mismos fines)”²⁹¹.

Alemania fue la pionera en este campo cuando creó el *Angel azul*²⁹². A continuación surgieron etiquetas como la *Hoja de Arce* canadiense, el *Cisne Blanco* de

²⁹¹ Tomamos esta definición de R. AUDIVERT ARAU, en *Régimen jurídico de la etiqueta ecológica*, op. cit., p. 31.

²⁹² La decisión de introducir en el mercado alemán una etiqueta ecológica fue tomada en 1977, a iniciativa del Ministerio Federal de Interior y los Ministerios de Medio Ambiente de los Länder. Los criterios básicos para la concesión de la etiqueta fueron establecidos por el Ministerio Federal de Interior alemán y los Ministros de los Länder competentes en materia ambiental. Dichos criterios se centran en todas las cualidades del producto. En ellos se evalúan las diferentes fases por las que discurre el ciclo de vida del producto y el daño ecológico que el mismo causa en los diferentes ámbitos medioambientales. Las principales instituciones que participan en el procedimiento de concesión de la etiqueta ecológica son: El Jurado de la Etiqueta Ecológica (*Jury Umweltzeichen*), encargado de seleccionar los grupos de productos que pueden recibir la insignia y decide los criterios de concesión específicos para cada grupo así como las pruebas que pueden demostrar que se cumple con los mismos; el Instituto Alemán para la Calidad y la Certificación (RAL- *Deutsches Institut für Gütesicherung und Kennzeichnung*), que es quien concede o deniega las solicitudes; y la Agencia Federal del Medio Ambiente, que recibe las propuestas para la inclusión de nuevos productos a los que se les pueda conceder la etiqueta. Para más información véase R. AUDIVER ARAU, *Régimen jurídico de la etiqueta...*, op. cit., pp. 55 y ss.

los países nórdicos, la *NF Environnement* francesa, el *Milieukeur* en Holanda o el *Umweltbundesamt* en Austria y el distintivo *AENOR-Medio Ambiente*, en España²⁹³. También existen etiquetas ecológicas concedidas por los poderes públicos, como el distintivo de garantía de calidad ambiental regulado en el Decreto de la Generalitat de Cataluña 316/1994, de 4 de noviembre, que pretende fomentar el mercado de productos reciclados.

En el ámbito comunitario el Reglamento 880/1992/CEE, de 22 de marzo²⁹⁴, reconoció la etiqueta ecológica europea, también conocida por *Ecolabel*²⁹⁵. La etiqueta ecológica es un distintivo que se otorga a determinados productos y que acredita que en su proceso de fabricación, comercialización y vida posterior al uso son respetuosos con el medio ambiente²⁹⁶. Los empresarios que quieran que sus productos luzcan el *Ecolabel* deben garantizar que los mismos cumplen, obviamente, las exigencias legales generales en materia de sanidad, seguridad y medio ambiente, como se supone de toda mercancía puesta a la venta (art. 4.1 del Reglamento). Además, para que la etiqueta adquiera significado como marca de calidad, debe comportar la certificación del cumplimiento de unas normas más estrictas, que establezcan unos estándares superiores a los fijados por las normas imperativas. La fijación de estas normas, de acuerdo con el Reglamento comunitario, responde a un sistema bastante complejo.

La puesta en práctica de la etiqueta ecológica requiere que, en una primera fase, la Comisión, por iniciativa propia o a petición de las autoridades nacionales (que a su vez podrán ser impulsadas por grupos o personas interesadas), defina las condiciones que habrán de cumplir los productos, dentro de cada categoría (art. 5)²⁹⁷. De entrada, sin

²⁹³ Una completa exposición de los sistemas comparados de etiquetado ecológico, en C. SERRANO GÓMEZ, *El etiquetado ecológico*, MOPTMA, Madrid, 1995.

²⁹⁴ DOCE L 99, de 11 de abril de 1992.

²⁹⁵ Sobre este tema véase, entre otros: E. ALONSO GARCÍA, *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea*, vol. I, Civitas, Madrid, 1993, pp. 90 y ss.; R. AUDIVER ARAU, *Régimen jurídico de la etiqueta...*, op. cit., in totum; F. DELGADO PIQUERAS, "Ambiente y comercio: La ecoetiqueta europea", *Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, n.º 1; S. FERNÁNDEZ RAMOS, "La ecoetiqueta comunitaria", *Noticias de la Unión Europea*, n.º 153, 1997, pp. 57 a 71; J. A. FUENTETAJA PASTOR, "El ecoetiquetaje comunitario", *Noticias de la Unión Europea*, n.º 122, 1995, pp. 63 a 68; y R. MARTÍN MATEO, *Nuevos instrumentos...*, op. cit., pp. 17 y ss.

²⁹⁶ Puesto que es prácticamente imposible concebir un producto absolutamente inocuo para el medio ambiente, los que se pretende es que los productos que luzcan este distintivo tengan un impacto sobre el medio significativamente menor que el de otros productos del mismo grupo o categoría. En este sentido, S. FERNÁNDEZ RAMOS, "La ecoetiqueta comunitaria", op. cit., p. 59.

²⁹⁷ Hasta el momento, la Comisión ha establecido criterios ecológicos para los siguientes productos: a) lavadoras (Decisión 93/430/CEE, de 28 de junio, DOCE L 198, de 7 de agosto de 1993); b)

embargo, el Reglamento excluye del sistema a los alimentos, a las bebidas y a los productos farmacéuticos (art. 2). Tal y como se ha configurado el sistema, es claro que también quedan fuera los servicios.

En la elección de las categorías de productos que pueden gozar de este distintivo y en el establecimiento de las normas de calidad aplicables a las mismas deben participar, junto con la Comisión: un foro de consulta, integrado por representantes de la industria, el comercio, los consumidores y los grupos ecologistas; y un Comité compuesto por representantes de los Estados miembros y presidido por un representante de la Comisión.

Una vez reguladas las condiciones técnicas para la obtención de la etiqueta para un determinado producto, cualquier fabricante o importador de la Comunidad interesado en su obtención deberá presentar una solicitud a los organismos competentes designados por cada Estado, a los que corresponde la concesión de la etiqueta. De acuerdo con el Real Decreto 598/1994, de 8 de abril, por el que se establecen las normas para la aplicación en España del Reglamento CEE/880/1992, esta designación ha sido delegada a las Comunidades Autónomas²⁹⁸.

lavaplatos (Decisión 93/431/CEE, de 28 de junio, DOCE L 198, de 7 de agosto de 1993; c) abonos de jardinería (Decisión 94/923/CE, de 14 de noviembre, DOCE L 364, de 31 de diciembre de 1994; d) papel higiénico (Decisión 94/924/CE, de 14 de noviembre, DOCE L 364, de 31 de diciembre de 1994); e) rollos de papel de cocina (Decisión 94/925/CE, de 14 de noviembre, DOCE L 364, de 31 de diciembre de 1994); f) detergentes para ropa (Decisión 95/365/CE, de 25 de julio, DOCE L 217, de 13 de septiembre de 1995); g) bombillas eléctricas a un solo pitón (Decisión 95/533/CE, de 1 de diciembre, DOCE L 302, de 15 de diciembre de 1995); h) pinturas y barnices de interior (Decisión 96/13/CE, de 15 de diciembre de 1995, DOCE L 4, de 6 de enero de 1996); i) ropas de cama y camisetitas (Decisión 96/304/CE, de 22 de abril, DOCE L 116, de 11 de mayo de 1996); y j) bombillas eléctricas de dos casquillos (Decisión 96/337/CE, de 8 de mayo, DOCE L 128, de 20 de mayo de 1996).

²⁹⁸ La Comunidad Autónoma de Cataluña, adelantándose a esta toma de posición, atribuyó la competencia para la concesión del etiquetado ecológico a su propio Departamento de Medio Ambiente, mediante Decreto 255/1992, de 13 de octubre, relativo a los órganos competentes en materia de etiquetaje ecológico. Otras Comunidades Autónomas han seguido después esta iniciativa. Una crítica fundada a la multiplicación de organismos competentes en esta materia puede verse en R. MARTÍN MATEO, *Nuevos instrumentos...*, op. cit., pp. 87 y ss. Sin embargo, como apunta S. FERNÁNDEZ RAMOS, “La ecoetiqueta comunitaria”, op. cit., p. 62, esta tendencia se justifica si se atiende al dato de que las concesiones de la etiqueta responden en realidad a una mera comprobación técnica de que los productos responden a los criterios específicos previamente fijados. No sería de extrañar pues, que, en su aplicación práctica, ocurra en España, como en otros países, que las ecoetiquetas acaben siendo concedidas por organizaciones privadas, con mayor capacidad y conocimientos técnicos que la Administración para valorar el cumplimiento de las especificaciones técnicas reguladas para cada tipo de producto. Entiende la doctrina que, en este caso, estaríamos ante una delegación de funciones públicas por parte de la autoridad nacional competente. Así, R. MARTÍN MATEO, *Nuevos instrumentos...*, op. cit., pp. 72 y ss. FERNÁNDEZ RAMOS, “La ecoetiqueta comunitaria”, op. cit., p. 62.

Los organismos competentes se encargarán de recibir, tramitar y, en su caso, otorgar las solicitudes que puedan presentar cualquier fabricante o importador en la Comunidad. Para conceder o denegar el *Ecolabel*, deberá constatarse que el producto evaluado cumple con los criterios específicos establecidos para la categoría a la que pertenezca. Además, deberá cumplir una serie de principios generales sentados en el art. 4 del Reglamento comunitario: tener una reducida repercusión en el medio ambiente durante todo su ciclo de vida; no comprometer la seguridad de los trabajadores ni de los consumidores, incluido el procedimiento de producción, ajustándose a los requisitos comunitarios en materia de sanidad, seguridad y medio ambiente. Después de evaluar el producto, el Organismo competente decidirá si concede la etiqueta. En caso positivo, lo notificará a la Comisión y ésta a su vez al resto de Estados. Si en treinta días no hubiera una objeción motivada contra tal decisión, el Organismo competente podrá otorgarla. Pero si la Comisión advierte problemas que no puedan resolverse mediante consultas informales o si la concesión hubiera sido anteriormente rechazada por el Organismo competente de otro Estado miembro, entonces será ella quien tome la decisión.

La utilización en la ecoetiqueta viene regulada por un contrato tipo, aprobado por la Decisión 93/517/CEE, de 15 de septiembre de 1993²⁹⁹ en el que se prevé, entre otras condiciones, la retirada de la autorización de uso de la etiqueta si no se mantienen las condiciones de calidad ambiental que propiciaron su concesión. Asimismo, con la finalidad de asegurar la autofinanciación del sistema, se establece que las condiciones de utilización de la etiqueta incluirán el pago de un canon de utilización, regulado en la Decisión 93/326/CEE, de 13 de mayo de 1993³⁰⁰.

C) La fase de distribución y comercialización de productos.

Hemos visto que la autorregulación regulada se manifiesta en la determinación de los fines empresariales o las decisiones fundacionales de una empresa, en su organización, en el *management* empresarial y, en el caso de las industrias, en la fase previa a su apertura y en la fase de elaboración de productos. Para demostrar que esta técnica supone una intensa intervención pública, de carácter indirecto, en todas las fases

²⁹⁹ DOCE L 243, de 29 de septiembre de 1993, p. 13.

³⁰⁰ DOCE L 129, de 27 de mayo de 1993, p. 23.

de la vida empresarial, nos resta solamente apuntar que, también en la fase de distribución y comercialización de productos se está implantando esta técnica.

En ámbito relativo a la protección de consumidores y usuarios se considera que la adopción empresarial de códigos de buenas prácticas que regulen las relaciones comerciales constituye un instrumento de autorregulación normativa mucho más adecuado que el establecimiento de normas imperativas. Se parte del dato de que la actividad comercial se enmarca esencialmente en el terreno del derecho privado, por lo que parece razonable que los poderes públicos se planteen limitar el ámbito de las normas imperativas de Derecho público al mínimo exigido por la ley. Sin embargo, se considera recomendable que se adopten voluntariamente instrumentos de autorregulación que mejoren las relaciones entre los fabricantes, distribuidores y comerciantes y los consumidores y usuarios. En esta línea, la Ley 6/1996, de Ordenación del Comercio minorista, acoge favorablemente la autorregulación privada como complemento de la normativa obligatoria³⁰¹.

Como sucede en otros ámbitos, sin embargo, también en este, es la Unión Europea quién, con mayor decisión, impulsa la autorregulación³⁰². Por mencionar algún ejemplo, gracias al fomento de la Unión europea, la Federación Hipotecaria Europea, el resto de Federaciones del sector crediticio europeo y diversas organizaciones de consumidores, han firmado un acuerdo por el que se someten al Código de conducta voluntario sobre la información precontractual para créditos de vivienda³⁰³. En algunos

³⁰¹ En concreto, la Exposición de Motivos de la Ley 7/1996, de 5 de enero de 1996, de Ordenación del Comercio Minorista entiende que el mejor modo de conseguir las adecuadas garantías para los consumidores y usuarios es a través de la autorregulación del propio sector comercial: “En este sentido, el establecimiento de un marco de buenas prácticas comerciales deberá producir un mejor comportamiento de todos los agentes del sector, cuyos efectos redundarán en un mejor funcionamiento de la competencia. Estos efectos se consiguen mediante la creación de un marco legal de mínimos que podrá completarse con los Códigos de Conducta, que libremente surjan en el sector para su autorregulación”..

³⁰² Cabe mencionar en esta línea, el Dictamen del Comité Económico y social sobre “Mercado Único y protección de los consumidores: oportunidades y obstáculos en el gran mercado” [DOCE C 39, de 12 de febrero de 1996]. Según este Dictamen, “se han verificado progresos en la elaboración de “códigos de conducta” en diversas materias que son reconocidos y acatados por los profesionales y consumidores en distintos Estado miembros”. Para impulsar y extender este tipo de prácticas se propone la creación de “un marco institucional de referencia a nivel comunitario, donde este diálogo pueda tener lugar de manera sistemática y donde se pudieran incluso discutir y redactar “códigos de conducta” generales para todo el espacio de la Unión”. Se recomienda también a los Estados miembros que adopten políticas similares, de fomento de la autorregulación, para mejorar las relaciones comerciales entre consumidores y usuarios.

³⁰³ El texto del acuerdo puede consultarse en la siguiente dirección: <http://www.asoc-hipotecaria.es/asoc-hipotecaria/esp/Europa/circular/205-2001.htm> En este trabajo se citan otros acuerdos similares, relacionados en la mayoría de los casos con la prestación de servicios bancarios.

ámbitos, como el de la industria automovilística, el cumplimiento de estos códigos puede venir acompañado de la existencia de organismos encargados de velar por su cumplimiento³⁰⁴.

Siguiendo las recomendaciones de la Unión Europea, desde el Ministerio de Comercio y Turismo se ha anunciado la posible presentación de códigos de buenas prácticas comerciales en materia de ventas con pérdida, de pagos a proveedores y de ventas promocionales³⁰⁵.

También algunas normas autonómicas fomentan decididamente la adopción de estos códigos, estableciendo incluso una regulación general sobre su eventual procedimiento de elaboración³⁰⁶. Estas líneas de promoción y fomento de la

Desde otra perspectiva, y como fruto de la libre iniciativa de los particulares, cabe mencionar también la existencia de un “Código de conducta del consumidor para la gran empresa”, preparado por *Consumers International*, que recoge ocho derechos básicos del consumidor: derecho a la satisfacción de las necesidades básicas, a la seguridad física, a estar informado, a escoger, a ser escuchado, a la reparación, a la educación del consumidor y a vivir en un medio ambiente sano. El código tiene por objetivo impulsar que las empresas, mediante su adopción, incorporen en su actividad las preocupaciones de los consumidores. Véase: <http://www.consumersinternational.org/campaigns/trade/charter-es.html>.

³⁰⁴ También responde al objetivo de protección de consumidores y usuarios la creación de ciertos organismos de autocontrol, como la *Deutsche Automobil Treuhand GmbH*. Esta sociedad, promovida por fabricantes y vendedores de automóviles, se encarga de valorar, con independencia y objetividad, los automóviles usados que los propietarios venden a un comerciante o le entregan como parte del precio para la adquisición de un vehículo nuevo. Con este mecanismo de autodisciplina se intenta proteger a los consumidores frente a la posible infravaloración del vehículo usado. Alude a la existencia de este organismo J. A. GÓMEZ SEGADÉ, “Sistemas de autorregulación publicitaria”, en *Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1980, p. 156.

³⁰⁵ Sobre ello puede verse: J. M. ALCALDE ROJO, “Consideraciones en torno a la Ley de Ordenación del Comercio minorista”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 763, 1997, p. 23

³⁰⁶ El Decreto de Castilla la Mancha 101/1996, de 25 de julio, por el que se regula el Consejo Regional del Consumo, introduce, entre las funciones de este organismo público, la de “fomentar el diálogo entre los productores y prestadores de servicios y los consumidores y usuarios, con el fin de solucionar los problemas comunes a través de una autorregulación voluntaria bilateral que se traduzca en códigos de conducta o convenios para la mejora de los sistemas de calidad”.

Con mayor decisión, el artículo 40 de la Ley de la Comunidad de Madrid 11/1998, de 9 de julio, sobre normas reguladoras de protección del consumidor, establece que: 1. “El órgano competente de la Comunidad en materia de protección al consumidor promoverá, en el ámbito de sus competencias, la aprobación de códigos de buenas prácticas, excepto en materia alimentaria, que se desarrollarán de acuerdo con la normativa vigente, en aquellos sectores que por sus características permitan el establecimiento de estos instrumentos de control. Estos códigos incorporarán sistemas que faciliten el autocontrol de los empresarios. 2. La elaboración de estos códigos se efectuará en colaboración con el sector empresarial afectado, representantes de las corporaciones locales, en su caso, las Asociaciones de Consumidores y otras partes cuyos intereses puedan verse afectadas, pudiéndose solicitar el apoyo de otros órganos de la Comunidad de Madrid, por razón de la materia. Con carácter previo a la adopción de los códigos de buenas prácticas se informará al Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid. 3. La adopción por parte de los empresarios de los códigos de buenas prácticas tendrá carácter voluntario y será independiente de las actividades de Inspección, Control y Verificación que desarrollen las Administraciones Públicas. 4. Sin perjuicio de lo expuesto, las Corporaciones Locales, en virtud de las

autorregulación dan cobertura, asimismo, a las iniciativas privadas que se vienen desarrollando ya en estos ámbitos³⁰⁷.

La existencia de códigos de conducta reguladores de las relaciones entre los distribuidores de productos y el consumidor final puede constituir un punto de referencia destacable en la resolución voluntaria de conflictos alternativa a la vía judicial –autorregulación resolutoria–, que también es fomentada en este ámbito por los poderes públicos.

Como es sabido, existen diversos instrumentos no vinculantes de la Unión Europea que recomiendan a los Estados que potencien los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumidores y usuarios³⁰⁸. En la misma línea, y más explícitamente, existe también una Recomendación del Consejo de Europa en la que se insta a los gobiernos de los países miembros que tomen las medidas necesarias para potenciar el arbitraje³⁰⁹. Respondiendo a estas directrices, todos los Estados de la Unión Europea han intentado fomentar los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumidores y usuarios. Sin embargo, sólo en algunos países se ha optado, específicamente, por potenciar el arbitraje³¹⁰. Entre éstos, algunos han

competencias y atribuciones que les confiere la presente ley, podrán promover el desarrollo de códigos de buenas prácticas, en cuya elaboración se seguirán los trámites previstos en la presente ley. 5. Las autoridades competentes evaluarán los códigos de buenas prácticas y evaluarán los riesgos potenciales de las empresas para la seguridad, salubridad e intereses económicos de los consumidores”.

³⁰⁷ Entre las iniciativas privadas de autorregulación comercial cabe citar, por su aparición con anterioridad al fomento público, la aprobación, en el Noveno Congreso de la Asociación Española de Codificación Comercial (AECOC), celebrado en 1994, de un Código de Buenas Prácticas Comerciales, consensado entre fabricantes y distribuidores. Esta experiencia es explicada por el Director General de AECOC, J. M. BONMATÍ, en “Autorregulación comercial: una iniciativa consensuada...”, op. cit, p.12.

³⁰⁸ Cabe citar aquí el Libro Verde de la Comisión, sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único (COM (93) 576 final) y la Comunicación de la Comisión, de 14 de febrero de 1996, sobre el plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y el arreglo de los litigios entre los consumidores en el mercado interior (COM (96) 13 final).

³⁰⁹ Recomendación 12/1986 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, por la que se insta a los gobiernos de los países miembros a adoptar las medidas necesarias para potenciar el arbitraje como alternativa accesible y eficaz a la acción judicial.

³¹⁰ Como es sabido el arbitraje consiste en el sometimiento voluntario de las controversias entre dos sujetos por parte de un tercero imparcial u árbitro que emitirá una decisión, basada en normas jurídicas o en su criterio técnico, con efectos de cosa juzgada. En este sentido, con una u otra redacción, toda ley de arbitraje prevé que, cuando dos sujetos, personas físicas o jurídicas, entablan una relación jurídica vinculada a materias de libre disposición, pueden acordar voluntariamente que los conflictos surgidos a raíz de la misma sean conocidos por un árbitro, excluyendo con ello explícitamente la vía judicial. La regulación vigente en materia de arbitraje y los principales problemas que plantea esta institución son analizados con detalle, entre otros muchos, en: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje*, Tecnos, Madrid, 1991; J. MONTERO AROCA (Dir.), *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Civitas, Madrid, 1990; S. GASPARELLO, *El ámbito de*

diseñado el arbitraje como un verdadero instrumento de autorregulación³¹¹. En otros, es el Estado quien gestiona o quien arbitra directamente los conflictos.

España ha optado por implementar un arbitraje especial, de acuerdo con las previsiones del RD 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo. Son organismos públicos los que resuelven los conflictos planteados entre consumidores y profesionales o empresarios. La Administración se ha adelantado a la sociedad en la articulación de un sistema de arbitraje en materia de consumo. Cabe señalar, además, que el modelo adoptado no responde estrictamente a un supuesto de arbitraje institucional, gestionado por un organismo, en este caso, de carácter público, sino que se articula como un supuesto de actividad arbitral de la Administración³¹². Esto es, las Juntas Arbitrales de Consumo no sólo organizan el arbitraje, sino que actúan directamente como árbitros en las cuestiones ante ellas planteadas.

Un modelo puro de autorregulación, normativa y resolutive, en materia de consumo es el propio del Reino Unido. En este país rige, desde 1988, la Ley de arbitraje

aplicación del arbitraje, Aranzadi, Pamplona, 1998; y J. M. ROCA MARTÍNEZ, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Bosch, Barcelona, 1992.

³¹¹ La consideración del arbitraje como un instrumento de autorregulación se encuentra presente en las reflexiones contenidas en la obra colectiva *Das Rechtssystem zwischen Staat und Zivilgesellschaft. Zur Rolle gesellschaftlicher Selbstregulierung und vorstaatlicher Schlichtung*, (Hrsg. J. Nautz, E. Brix y G. Luf), Passagen Verlag, Wien, 2001. Por nuestra parte, hemos intentado profundizar en esta línea en M. DARNACULETA GARDELLA, "Arbitraje y derecho procesal: Experiencias de Derecho comparado", Ponencia presentada en el marco del Seminario sobre arbitraje administrativo organizado por el "Institut d'Estudis Autonòmics" y el "Gabinet Jurídic de la Generalitat de Catalunya", actualmente en prensa.

³¹² Con el objeto de profesionalizar el arbitraje y de facilitar el acceso al mismo, todos los ordenamientos regulan el denominado "arbitraje institucional". Se permite, en estos casos, que las partes designen una institución, que suele ser una asociación sin ánimo de lucro o una corporación de derecho público, para que gestione el arbitraje. Esto es, dicha institución debe poner a disposición de las partes un listado de personas que reúnan los requisitos para ser árbitro en una determinada controversia. Este aspecto añade a la calidad de árbitro un elemento que no está explícitamente previsto en ninguna de las leyes analizadas: la especialización técnica y profesional. Puede darse el caso, ello no obstante, que ni la sociedad ni las Corporaciones de derecho público, llamadas en primer lugar por los legisladores a facilitar el arbitraje institucional, asuman esta función. Cuando ello ocurre es, normalmente, la Administración pública quien se encarga de organizar los arbitrajes privados. En estos casos puede suceder, o bien que Administración se limite a gestionar el arbitraje, lo cual sólo ocurre en los arbitrajes gestionados por Corporaciones de Derecho público; o bien que se erija ella misma como árbitro en una determinada materia. En puridad, es este tipo de arbitraje el que da lugar a la denominada "actividad arbitral de la Administración". En el marco de la actividad arbitral de la Administración el arbitraje pierde buena parte de los rasgos que permiten caracterizarlo como instrumento de autorregulación. Sobre ello nos remitimos a M. DARNACULETA GARDELLA, "Arbitraje y derecho procesal...", op. cit. La actividad arbitral de la Administración ha sido estudiada entre nosotros por R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I, Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 548 y ss.; M. MATEO TEJEDOR, *La actividad arbitral de la Administración en el transporte terrestre*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1998, pp. 22 y ss. y, más recientemente, por A. HUERGO LORA, en *La resolución*

en materia de consumidores (*Consumer Arbitration Agreements Act*). En virtud de dicha disposición legal se brinda a los consumidores la posibilidad de elegir la citada vía extrajudicial como alternativa al proceso ordinario. La mayor parte de estos arbitrajes traen causa de los denominados códigos de buena conducta que se elaboran por asociaciones comerciales en colaboración con la Oficina de Defensa de la Competencia. Los referidos códigos, además de regular la disciplina propia del sector para el que se redactan, suelen prever mecanismos arbitrales como forma de resolución de litigios. La experiencia ha demostrado que la mayor eficacia de la vía extrajudicial se ha alcanzado en materia de viajes –arbitraje que desarrolla la *Association of British Travel Agents*³¹³.

La implantación de estos mecanismos de autorregulación en las relaciones entre los comerciantes o distribuidores de productos industriales y los consumidores y usuarios denota la profesionalización del sector. Los comerciantes asumen sus deberes profesionales, fijados en los correspondientes códigos de conducta, y se comprometen a su cumplimiento, sometiéndose voluntariamente a las resoluciones de un tercero imparcial si incumplen tales deberes.

extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo. *La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, pp. 240 y ss.

³¹³ Estas experiencias de derecho comparado se encuentran relatadas con más detalle en S. GASPAR LERA, *El ámbito de aplicación del arbitraje*, op. cit., 1998, pp. 186 y ss.

CAPÍTULO III. AUTORREGULACIÓN Y COMPLEJIDAD ÉTICA EN ÁMBITOS DOMINADOS POR LA ESPECIALIZACIÓN TÉCNICA Y PROFESIONAL.

I. EL PROFESIONALISMO COMO MODELO DE AUTORREGULACIÓN.

En el capítulo anterior hemos podido comprobar que la profesionalización del sector empresarial conduce a su autorregulación. En el seno de las empresas, la noción de responsabilidad social posee diversas connotaciones que son propias de la autorregulación profesional. También la responsabilidad de los fabricantes y distribuidores de productos está directamente vinculada con los deberes que les incumben en tanto que profesionales. Tales deberes, concretados en las reglas técnicas que deben cumplir en ejercicio de su actividad o en los códigos éticos que regulan su comportamiento son, mayoritariamente, un producto de la autorregulación. La presión reguladora de los poderes públicos tendente a fomentar, y a imponer incluso, la autorregulación, no es sino una manifestación de la necesidad de aumentar el grado de profesionalización de las empresas y de los expertos que con ellas se relacionan. Se exige, a las unas y a los otros, una mayor especialización en sus conocimientos, una mayor responsabilidad respecto de los riesgos que puede generar la puesta en práctica de tales conocimientos y, en definitiva, una mayor vocación de servicio respecto a los destinatarios de su actividad.

En esta línea, ya habíamos advertido que, en cierto modo, los términos autorregulación y profesión se complementan mutuamente. La existencia de un cuerpo extenso de conocimientos y una orientación de servicio al público constituyen la base de toda actividad profesional. El aludido cuerpo de conocimientos está formado por reglas técnicas, mientras que la vocación de servicio se concreta en los deberes de los profesionales frente a los destinatarios de su actividad. Tanto las reglas técnicas como las reglas éticas que rigen una actividad profesional pueden estar contenidas en documentos muy diversos, como también son diversos los instrumentos tendentes a certificar su cumplimiento o a sancionar su vulneración. Cuando más elevado sea el grado de profesionalización de quienes ejercen una actividad más elevado será también el grado de cumplimiento voluntario de las normas que rigen dicha actividad. Y ello con

independencia de si tales normas poseen carácter jurídico y son, por tanto, vinculantes, como si son producto estrictamente de la autorregulación.

En el ámbito de la actividad empresarial hemos podido constatar que la aplicación de las reglas técnicas de un sector, y la adopción de reglas éticas, venía determinada en gran parte por la presión ejercida por los poderes públicos y por la sociedad. De un modo mucho más simple, las reglas técnicas que regulan una actividad profesional –normas técnicas de contabilidad, normas técnicas de la construcción, protocolos médicos, buenas prácticas de laboratorio- son seguidas normalmente con mayor rigor por parte de sus destinatarios -auditores de cuentas, arquitectos y aparejadores, médicos y enfermeras, químicos, científicos y farmacéuticos-. La asimilación de tales normas en el proceso de formación de los profesionales, la autoridad técnica que se reconoce a quien las aprueba y la mayor conciencia de su responsabilidad social explican que, salvo excepciones, las técnicas aplicables a una actividad profesional no hayan sufrido un proceso tan intenso de juridificación como el que es propio de las reglas técnicas que rigen la actividad de las industrias. Estas normas, pues, con carácter general, no poseen carácter jurídico, no se integran necesariamente en un ordenamiento privado, y no suelen imponerse obligatoriamente por contrato. Son normas, de marcado carácter técnico, estrictamente voluntarias y, a pesar de ello, son aplicadas con total normalidad en el seno del subsistema técnico que las genera. Cuando ello ocurre se facilita, al mismo tiempo el cumplimiento de la legislación, de las normas de carácter obligatorio que rigen una determinada actividad profesional.

La separación entre las normas técnicas y las normas jurídicas que rigen una actividad profesional, sin embargo, no es tan estricta como pudiese parecer. La legislación reguladora de la responsabilidad de los profesionales debe ser, en muchas ocasiones, completada mediante el recurso a la autorregulación. Cuando, a causa de la actividad profesional, se ocasionan daños a sus destinatarios o a terceros, la legislación prevé, obviamente, importantes mecanismos de exigencia de responsabilidad. Dicha responsabilidad puede ser exigida en vía civil o incluso en vía penal. Debido a que, mayoritariamente, esta responsabilidad es una responsabilidad por culpa, la valoración de la diligencia debida en su determinación requiere, necesariamente, comprobar la adecuación de la conducta profesional a las reglas técnicas aplicables en cada caso.

Es preciso advertir, asimismo, que la vía civil y la vía penal no excluyen la exigencia de responsabilidad disciplinaria por parte de los correspondientes Colegios Profesionales. También incumbe a los Colegios Profesionales la determinación de las reglas éticas -de las reglas de conducta que concretan los deberes y obligaciones de los profesionales- que regulan la actividad de sus colegiados. En este campo sí que se ha producido, debido a la naturaleza de Corporaciones de Derecho Público, una jurídicación de la ética profesional. Los códigos de conducta profesional son aprobados en forma de reglamentos y las sanciones disciplinarias que se imponen por su incumplimiento son, a pesar de su contenido, sanciones administrativas¹.

En principio, pues, la ética profesional es fruto de la regulación pública y no, como ocurre en otros modelos de derecho comparado, de la autorregulación. Esta afirmación es predicable, obviamente, de las profesiones colegiadas. Dejando a un lado éstas, en este capítulo realizaremos un breve recorrido por la regulación aplicable a algunas actividades que, debido a motivos diversos, no responden al modelo clásico de “profesión”. En concreto analizaremos cómo se articulan las responsabilidades éticas de los profesionales de los medios de comunicación, los profesionales de la publicidad, los profesionales que operan con las nuevas tecnologías y, aunque pueda resultar sorprendente, los profesionales de la Administración pública. Veremos que las mismas razones que explican el desarrollo de la autorregulación en el ámbito de las actividades científico-técnicas y en el ámbito de las actividades empresariales, impulsan también el desarrollo de la autorregulación en el ejercicio de las profesiones mencionadas. Así, el creciente poder de los medios de comunicación, la publicidad y las nuevas tecnologías y los riesgos de su actividad con relación a ciertos bienes –la dignidad humana, la intimidad o la protección de los menores- impone que se les exija la responsabilidad correspondiente. Las dificultades de los poderes públicos para imponer coactivamente,

¹ La concreta actividad de los Colegios Profesionales y la naturaleza jurídica de sus reglamentos y sanciones no será abordada frontalmente en este trabajo, por lo menos no como una manifestación directa de la autorregulación. Ello no obstante, en el capítulo V, cuando analicemos algunas manifestaciones de la publicación de la autorregulación nos veremos obligados a matizar algunas de las afirmaciones que tan tajantemente hemos apuntado en el texto. Tendremos ocasión de comprobar, más en concreto, que el desbordamiento de la capacidad de las Administraciones públicas para regular determinados aspectos de la vida social es predicable también de las actuales estructuras corporativas. Con ello, en el seno mismo de la estructura pública colegial, es posible discernir una actividad pública de regulación, que se concreta en la aprobación de reglamentos y una actividad privada de autorregulación, en la que se concretan numerosas reglas éticas de conducta que no son incorporadas en los textos reglamentarios y que, ello no obstante, sirven de referencia al ejercicio de la potestad sancionadora de los Colegios Profesionales.

mediante instrumentos de regulación de policía, esta responsabilidad, les conduce a introducir, también en estos ámbitos, la técnica de la autorregulación regulada. En realidad lo que se exige es un mayor grado de profesionalización en el ejercicio de estas actividades. Y esta exigencia es también la que explica que, en un ámbito absolutamente dominado por la regulación, como es el propio de la Administración pública, se ensaye la introducción de mecanismos de autorregulación.

II. LA AUTORREGULACIÓN Y EL AUTOCONTROL EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.

La concurrencia de los presupuestos que explican el desarrollo de la autorregulación regulada en el ámbito de los medios de comunicación –prensa, radio y televisión–, queda fuera de toda duda. No hay más que reparar en el enorme poder, político, económico y social, que poseen tales medios; en el reforzamiento de este poder gracias al desarrollo de las nuevas tecnologías, que provocan, asimismo, la internacionalización de la información; o en el marcado carácter ético de los límites a la actividad informativa. Son, también, destacables las dificultades del control estatal sobre el denominado “cuarto poder” y la inoperatividad en este ámbito de las técnicas clásicas de regulación, que se acentúa en un contexto, complejo y cambiante, al que los Estados llegan, casi siempre, con retraso. No es de extrañar pues, que, desde la Unión Europea, se apele a la responsabilidad de los medios de comunicación y se fomente el desarrollo de códigos éticos y de instrumentos técnicos, en un intento de encontrar un cierto equilibrio entre los intereses públicos en juego y las reclamaciones de libertad de los medios, que consideran cualquier intento de regulación como un límite inaceptable a la misma.

El análisis de este fenómeno requiere, sin embargo, una cierta perspectiva histórica, en la que haremos especial hincapié. La oposición de los profesionales de la información a cualquier intento de control por parte de los poderes públicos no se explica, por ejemplo, si no se toman en consideración los avatares históricos del proceso de consolidación de la libertad de expresión. Tampoco es comprensible la posición de periodistas y editores frente a la regulación estatal, si no se tiene en cuenta su consolidada experiencia en materia de autorregulación, basada en la existencia de códigos éticos de la profesión y de Consejos de prensa. No obstante, en la actualidad, no

es menos cierto que el subsistema técnico y profesional en el que se basaba la autorregulación de la prensa escrita se ha visto desbordado en gran medida. Nuevas formas de periodismo –prensa amarilla, prensa rosa-, nuevas técnicas de comunicación –con destacado protagonismo de los medios audiovisuales-, y nuevas concepciones del derecho a la información –que implican que debe protegerse no sólo a quien transmite a dicha información, sino también a los ciudadanos que la reciben-, plantean problemas insalvables para la correcta autorregulación de una realidad de la que no es predicable la existencia de un lenguaje y unos procedimientos técnicos comunes, ni una concepción ética compartida. Podría decirse, y es cierto, que pueden localizarse en las grandes empresas de comunicación, con mayor facilidad que en los medios en general, los elementos propios de un subsistema. Así, pueden distinguirse los instrumentos de autorregulación propios de las empresas de comunicación –los principios editoriales, los libros de estilo, los códigos éticos de empresa, o la figura del *ombudsman*, concretada en el defensor del lector, del oyente y del telespectador- de los instrumentos de los profesionales de la información –los códigos éticos de la profesión periodística, los Consejos de prensa y los convenios de autorregulación-. Unos y otros instrumentos, surgidos en momentos históricos diversos y en respuesta a necesidades distintas están llamados hoy a ocupar una posición preeminente en ámbitos en los que, en otras épocas, se articularon concretas técnicas de regulación de policía.

1. La profesionalización del periodismo como antecedente de la autorregulación en el ámbito de la prensa escrita.

Los desarrollos tecnológicos iniciados a finales del siglo XVIII, y que conocieron importantes revoluciones durante la primera mitad del siglo XIX, permitieron el nacimiento de la prensa popular diaria². A partir de 1860, aproximadamente, el periódico deja de ser un producto elitista para convertirse en un medio al alcance de la mayoría de los ciudadanos. Su objetivo prioritario consistía en influir en la opinión pública, sobre todo en cuestiones ideológicas y políticas, en el

² Según A. AZURMENDI, *Derecho de la información: guía jurídica para profesionales de la comunicación*, Eunsa, Pamplona, 2001, p. 24: “En 1818 se dispone ya de tinta de imprenta para las prensas rápidas de los periódicos; entre 1856-1875 se irá sustituyendo el papel de madera por el papel de trapo, algo que supuso su abaratamiento para los periódicos. Desde 1852 se introduce la composición mecánica gracias a la estereotipia. Hay que tener en cuenta, además, los avances de los transportes, que facilitaron la distribución de la prensa”.

marco de libertad reconocida en las primeras Constituciones liberales y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano³.

Cuando el poder de la prensa escrita se hizo patente, a causa de su decisivo papel en los acontecimientos políticos más relevantes de la época, empezaron las tensiones entre medios y gobiernos. Estas tensiones han conocido una larga andadura, en la que no han faltado la censura y el establecimiento gubernamental de medidas represivas, articuladas para neutralizar y controlar el poder y la influencia de los medios de comunicación. Así pues, desde un punto de vista histórico, los medios de comunicación se han desarrollado en un contexto de constante enfrentamiento entre la libertad informativa y su control político. Incluso en los sistemas democráticos, el “cuarto poder” constituye una tentación permanente para el poder ejecutivo, que tiende a apoderarse de aquél para utilizarlo en su propio interés⁴. Es en el marco de estas tensiones, y en el proceso de consolidación de la democracia, de las empresas periodísticas, de las agencias de noticias y del periodismo como profesión, donde aparecen los primeros códigos éticos y los primeros organismos de autocontrol de la prensa, que se presentaron como la mejor alternativa a la regulación y al control estatal.

En realidad son múltiples y diversos los fundamentos objetivos –políticos, jurídicos y técnicos- y subjetivos –sociales, profesionales y empresariales-, así como los factores históricos, que concurren en la aparición y en el progresivo desarrollo de la autorregulación y del autocontrol de los medios de comunicación⁵. La principal clave explicativa de este fenómeno radica en el papel que cumple la actividad informativa en los sistemas democráticos. La función social de la información -como instrumento de educación e instrucción, de formación de la voluntad política, de control político y de consolidación del pluralismo-, exige su máxima protección y una mínima injerencia de los poderes públicos, pero también convierte su correcto ejercicio en un imperativo

³ Según el art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): “La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre, todo ciudadano puede, por tanto, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley”.

⁴ Demuestran sin lugar a dudas esta afirmación, I. FERNÁNDEZ y F. SANTANA, en *Estado y medios de comunicación en la España democrática*, Alianza, Madrid, 2000, p. 48.

⁵ Un detallado estudio de los mismos puede consultarse en J. M. DESANTES GUANTER, *El autocontrol de la actividad informativa*, Cuadernos para el Diálogo, Edicusa, Madrid, 1973.

fundamental⁶. La aparición de un cuerpo de profesionales de la información y el desarrollo del fenómeno asociativo, fruto de la necesidad de dignificación del periodismo, ofreció el caldo de cultivo adecuado para la reflexión acerca del ejercicio del derecho a la información y sus límites⁷. Este cuerpo de profesionales, por lo demás, como todo subsistema técnico, supo adaptarse rápidamente a la temprana y progresiva internacionalización de la información, superando con facilidad unos límites –los territoriales- invencibles, entonces como ahora, para los Estados⁸.

Cuando la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas incluyó en su catálogo, en 1948, el derecho a la información, existían ya, por parte de los periodistas, posicionamientos muy claros acerca de cómo debía desarrollarse tal derecho⁹. La experiencia vivida en un período en el que se sucedieron dos guerras mundiales, y en el que emergieron y cayeron regímenes totalitarios de tipo fascista, ayuda a entender las reclamaciones de independencia y de libertad informativa y los recelos de los medios de comunicación hacia todo tipo de intervencionismo estatal. Se exigía una regulación estatal de mínimos y existía la consideración

⁶ Como señala M. CARRILLO, en “Los Consejos de Prensa como forma de autocontrol: propuestas y prevenciones respecto de su viabilidad en España”, *REP*, n.º54, 1986, p. 83, para garantizar el correcto ejercicio del derecho a la información, evitando asimismo la regulación y el control públicos, surge la iniciativa de crear los denominados Consejos de Prensa, que responde, según el mencionado autor, a un doble objetivo: “De una parte, a la necesidad de establecer mecanismos de control para preservar a la libertad de prensa de los ataques a su integridad procedentes de los poderes públicos, las propias empresas editoras o de cualesquiera otras relacionadas con el mundo periodístico; y de otra, del convencimiento de que la prensa precisa de un cierto código deontológico de actuación o, más exactamente, de instrumentos de autocontrol que faciliten una concepción libre, integral y ética de la función de informar”.

⁷ H. AZNAR, en *Comunicación responsable. Deontología y autorregulación de los medios*, Ariel Comunicación, Barcelona, 1999, p. 96, pone de relieve que, a principios de siglo, la situación del periodismo se caracterizaba por la falta de identidad profesional, la falta de condiciones mínimas para considerarlo una actividad digna y estable y, finalmente, la falta de ética y de prestigio de quienes se dedicaban a él. Fueron también los mismos periodistas quienes, mediante su organización sindical o asociativa, consiguieron transformar esta situación.

⁸ En esta línea, J. M. DESANTES GUANTER, en *El autocontrol...*, op. cit., p. 70, señala que: “lo que se ha encontrado como base permanente, cuando se han roto las fronteras estatales desde el punto de vista informativo, es precisamente el elemento profesional. Los periodistas y las empresas de prensa constituyen elementos iguales en todos los países y, por el momento, no ofrecen duda ninguna acerca de su permanencia”.

⁹ Tomamos como referencia la mencionada Declaración de Derechos Humanos, de 1948, porque la misma ha sido calificada como “el acta de nacimiento oficial del derecho a la información”: M. LOGIÉ; “La definition de l’information donnée par la professeur Clause et le droit à l’Information”, en *Publics et techniques de la diffusion collective, Etudes offertes à Roger Clausse*, p. 169, citado por J. M. DESANTES GUANTER, *El autocontrol...*, op. cit., nota 126, p. 117. Según el artículo 19 de la citada Declaración: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones y el de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión”.

generalizada de que el correcto ejercicio de la actividad informativa debía definirse y controlarse por la propia profesión¹⁰.

De este modo, entre tensiones y censuras previas, se consolidó definitivamente, a lo largo y ancho del mundo democrático occidental, en el ámbito de la prensa escrita, la autorregulación ética, que se ha ido actualizando al paso de cada intento o amenaza de regulación estatal¹¹. Esta autorregulación, desde el punto de vista orgánico, surge, básicamente, de las asociaciones de ámbito estatal, regional o mundial de periodistas y de los Consejos de prensa.

La consolidación del asociacionismo profesional, su regionalización y su mundialización, ha ido pareja a la aprobación de códigos de conducta en sus respectivos ámbitos de actuación. Desde que se aprobara, en 1918, la *Charte des Journalistes* francesa, las asociaciones de periodistas de todos los países del mundo se han ido dotando de estos instrumentos de autorregulación. Por citar sólo algunos, que destacan por su temprana aprobación, cabe citar aquí: el Código de conducta del *Publicist Klubben* suizo, aprobado en 1923; las Normas de conducta de la Prensa aprobadas por

¹⁰ En 1947, como respuesta a las críticas producidas en el seno del Parlamento y de la opinión pública relativas al descenso de la calidad de la prensa y al problema planteado por las tendencias monopolísticas existentes en el control de los medios de Comunicación, se creó en Inglaterra la primera Comisión Real sobre la actividad periodística. “Su informe, presentado en 1949, llega a la conclusión de que los problemas que habían determinado la sensibilización de la opinión pública y del Parlamento debían ser resueltos mediante un enfoque basado en la responsabilización de editoriales y periodistas frente a la opción de una posible regulación legal”: P. JIMÉNEZ NACHER, “El régimen de autocontrol de la prensa en el Reino Unido”, *RPJ*, n.º 39, 1995, p. 431. En el citado informe, y en su proyecto de desarrollo, “subyace la común idea de que toda intervención del Estado, sea meramente negativa o coercitiva, sea positiva o de fomento de los órganos de información, debe rechazarse por incompatible con la libertad”: J. M. DESANTES GUANTER: *El autocontrol...*, op. cit., p. 132. En consecuencia con esta filosofía, se recomienda la creación de un *General Press Council* (Consejo General de Prensa), así como la aprobación de un código deontológico, como mecanismos de autocontrol y autorregulación de la prensa. Esta propuesta es el antecedente inmediato del *British Press Council*, creado en 1953 y que fue sustituido en 1991 por la *Press Complaints Comisi6n*.

La misma filosofía de rechazo a la regulación y al control público de la prensa subyace en la “Declaración de los deberes de los miembros de la Federación Internacional de Periodistas”, aprobada en 1954. La cláusula 8 de la citada declaración establece: “aún reconociendo el derecho vigente en cada país, el periodista tan sólo acepta en materia profesional la jurisdicción de la propia profesión, con exclusión de toda intrusión gubernamental o de otro género”.

¹¹ Como en otros ámbitos, la autorregulación no se desarrolla normalmente si no es a causa de una presión externa. En este sentido, refiriéndose a los códigos deontológicos del periodismo, P. BARROSO ASENJO, en *C6digos deontol6gicos de los medios de comunicaci6n*, Ediciones Paulinas/Verbo Divino, Madrid/Pamplona, 1984, p. 18, advierte que: “Es preciso, ante todo se~alalar que con la mayor frecuencia los c6digos han surgido o han sido revisados y actualizados ante las amenazas o intentos por parte de los diversos gobiernos de instituir una legislaci6n especial para la prensa y la profesi6n periodística. Legislaci6n especial que traducía, en todo caso, el intento perenne por parte del poder polític6 de controlar ese nuevo y famoso “cuarto poder”, y no tenía otro motivo, causal o consecuentemente, sino el amordazar más o menos estrechamente la prensa y su libertad”.

las organizaciones profesionales de periodistas de Suecia en 1923; los Principios morales de la Prensa de Bélgica, aprobadas en 1947; los principios de ética profesional para la disciplina de la prensa italiana, aprobados por el Consejo Nacional de Prensa Italiana en junio de 1957; o el Código de la asociación de Editores y Periodistas alemanes, aprobado en 1958. Estos códigos, como muchos otros que les han seguido, han sido objeto de periódicas revisiones¹².

Puede considerarse que el primer código con alcance universal es la “Declaración de deberes de los miembros de la Federación Internacional de Periodistas”, que data de 1954. Mucho más recientemente se han aprobado también, a nivel regional e internacional: el Código Europeo de Deontología del Periodismo, aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 1 de julio de 1993; el Código de la Federación Internacional de Periodistas (FIP), aprobado en Helsingor en junio de 1986 bajo la rúbrica de “Declaración de principios sobre la conducta de los periodistas”, y los “Principios Éticos del Profesional del Periodismo” aprobados por la UNESCO en París, el 20 de noviembre de 1983¹³.

A pesar de que existen notables diferencias entre ellos, derivadas del momento histórico y del entorno cultural en el que se aprueban, estos códigos poseen unos contenidos mínimos bastante similares, que pueden resumirse en los siguientes: principios generales de ética –defensa de la verdad, la objetividad, la exactitud o el secreto profesional–; protección de derechos humanos –dignidad de la persona humana, derecho a la intimidad y a la vida privada, igualdad de tratamiento a las personas y respeto a las instituciones sociales–; deontología específica de la profesión –integridad del periodista, dignidad profesional, lealtad a la empresa, utilización de medios honestos para la obtención de información, y regulación de la cláusula de conciencia–; y, aunque en menor proporción, deberes de las empresas de comunicación –derecho de réplica,

¹² Puede consultarse el contenido de algunos de ellos, y de otros muchos no citados, en: AA. VV., *Ética en la información. Códigos de conducta y estatutos profesionales*, APIE, Madrid, 1996, pp. 99 y ss; H. AZNAR, *Ética y periodismo. Códigos, estatutos y otros documentos de autorregulación*, Paidós, Papeles de comunicación, Barcelona/Buenos Aires/México, 1999; P. BARROSO ASENJO, en *Códigos deontológicos...*, op. cit.; y J. M. DESANTES GUANTER, *El autocontrol...*, op. cit., pp. 347 y ss.

¹³ Sobre ellos pueden verse las aportaciones de: M. NUÑEZ ENCABO, “Código europeo de deontología del periodismo (Consejo de Europa)”; J. A. PRIETO, “Código de la Federación Internacional de Periodistas”; y N. BLÁZQUEZ, “UNESCO: Principios de ética profesional del periodismo”, publicadas en E. Bonete Perales (Coord.), *Éticas de la información y deontologías del periodismo*, Tecnos, Madrid, 1995.

corrección de errores, no publicación de pornografía, o no incitación al crimen o a la violencia-¹⁴.

Estos códigos constituyen la referencia esencial en la que se basan los Consejos de Prensa –cuando éstos no poseen su propio código-, en el ejercicio de su función de autocontrol de la profesión. La misión principal de estos organismos consiste en velar por el respeto a la libertad de información y, por tanto, deben controlar tanto los abusos gubernamentales contra la prensa como los excesos cometidos por la propia prensa.

La iniciativa de creación, la composición y las funciones de los Consejos de Prensa difiere según los países. En general, sin embargo, su constitución, que está presidida por el principio de voluntariedad, proviene de la iniciativa de las organizaciones profesionales y de las asociaciones de editores. En ocasiones, como sucede con el Consejo de Prensa sueco¹⁵, su composición se limita a diversos sectores del mundo de la prensa. En la mayoría de los casos, sin embargo, estos organismos agrupan a editores y periodistas¹⁶. Los Consejos de Prensa holandés, finlandés y británico, en su configuración actual, son los organismos de autocontrol que poseen una composición más amplia, puesto que integran a editores, a periodistas y al público lector.

Las decisiones de estos organismos –que adoptan la forma de recomendaciones, o reprobaciones- se definen por su carácter no coercitivo¹⁷. Debido a ello, la efectividad

¹⁴ La relevancia de estos cuatro aspectos, como mínimo común denominador de los códigos de los medios de comunicación, es destacada por P. BARROSO ASENJO, en *Códigos deontológicos...*, op. cit., p. 10, en la presentación a la recopilación de códigos contenida en este libro.

¹⁵ El Consejo de prensa sueco fue creado en 1916, siendo el órgano de autocontrol más antiguo.

¹⁶ Es el caso, por ejemplo, de los Consejos de Prensa existentes, con diversas denominaciones, en Suiza (1934), Alemania (1956), Dinamarca (1964), o Italia (1965).

¹⁷ Para un estudio detallado de lo que representa y cómo se estructura el autocontrol de la prensa, puede consultarse la monografía de J. M. DESANTES GUANTER, *El autocontrol...*, op. cit., y la bibliografía allí citada [destacadamente, J. HEINRICHSDAUER, *Die Presseselbstkontrolle*, Munich, 1954; M. LÖFFLER, *Selbstkontrolle von Press, Funk und Film*, Munich, 1960; INTERNATIONAL PRESS INSTITUTE, *Press Councils and Press Codes*, Zurich, 1966; H. P. LEVY, *The Press Council. History, procedure and cases*, Londres, 1967; y M. LÖFFLER y J. J. HÉBARRE, *Form und Funktion der Presseselbstkontrolle*, Munich, 1968].

También dedican su atención a los Consejos de Prensa: H. AZNAR, en *Comunicación responsable. Deontología y autorregulación...*, op. cit., pp. 203 y ss.; L. ESCOBAR DE LA SERNA, en *Manual de Derecho de la información*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 197 y ss.; J. A. RODRÍGUEZ GARCÍA, *El control de los medios de comunicación*, Dykinson, Madrid, 1998, en especial, pp. 55 y ss., 96 y ss., y 116 y ss.; M. CARRILLO, en “Los Consejos de Prensa como forma de autocontrol...”, op. cit., pp. 81 y ss.; y P. JIMÉNEZ NACHER, “El Régimen de autocontrol de la Prensa en el Reino Unido”, op. cit., pp. 429 y ss.

de estos instrumentos de autorregulación depende, por un lado, del grado de prestigio y autoridad que tengan dentro de la profesión y, por el otro, de su repercusión social, que está condicionada a la publicidad de su existencia y de sus decisiones. Si la mencionada autoridad es comúnmente aceptada, estos instrumentos de autorregulación presentan enormes ventajas sobre la regulación y el control estatales¹⁸. Sin embargo, la levedad de las decisiones de los Consejos de Prensa, que no imponen sanciones disciplinarias a sus miembros, es un importante obstáculo para la implantación efectiva de la ética profesional.

2. El modelo español de regulación y control público de los medios de comunicación.

Es notable el contraste existente entre el temprano desarrollo de la autorregulación periodística en los países de nuestro entorno y la tardía homologación del periodismo español a dicho entorno. Ello es debido a circunstancias históricas muy concretas.

Se ha afirmado con contundencia que los precedentes históricos del control de los medios de comunicación en España giran en torno a la censura¹⁹. Cuando en Europa aparecieron los primeros Consejos de prensa, el panorama español estaba marcado por la existencia de un estricto control gubernamental, que incluía la censura previa y que impedía el ejercicio de la libertad de información²⁰. En tal contexto, la autorregulación, a parte de sus escasas posibilidades de desarrollo, carecía de sentido²¹.

¹⁸ Según J. M. DESANTES GUANTER, *El autocontrol...*, op. cit., p. 79, la actuación de los Consejos de prensa, por una parte, es más ágil que la de los organismos de control administrativos y judiciales; por otra parte, estos organismos de autocontrol, así como los códigos éticos, pueden captar con mucha mayor precisión que las leyes o que los jueces, la incidencia técnica, política, o social, de los asuntos que deben resolver.

¹⁹ Para demostrar esta afirmación, J. A. RODRÍGUEZ GARCÍA, *El control de los medios de comunicación...*, op. cit., pp. 169 y ss., advierte que durante los siglos XVII y XVIII la censura de las publicaciones constituye un eje fundamental de la actividad del Estado y de la Iglesia católica, que ejercían esta función, respectivamente, a través del Consejo de Castilla y del Tribunal de la Inquisición. Durante el siglo XIX y, en concreto, a partir del Estatuto de Bayona de 1808, se encomienda al Senado velar por la conservación de la libertad de imprenta. Se crea, así la Junta senatorial de libertad de imprenta, que conoce de los recursos planteados contra la censura gubernativa. Entre la primera mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX desaparece la censura. Sin embargo, ésta reaparece de nuevo durante el régimen franquista, a partir de la promulgación de la Ley de Prensa de 22 de abril de 1938. En esta ley se preveían, como mecanismos de control de la prensa: la censura, las consignas, la designación de los directores de empresas periodísticas y formación pública de los periodistas..

²⁰ Miguel DELIVES, en *La censura de prensa en los años 40 (y otros ensayos)*, Ambito, Valladolid, 1985, pp. 6 y ss, demuestra claramente, a través de numerosos ejemplos, el extraordinario

Pudo haberse planteado la creación de un organismo de autocontrol cuando se suprimió legalmente la censura, se permitió la libre designación del director del medio y se reconocieron legalmente la libertad de empresa y la libertad de expresión. Ello no ocurrió hasta 1966, con la aprobación de la Ley de Prensa e Imprenta. Sin embargo, la opción de la autorregulación periodística quedó vetada por la instauración de una regulación de policía basada la reglamentación pública de los principios éticos de la profesión, la previsión de sanciones administrativas para su incumplimiento y la instauración de un arbitraje obligatorio. En concreto el artículo 33 de la citada Ley de Prensa e Imprenta atribuyó a un “Jurado de ética profesional” la vigilancia de sus principios morales²². Este precepto vino a dar continuidad al Estatuto de la Profesión periodística, aprobado por Decreto 1408/1964, de 6 de mayo, por el que se creó un Jurado de Etica Profesional y un Jurado de Apelación para recurrir contra las decisiones de aquél, únicos en el territorio nacional y con sede en Madrid²³. Ambos Jurados

“montaje censorio” que articuló el régimen durante la primera etapa de la posguerra civil. Según el citado autor, que ejercía la profesión periodística en esta época, dicho “montaje censorio (...) fue tan meticuloso que cuesta trabajo imaginar un aparato inquisitorio más coactivo, cerrado y maquiavélico. De la Delegación Nacional de Prensa llegaban a diario consignas referentes no sólo a lo que era ineludible publicar sino también a la forma en que debería hacerse y a lo que de ninguna manera debería ser publicado. De este modo la prensa española durante los años 40 fue convirtiéndose en el más eficaz instrumento propagandístico del nuevo Estado, de una uniformidad monótona y aburrida, sometida a un inflexible control”.

²¹ En todo caso podría destacarse la existencia de una actividad técnica clandestina, de autodefensa de la libertad de información, que no pudo llegar a formalizarse durante la dictadura franquista, consistente en la transmisión de contenidos críticos al régimen, bajo una presentación que les permitiese superar los controles gubernamentales. Sin embargo, del mismo modo en que vamos a obviar la existencia de controles políticos de los medios de comunicación no formalizados jurídicamente, no vamos a tomar tampoco en consideración aquella autorregulación que no encuentra ninguna plasmación formal, escrita ni organizativa.

²² Sin perjuicio del notable avance que supuso esta Ley, en lo que atañe al reconocimiento de la libertad de expresión y el derecho a difundir informaciones, son notables también las restricciones a las que se veían sometidos estos derechos, que según el artículo 2 de la citada norma, eran las siguientes: “el respeto a la verdad y a la moral, el acatamiento a la ley de principios del Movimiento Nacional y demás leyes Fundamentales; las exigencias de defensa nacional, la seguridad del Estado y del mantenimiento del orden público interior y de la paz exterior, el debido respeto a las instituciones y a las personas en la crítica de la acción política y administrativa, la independencia de los Tribunales, y la salvaguardia de la intimidad y del honor personal y familiar”.

Además, “la Ley de 1966 mantuvo una serie de resortes en manos de la Administración que, adecuadamente manejados, podían evitar los inconvenientes que para el régimen presentaba la prensa libre”: F. LÓPEZ RAMÓN, “La evolución del régimen jurídico de la libertad de prensa tras la Constitución de 1978”, *REDA*, 1982, n.º 34, p. 386. Entre tales resortes el citado autor destaca: la existencia de un Registro de empresas periodísticas; la existencia de un Registro oficial de periodistas; la exclusión de determinadas materias de la posibilidad de ser puestas en conocimiento del público; el control administrativo de la información procedente del extranjero; la obligación de insertar en periódicos determinadas informaciones; y, por último, la previsión de importantes potestades sancionadoras administrativas por infracción de las limitaciones impuestas al ejercicio de la actividad informativa.

²³ Cabe señalar, también, que con anterioridad a esta fecha, por Orden del Ministerio de Información y Turismo, de 11 de mayo de 1955, se instauró “la jurisdicción de Tribunales de Honor para conocer y sancionar, en su caso, las infracciones graves que puedan cometer los periodistas profesionales contra los principios contenidos en la declaración aprobada por la Federación Nacional de Asociaciones

estaban formados por un magistrado y por representantes, en igual proporción, de la Federación de Asociaciones de la Prensa Española (en adelante FAPE) y del Ministerio de Información y Turismo, designados todos ellos por dicho Ministerio²⁴. Esta composición se mantuvo con la aprobación del Segundo Estatuto de la Profesión Periodística, por Decreto 744/1967, de 13 de abril, y no se modificó hasta la aprobación del Decreto 900/1972, de 16 de marzo, que sustituyó los representantes ministeriales por igual número de representantes de la FAPE²⁵. La función de estos Jurados consistía en enjuiciar todas las infracciones de las normas relativas a las incompatibilidades de los periodistas, así como las que afectasen a las normas de ética profesional, contenidas en los “Principios Generales de la Profesión Periodística” que se publicaban como anexo a los mencionados Estatutos de la Profesión²⁶.

de la Prensa española”. Esta Federación, creada en Santander el 19 de mayo de 1922 (y hoy denominada “Federación de Asociaciones de Prensa Españolas”, en adelante FAPE) agrupaba las asociaciones profesionales de periodistas de ámbito provincial y estaba integrada, como Colegio Profesional, en la Organización Sindical. De acuerdo con la citada orden, el ejercicio de la actividad periodística se permitía sólo a quienes estaban inscritos –tras haber superado la prueba de grado en la Escuela oficial- en el Registro oficial de periodistas, dependiente del Ministerio de Información y Turismo. También era imprescindible para el ejercicio profesional estar en posesión del correspondiente carné, expedido por la FAPE, que estaba integrada, como colegio profesional, en la Organización Sindical. Correspondía también a la FAPE proponer al Ministerio de Información y Turismo las normas reglamentarias que determinasen la composición y funcionamiento de los Tribunales y aprobar la mencionada Declaración de principios de la profesión periodística, en los que aquellos debían basar su actuación. Estos Tribunales de Honor, sin embargo, nunca llegaron a constituirse. A pesar de ello, se ha afirmado que los mismos, “suponían teóricamente un órgano de autocontrol, por su composición, su competencia, por los sujetos pasivos de su actuación y por las normas deontológicas a aplicar”: J. M. DESANTES GUANTER, *El autocontrol...*, op. cit., p. 145.

No hay que confundir, pues, los Jurados de ética profesional con los mencionados Tribunales de Honor. Tampoco responde a la realidad analizada por nosotros el denominado Consejo Nacional de prensa, creado por Decreto de 27 de septiembre de 1962. Este organismo, a pesar de su denominación, por su significación y sus funciones –limitadas al asesoramiento del Ministerio de Información y Turismo en materias relacionadas con actividades informativas-, no puede ser calificado como organismo de autocontrol.

²⁴ En concreto, de acuerdo con los artículos 19 y 20 del Decreto 1408/1964, de 6 de mayo, el Jurado de ética profesional estaba compuesto, por un Presidente, que debía ser miembro de la carrera judicial, con categoría de Magistrado, y cuatro vocales: dos miembros de la FAPE, propuestos por su Consejo Directivo; y dos representantes del Ministerio de Información y Turismo que fueran funcionarios del mismo. El Jurado de Apelación estaba compuesto por un Presidente, Magistrado del Tribunal Supremo, propuesto por el Ministerio de Justicia, y por dos vocales: un miembro de la FAPE que estuviera en posesión del título de periodista de Honor, propuesto por dicha Federación; y un representante del Ministerio de Información y Turismo, que debería ser un funcionario del mismo, con una antigüedad mínima de diez años de servicio.

²⁵ Este Decreto mantiene la designación de ambos Jurados por parte del Ministerio de Información, y la naturaleza y la forma de designación de sus respectivos Presidentes, pero modifica el carácter de los vocales, que deben ser en todo caso miembros de la FAPE.

²⁶ La formulación de estos principios, de acuerdo con el anexo al Decreto 744/1967, de 13 de abril, era la siguiente: 1. En el ejercicio de su misión, el periodista ha de observar las normas de la moral cristiana y guardar fidelidad a los Principios del Movimiento nacional y Leyes Fundamentales del Estado. Las normas básicas de la actuación profesional del periodista han de ser el servicio a la verdad, el respeto a la justicia y a la rectitud de intención. El periodista ha de orientar su tarea a la función de informar, formar y servir a la opinión nacional; 2. En el cumplimiento de su misión, el profesional del periodismo

A pesar de que estos Jurados, por su composición y por sus funciones, presentan cierto paralelismo con los organismos de autocontrol de la prensa existentes en el resto de Europa, no dejaban de ser órganos estrictamente controlados por y dependientes de la Administración. Las facultades de designación de sus miembros por parte del Ministerio de Información y Turismo, su capacidad para imponer sanciones de suma gravedad, la compatibilidad de estas sanciones con las de otras jurisdicciones, la gran amplitud con que estaban tipificados los hechos perseguibles –contenidos en una norma de carácter reglamentario que incluía numerosas referencias a la ética y a la moral–, y la sola posibilidad de recurso ante un Jurado de Apelación, susceptible de las mismas objeciones que el de primera instancia, permite afirmar que el Jurado de ética no era un jurado privado, sino de una jurisdicción especial, un Tribunal de Honor, cuya existencia prohíbe el artículo 117 de la vigente Constitución de 1978.

En pleno proceso de transición, se aprobó el RD 3148/1976, del Ministerio de Información y Turismo, de 3 de diciembre, que modificaba el Estatuto de la Profesión Periodística, en un intento de establecer un sistema privado de autocontrol. Según esta norma, los Jurados de Ética profesional y de Apelación deberían tener, a partir de aquel momento, su sede en la FAPE, correspondiendo a ésta “determinar la constitución, composición y normas de procedimiento a las que ambos jurados acomodarán su actuación” (art. 51). Tales tribunales no llegaron, sin embargo, a constituirse, del mismo modo en que tampoco se aprobó por la FAPE, en aquel momento, ningún código de autorregulación en base al cual aquellos pudiesen adoptar sus resoluciones.

ha de tener en cuenta las exigencias de la seguridad y la convivencia nacionales, del orden y la salud pública. Será obligación del periodista evitar toda presentación o tratamiento de la noticia que pueda suponer apología o valoración sensacionalista de hechos o de formas de vida que sean delictivos o atentados a la moral y a las buenas costumbres. El profesional de la información tiene el deber de evitar toda deformación de la noticia que altere la realidad objetiva de los hechos o desvíe, de cualquier manera que sea, su alcance, su intención o su contenido. El periodista rechazará cualquier presión o condicionamiento que tienda a alterar la exactitud de la información o la imparcialidad de su opinión o juicio crítico rectamente expresados; 3. El periodista debe cuidar especialmente cuanto afecte a temas o publicaciones destinadas a la infancia y a la juventud, adecuando su albor a las normas esenciales de carácter formativo que deben orientarlas; 4. Es obligación ineludible de todo periodista el más estricto respeto a la dignidad, la intimidad, el honor, la fama y la reputación de las personas. El derecho y el deber a la verdad informativa tiene sus justos límites en este respeto; 5. El periodista tiene el deber de mantener el secreto profesional, salvo en los casos de obligada cooperación con la justicia, al servicio del bien común; 6. El periodista debe lealtad a la empresa en que presta sus servicios, dentro del marco de los principios esenciales que han de regir su actuación, en cuando no sean incompatible con su conciencia profesional, con la moral pública, con las Leyes y Principios Fundamentales del Estado y con lo dispuesto en la legislación de Prensa e Imprenta”.

Es constatable, pues, que, en el marco de un reconocimiento ficticio de la libertad de expresión y en ausencia de la libertad de asociación, la autorregulación no tuvo ninguna oportunidad de desarrollo. Sólo tras la aprobación de la Constitución de 1978 se constituyeron las primeras asociaciones relacionadas con los medios de comunicación, aunque, hasta tiempos muy recientes, su actividad no ha dado lugar a la aprobación de códigos éticos u otros instrumentos de autorregulación²⁷.

La prensa escrita de titularidad privada era controlada a través de los mecanismos que hemos descrito en el apartado anterior. Pero existían también algunos periódicos de propiedad pública, que no fueron privatizados hasta 1982, y una agencia de noticias de titularidad estatal²⁸.

El control público de la radio y la televisión se justificaba con base en su condición de servicios públicos de titularidad estatal. En concreto, el control de las

²⁷ Aunque no responden al esquema propio de los Consejos de Prensa, la creación de asociaciones voluntarias de periodistas, editores u otros profesionales de los medios de comunicación, constituye, como se verá, un paso imprescindible para el posterior desarrollo de la autorregulación profesional. I. FERNÁNDEZ, y F. SANTANA, en *Estado y medios de comunicación...*, op. cit., p. 76 y ss., describen la evolución del asociacionismo en el ámbito de los medios de comunicación durante la transición. Estas autoras ponen de relieve que, a partir de 1978, las asociaciones de prensa integradas en el sindicalismo vertical durante el franquismo, empezaron a adoptar estructuras democráticas. En su seno se pusieron de manifiesto, sin embargo algunos conflictos internos, que dieron lugar a una escisión de la profesión periodística entre las asociaciones de prensa agrupadas en la FAPE -que contaban al final de la dictadura con el monopolio para la concesión de los carnés- y las Uniones de periodistas, surgidas en la etapa democrática. También en 1978, se constituyeron la Asociación de Editores de Diarios Españoles (AEDE) y la Coordinadora Nacional de Asociaciones de profesionales de la Comunicación social -que agrupaba a asociaciones de prensa y a entidades representativas de radio, televisión, publicidad y relaciones públicas.

²⁸ Según I. FERNÁNDEZ, y F. SANTANA, *Estado y medios de comunicación...*, op. cit., pp. 58 y 59, aquellos medios de comunicación -periódicos y emisoras de radio- que fueron incautados por las tropas rebeldes durante la Guerra civil, pasaron a manos públicas durante el régimen franquista, dependiendo de la Secretaría General del Movimiento, hasta la extinción de ésta por Decreto 23/1977, de 1 de abril. Por Decreto 708/1977, de 15 de abril, se creó el Organismo Autónomo "Medios de Comunicación Social", en el que se integraron los periódicos y las emisoras que hasta entonces dependían del Movimiento, así como la Agencia Efe. En 1978 las emisoras pertenecientes a este organismo -Cadena de Emisoras Sindicales, Red de Emisoras del Movimiento y Cadena azul de Radiodifusión- se integraron a RTVE, por Decreto de 2808/1978, de 27 de octubre. Desde esta fecha y hasta la aprobación de la Ley 11/1982, de 13 de abril, por la que se procedió a la privatización de toda la prensa escrita estatal y a la supresión de la entidad "Medios de Comunicación Social", este organismo gestionaba 35 periódicos y la mencionada agencia de información. Desde esta privatización, sólo existen empresas periodísticas privadas.

La Agencia Efe, tuvo una evolución distinta. En el momento de su creación, era una sociedad anónima, con dos tercios de participación accionarial del Estado (33 por ciento del Instituto Nacional de Industria y 33 por ciento del patrimonio de Estado) y unos 375 accionistas menores. Desde la Orden Ministerial de 1 de septiembre de 1966, dicha Agencia tenía concedida en exclusiva la distribución de las noticias procedentes de agencias extranjeras. Cabe señalar que, en la actualidad, la Agencia Efe sigue existiendo, y se mantiene todavía en manos públicas, sin que se contemple ningún control parlamentario

emisoras de radio se justificaba sobre la base del monopolio estatal de las frecuencias, que permitió, por un lado, la consolidación de una red de emisoras de titularidad pública, sometidas a las consignas del régimen, y, por el otro, el establecimiento de un férreo control de las emisoras privadas, a través del otorgamiento de concesiones a las empresas fieles al régimen y a través de la censura²⁹.

En el ámbito de la televisión, un Decreto de 3 de octubre de 1957 reservaba al Estado “la realización en exclusiva de emisiones de televisión y su desarrollo técnico”. Las cadenas públicas de radio y la televisión eran gestionadas por un servicio público

sobre la misma. A pesar de haber perdido el mencionado monopolio sobre la distribución de noticias extranjeras, es una de las cinco Agencias de información más importantes del mundo.

²⁹ Es importante señalar que la publicación de los medios, e incluso su gestión estatal directa, no tiene porque comportar una injerencia ilícita del gobierno en la libertad informativa. Los precedentes de la publicación de la radiodifusión se encuentran, en lo que respecta a España, en la Ley de 26 de junio de 1934, que regula la estructura técnica y económica del Servicio de Radiodifusión Nacional. Esta Ley establecía el monopolio estatal de las frecuencias en lo que se refiere a las emisoras de ámbito nacional y contemplaba un régimen de concesiones para la realización de programas por parte de entidades nacionales. Las concesiones de programas estaban sometidas a las directrices y al control de la Junta Nacional de Radiodifusión o de las Juntas regionales, según los casos. Las mencionadas Juntas estaban compuestas por los representantes más característicos de organismos y corporaciones cuyos fines fueran artísticos, literarios y científicos, así como de ayuntamientos, diputaciones, representantes de prensa escrita y radioyentes. El otorgamiento de cualquier licencia para la realización de programas estaba sometida a un informe preceptivo de estas Juntas, que se encargaban también de elaborar a sus directrices para el correcto funcionamiento de las emisoras. La actividad de inspección de las emisiones y su el control del respeto a la ley era ejercido directamente por el Gobierno. Sobre ello, véase: E. GARCÍA LLOVET, *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Marcial Pons, Madrid, 1991, pp. 49 y ss.; y T. QUADRA-SALCEDO, *El servicio público de la televisión*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, pp. 54 y ss.

Como es lógico, sin embargo, el instrumentario de intervención pública facilitado por la titularidad estatal del servicio público de radio, fue utilizado durante el periodo franquista para sus propios intereses. Al concluir la Guerra Civil, en España había emisores locales -de titularidad privada-, comarcales -propiedad en su mayoría de Unión Radio-, y una red estatal, la Sociedad Nacional de Radiodifusión -creada durante el conflicto bélico e integrada por RNE y las emisoras de Falange Española Tradicionalista y de las JONS-. Los primeros años de dictadura se caracterizaron por la falta de regulación de este medio. Sin embargo, esta situación empieza a cambiar con la creación del Ministerio de Información y Turismo en 1952 y la transferencia, por Decreto de 15 de febrero de 1952, de las competencias en materia de radio a la Dirección General de Radiodifusión integrada en dicho Ministerio. La nueva Dirección general no sólo centralizó las competencias de ordenación de la radiodifusión, sino que poco después, asumió la gestión de los servicios radiofónicos de titularidad estatal, a través del organismo Administración Radiodifusora Española (ARE). Por Decreto de 24 de noviembre de 1952 se reservó al Estado la propiedad de las emisoras de ámbito nacional y comarcal, aunque, en este último caso, se contemplaba la posibilidad de la gestión indirecta por empresas privadas. Una orden de 1954 abre el concurso y, a finales del año siguiente, se adjudican las nueve concesiones de emisoras comarcales – cinco de ellas fueron para la sociedad SER-. Un Decreto de 8 de agosto de 1958 dispuso la transformación, en un plazo de cinco años, de las emisoras locales de onda media en emisoras de frecuencia modulada, y se abrió concurso público para su concesión a empresas privadas. Se acogieron a este régimen casi doscientas emisoras, entre las que se encontraba la red de emisoras de la iglesia católica (COPE), que cumplía la misión de perpetuar la confesionalidad del Estado y difundir la religión católica. Para los autores que han estudiado con detalle esta evolución, la limitación de la libertad de información durante el franquismo, mediante este tipo de controles, queda fuera de toda duda. En concreto, véase: J. A. RODRÍGUEZ GARCÍA, *El control de los medios de comunicación...*, op. cit., pp. 169; y I. FERNÁNDEZ, y F. SANTANA, *Estado y medios de comunicación...*, p. 144 y ss.

centralizado, la Administración Radiodifusora Española (ARE) –que, durante la transición política, fue objeto de diversas reorganizaciones con el objeto de dotarlo de mayor autonomía presupuestaria y funcional³⁰- en un régimen de monopolio que se mantuvo, para la televisión, con la creación de Radio Televisión Española (en adelante RTVE).

Así pues, a pesar de que el control político de la libertad de prensa se fue relajando con la misma intensidad con la que se debilitaba el régimen, las libertades de expresión e información no encontraron el marco jurídico del que son merecedoras hasta la aprobación de la Constitución de 1978, que recoge dicha libertad en el catálogo de derechos fundamentales, en concreto, en el artículo 20 CE³¹.

Una vez desmantelado el sistema pre-constitucional de control de la prensa escrita, esta actividad queda únicamente sometida a las previsiones constitucionales contenidas en el citado precepto –y a las de las leyes que lo desarrollan- y al control judicial de las mismas. La radio y la televisión pública, en cambio, siguieron sometidas

³⁰ Las reorganizaciones de este servicio, operadas por los Decretos de 11 de octubre de 1973, de 1 de octubre de 1976 y de 28 de octubre de 1977, no afectan a las competencias que sobre el mismo ejercía la Administración central, a través de la Dirección General de Radiodifusión y Televisión, sino que se limitaban a dotarlo de mayor autonomía presupuestaria y funcional, de acuerdo con las posibilidades que ofrecía la Ley General Presupuestaria. De los contenidos de estos Decretos, cabe citar las previsiones del Decreto de 1 de octubre de 1976, por el que se constituyó el Consejo General de Radio Televisión Española. Este Consejo debía asesorar, orientar y dictaminar sobre la programación difundida por los medios de radio y televisión y actuar como órgano de colaboración y apoyo a la Dirección General de Radiodifusión. Para profundizar sobre estos aspectos pueden consultarse las monografías de: T. QUADRA-SALCEDO, *El servicio público de la televisión*, op. cit., pp. 72 y ss.; y J. ESTEVE PARDO, *El Régimen Jurídico-Administrativo de la Televisión*, INAP, Madrid, 1984, pp. 239 y ss., donde se encuentra una acertada crítica sobre el sobredimensionamiento de la representación de la Administración del Estado en la composición de este Consejo, frente a la limitada representación de los medios de comunicación.

³¹ En el artículo 20.1 de la Constitución española se reconocen y protegen los derechos: a) “A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”; y b) “A comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. En claro contraste con la situación preexistente a esta norma se establece que: “el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa” (art. 20.2 CE); y que “sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial” (art. 20.5 CE). Según el artículo 20.4 CE: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”. En desarrollo de este precepto se han aprobado: la Ley Orgánica 62/1978, de Protección de los derechos fundamentales; la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

a un control gubernamental y, por expresa disposición del artículo 20.3 CE, se preveyó también su control parlamentario³².

Antes de analizar estos otros controles públicos –gubernamental y parlamentario-, interesa destacar algunos aspectos relacionados con el control judicial de los medios. En primer lugar, y debido a la inexistencia de códigos éticos y organismos de autocontrol, es destacable el protagonismo que han adquirido los tribunales en la definición del correcto ejercicio de la actividad informativa. En segundo lugar, puede constatarse también el paralelismo existente entre las resoluciones judiciales que se enfrentan a los conflictos relacionados con las libertades de expresión e información y los contenidos regulados en los códigos éticos, allí donde estos existen³³. En tercer lugar, y a pesar de la distinción, establecida recientemente, entre la protección que merece la libertad de expresión y la libertad de información³⁴, la

³² En concreto, el artículo 20.3 CE establece una reserva de ley para la regulación de “la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público” y para garantizar “el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”. En realidad, este mandato afectaba también a la prensa escrita de titularidad estatal. Sin embargo, ésta no mantuvo durante mucho tiempo su carácter público, sino que pasó a manos privadas mediante la aprobación de la Ley 11/1982, de 13 de abril, sobre supresión del organismo autónomo “Medios de Comunicación Social del Estado”. Contra dicha ley se promovió en recurso de inconstitucionalidad, en el que se cuestionaba la privatización de los periódicos gestionados por el mencionado organismo. Dicho recurso fue resuelto por la STC 86/1982, de 23 de diciembre, en la que se mantuvo que el artículo 20.3 CE no pretende congelar la situación existente en relación con los medios de comunicación social de titularidad pública, sino que únicamente trata de garantizar que la organización, gestión y control de los medios que en cada momento dependan de los entes públicos se ajuste a los criterios establecidos por dicho precepto constitucional. (F.J.4). Sobre este tema, véase, F. LÓPEZ RAMÓN, “La evolución del régimen jurídico ...”, op. cit., pp. 410 y ss.

³³ Los principios generales de ética –defensa de la verdad, la objetividad, la exactitud o el secreto profesional-; la protección de derechos humanos –dignidad de la persona humana, derecho a la intimidad y a la vida privada, igualdad de tratamiento a las personas y respeto a las instituciones sociales-; la deontología específica de la profesión –integridad del periodista, dignidad profesional, lealtad a la empresa, utilización de medios honestos para la obtención de información, y regulación de la cláusula de conciencia-; y los deberes de las empresas de comunicación –derecho de réplica y corrección de errores- han sido desarrollados básicamente gracias a la labor del Tribunal Constitucional. Sobre ello puede verse, entre otros: F. J. BASTIDA FREIJEDO e I. VILLVERDE MENÉNDEZ, *Libertades de Expresión e Información y Medios de Comunicación. Pontuario de Jurisprudencia Constitucional 1981-1998*, Aranzadi, Pamplona, 1998; L. DE CARRERAS SERRA, *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*, Ariel, Barcelona, 1996; y R. REBOLLO VARGAS, *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y límites penales*, PPU, 1992.

³⁴ Hasta fechas muy recientes se consideraba la libertad de expresión y la libertad de información como dos vertientes de un mismo derecho. De acuerdo con la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional, con la libertad de expresión se protege el derecho de cualquier persona a difundir pensamientos, ideas, opiniones, creencias y juicios de valor. La libertad de información, más restringida que aquélla, está vinculada, por un lado, a la libertad de prensa y, por tanto, al derecho a comunicar y recibir libremente información sobre hechos que puedan considerarse noticiables y, por otro lado, al derecho de los ciudadanos a recibir información veraz. Sobre ello pueden verse, entre otras, las siguientes sentencias: STC 167/1987, de 27 de octubre, F.J. 10; STC 6/1988, de 21 de enero, F.J.5; STC 223/1992, de 14 de diciembre, F.J.1. Este cambio de rumbo ha sido destacado por: A. AZURMENDI, *Derecho de la*

actividad periodística y, en general, los contenidos transmitidos por los medios de comunicación, se han visto revestidos de numerosas garantías y escasas restricciones³⁵.

Es notorio que la jurisprudencia constitucional se ha caracterizado por una interpretación muy amplia del derecho de quienes transmiten la información y bastante restrictiva de los derechos que colisionan con él³⁶. El derecho de los ciudadanos a recibir información, en cambio, ha sido defendido sólo en su vertiente política³⁷.

información..., op. cit., p. 34; L. DE CARRERAS SERRA, *Régimen jurídico de la información...*, op. cit., p. 40; y R. REBOLLO VARGAS, *Aproximación a la jurisprudencia constitucional...*, op. cit., p. 12.

³⁵ La protección jurisdiccional de la actividad informativa de los medios de comunicación se ha extendido no sólo a la transmisión de la información necesaria para la formación de la opinión pública y la voluntad política, esto es, a los “hechos noticiables”, sino también a aquellos contenidos que los propios medios convierten en noticia. A tenor de la STC 171/1990, de 5 de noviembre, podría parecer que existe una protección mayor para la actividad informativa de relevancia pública, esto es, básicamente, aquella relacionada con la formación de la opinión pública, que la que carece de tal relevancia. En concreto, en esta sentencia se afirma que “el efecto legitimador del derecho de información que se deriva de su valor preferente requiere, por consiguiente, no sólo que la información sea veraz –requisito necesario directamente exigido por la propia Constitución, pero no suficiente–, sino que la información tenga relevancia pública, lo cual conlleva que la información veraz que carece de ella no merece la especial protección jurisdiccional”. Sin embargo, se observa seguidamente que la relevancia pública de la información, como la notoriedad y carácter público de los sujetos cuyo derecho a la intimidad y a la propia imagen merece menor protección, no deriva de los contenidos de la información, sino del hecho de que los propios medios hayan convertido a determinados datos o determinados sujetos en noticia. En realidad, el Tribunal Constitucional, para poder justificar esta menor protección invoca a la voluntariedad de los individuos. Las personas que ocupan cargos públicos o las que han dado notoriedad a su propia persona, “aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general (...)”: STC 171/1990, de 5 de noviembre, F.J.5.

³⁶ La prevalencia de la libertad de información sobre otros derechos de la personalidad ha sido reiterada por nuestro Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones. A título de ejemplo pueden verse las siguientes sentencias: STC 104/1986, de 17 de julio, F.J. 5; STC 165/1987, de 27 de octubre, F.J. 10; STC 107/1988, de 8 de junio, F.J.2; STC 171/1990, de 5 de noviembre, F.J.5; STC 40/1992, de 30 de marzo, F.J.1; STC 240/1992, de 21 de diciembre, F.J.3; STC 85/1992, de 8 de junio, F.J.4. Así, por ejemplo, en los conflictos planteados por la tensión entre el derecho al honor y el derecho a la información, el Tribunal Constitucional otorga a este último una valoración preponderante, por cuanto se advierte en él “la dimensión de garantía de una institución pública libre” que “no se da en el derecho al honor”: S. MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 173. La interpretación extensiva del derecho de la información y restrictiva del derecho a la intimidad es señalada por J. RUIZ-GIMÉNEZ, *Dialèctica de la llibertat de comunicació i el respecte a la intimitat*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1991. Esta tendencia es advertida también en el derecho comparado, como pone de manifiesto J. C. LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico de la televisión privada*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 149 y ss.

³⁷ Para I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 15: “el “derecho a recibir información” del artículo 20.1.d) CE no es la “otra cara” del derecho a comunicarla, sino un derecho fundamental autónomo y complejo de todos y cada uno de los individuos a acceder sin trabas a la información”. Del análisis de la STC 6/1981, de 16 de marzo, M. CARRILLO, en “El derecho a la información: entre la ley y la autorregulación”, *Anuario Parlamento y Constitución*, n.º 2, 1998, p. 121, deduce que: “El significado constitucional del derecho a recibir información niega que sea un simple reverso del derecho a comunicarla, para realzar su propia autonomía basada en el derecho de los individuos a acceder sin trabas a la información. Este cambio basado en la tutela de la posición del destinatario de la información, es consecuencia del proceso de evolución del Estado liberal al Estado democrático. Del clásico enfoque de la libertad de expresión en el que su titular es el individuo que participa activamente en la libre discusión de las ideas, se ha dado paso a un planteamiento en el que,

El control judicial no ha llegado a captar -porque la legislación no es suficientemente precisa- o no ha tenido ocasión de plantearse -por las dificultades derivadas de la protección de derechos colectivos- la incidencia de la actividad de los medios sobre ciertos valores constitucionales sensibles a la misma. No se han tomado en consideración, en concreto, ni las posibles vulneraciones a derechos fundamentales por los contenidos no informativos de los medios -contenidos supuestamente educativos, lúdicos o de entretenimiento-, ni los denominados “derechos del público”, que debieran incardinarse también en la protección ofrecida por el artículo 20.1 CE³⁸.

además de los individuos, cuenta también la colectividad como sujeto beneficiario de una información que no puede ser ejercida de cualquier forma”.

Sin embargo, la interpretación jurisprudencial de este derecho, cuyo reconocimiento es ciertamente destacable, sigue apegada a la consideración de la información como elemento necesario para la formación de la opinión pública: La STC 168/1986, de 22 de diciembre, reconoce que “el derecho a recibir una información veraz es de este modo un instrumento esencial de conocimiento de los asuntos que cobran importancia en la vida colectiva y que, por lo mismo, condicionan la participación de todos en el buen funcionamiento del sistema de relaciones democráticas auspiciadas por la Constitución, así como el ejercicio efectivo de derechos y libertades”; en la misma línea, la STC 159/1986, de 12 de diciembre, afirma: “Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas (...) la información entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la información pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político”. Estas sentencias responden, por lo demás, a la interpretación clásica del contenido de la libertad de expresión, como pone claramente de relieve M. SAAVEDRA, *Libertad de expresión en el Estado de derecho. Entre la utopía y la realidad*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 55 y ss. En consonancia con este planteamiento y contrariamente a lo que defienden los autores citados al inicio de esta nota, según este mismo autor, en “La ética televisiva y los derechos del público”, *Claves de Razón Práctica*, n.º 44, 1994, p. 44: “El derecho a recibir información no es sino la otra cara del derecho a expresarse libremente”.

³⁸ Tales derechos han sido reclamados por parte de diversas organizaciones ciudadanas. Cabe destacar así, las reclamaciones de la Federación Nacional de Asociaciones de Televidentes o las del Consorcio Nacional de Asociaciones para una programación limpia, recogidas por E. LÓPEZ-ESCOBAR, “Valores vulnerables en la televisión multicanal española”, en J. G. Blumler (Coord.), *Televisión e interés público*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 218. También la Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (CEACCU) aprobó, en marzo de 1996, un “Decálogo de los derechos de los usuarios de los medios de comunicación”. Su contenido puede consultarse en *Ética de la comunicación audiovisual*, (Coord. E. Bonete Perales), Tecnos, Madrid, 1999, p. 195.

En la misma línea, A. AZURMENDI, *Derecho de la información...*, op. cit., p. 28, nota 13, menciona la “Carta de los derechos de los televidentes”, de 2000, del Consell de l’Audiovisual de Catalunya. Frente a estas reclamaciones, esta autora hace referencia a las reflexiones de J. L. DADER, “La recuperación ciudadana de los medios. Vías de participación y contrapeso crítico de los consumidores y usuarios ante los medios de comunicación de masas” en <http://comunicacion.boschce.es/articulos/> [última consulta: 10/12/2001]. Según este autor, aunque en algunos ámbitos de la comunicación se ha conseguido cambiar la imagen del público como un consumidor pasivo, gracias al “trabajo prolongado, y crecientemente profesionalizado, de las asociaciones y movimientos de consumidores”, todavía la generalidad de los medios siguen mayoritariamente configurados como “un escenario en el que una minoría socialmente autista concibe, diseña y produce unos mensajes que son deglutidos/consumidos por la población general de manera pasiva y teledirigida, sin apenas posibilidad de intervención o reacción crítica ante los “paquetes” manufacturados y estandarizados que aquellos amos del mercado de la comunicación les suministran”.

Tampoco el control gubernamental y parlamentario se ha interesado por estos aspectos. Como hemos advertido, la distinta configuración de la actividad periodística en función del medio por el que se transmite la información conlleva que los medios dotados de mayor capacidad de repercusión social, esto es, la radio y la televisión, se encuentren sometidos, además del control judicial, por un lado, a un control gubernamental -derivado de su configuración como servicio público- y, por el otro, a un control parlamentario -impuesto por el artículo 20.3 CE-.

Con la aprobación de la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión (ERTV), se declara que la radiodifusión sonora y la televisión poseen la consideración de “servicios esenciales cuya titularidad corresponde al Estado”. La justificación de la configuración de la radio y la televisión como un servicio público, radicaba, por un lado, en razones técnicas, que hoy se consideran superadas –la limitación de ondas y canales para transmitir la imagen y el sonido- y, por el otro, en la necesidad de garantizar y hacer efectivos los derechos y libertades fundamentales relacionados con la actividad informativa y el pluralismo³⁹. Dichos servicios se prestaron, inicialmente, mediante la modalidad de gestión directa y en régimen de monopolio, a través del ente público RTVE, entidad de derecho público a la que se adscribieron las sociedades estatales Radio Nacional de España (RNE), Radio Cadena Española (RCE) y Televisión Española (TVE), encargadas de la prestación material del servicio.

El control parlamentario de estos medios de comunicación se articuló, por un lado, mediante un control directo de la actividad del ente público RTVE -realizado a través de una Comisión parlamentaria- y, por el otro, mediante un control indirecto -a

³⁹ En el preámbulo del ERTV se afirma que “la radiodifusión y la televisión, configuradas como servicio público esencial, cuya titularidad corresponde al Estado, se concibe como vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones, así como medio capital para contribuir a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, con especial atención a la protección de los marginados y de no discriminación a la mujer”. Sobre estos aspectos, mostrando una confianza en la institución del servicio público como garantía de la libertad, puede verse: C. CHINCHILLA MARÍN, *La radio-televisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 103 y ss; de la misma autora, “El servicio público ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pp. 943 y ss.; E. GARCÍA LLOVET, *El régimen jurídico de la radiodifusión*, op. cit., pp. 190 y ss; y J. ESTEVE PARDO, “Servicio público de Televisión y garantía de la institución de la opinión pública libre”, *RAP*, n.º 123, 1990, pp. 185 a 210.

través de la designación de los miembros del Consejo de Administración de RTVE-. Además del Consejo de Administración, completan la estructura del ente público RTVE, los Consejos asesores de RNE y TVE (art. 6 ERTV), los Delegados territoriales de TVE (art. 14 ERTV), y el Director general, cuyo nombramiento corresponde al Gobierno (art. 8 ERTV). Así pues, el control parlamentario no excluye el que ejerce directamente el Gobierno, mediante la designación del Director general -que es el órgano ejecutivo de RTVE-, y mediante la posibilidad de fijar periódicamente “las obligaciones que se derivan de la naturaleza de servicio público de RTVE” (art. 21 ERTV)⁴⁰.

A pesar del importante cambio cualitativo que se produce, respecto al sistema anterior, tanto en lo que atañe al esquema organizativo del control público de estos medios, como en lo relativo a sus concretos contenidos, la excesiva presencia del Gobierno en las decisiones del ente RTVE ha sido, y sigue siendo, objeto de duras críticas⁴¹. También ha venido siendo ampliamente cuestionado, hasta su actual desmantelamiento, el monopolio público de la televisión⁴².

⁴⁰ Se ha planteado si esta facultad gubernamental puede tener una incidencia directa en la programación de los contenidos emitidos. De acuerdo con el ERT, el Consejo de Administración de RTVE es quien fija los principios básicos y las líneas generales de la programación (art. 8.d ERT), el Director general del Ente público ordena la programación de acuerdo con tales principios (art. 11 g ERT) y los Directores de los medios la ponen en practica. La facultad gubernamental de “fijar las obligaciones que se derivan de la naturaleza de servicio público de RTVE” no debiera suponer, por ello, como presupone F. GONZÁLEZ NAVARRO, en *Televisión pública, televisión privada*, Civitas, Madrid, 1982, p. 44, un vaciamiento de las competencias del Consejo de Administración. Parece más acertada la interpretación que propone J. ESTEVE PARDO, en *El Régimen Jurídico-Administrativo de la Televisión*, op. cit., p. 270 y ss., según el cual, las facultades del Gobierno respecto a la programación no se refieren a la fijación de sus contenidos, sino al establecimiento de determinadas obligaciones a las que debe ajustarse RTVE: “En esta línea se inscriben la competencia del Gobierno para fijar las horas de programación nacional (artículo 13 ERT), para la atribución de frecuencias y, en general, para la observancia de algunas notas inherentes a cualquier servicio público, especialmente, en el caso que nos ocupa, el principio de igualdad y continuidad en la prestación” (Ibidem, p. 272). No parecería descabellado, sin embargo, que, entre estas obligaciones de servicio público, se incluyesen también los principios que debe respetar la programación para no vulnerar los derechos que justifican tal calificación: pluralismo, no discriminación, respeto a los derechos de los menores, etc.

⁴¹ Especialmente contundentes son las de F. GONZÁLEZ NAVARRO, en *Televisión pública, televisión privada*, op. cit., pp. 39 a 42, que desgrana todos los artículos de la Ley 4/1980 en los que se advierte el control que podrá ejercer el ejecutivo sobre RTVE. En la misma línea, J. M. SOUVIRÓN MORENILLA, *Derecho público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión*, Comares, Granada, 1999, p. 25.

⁴² Se afirma, en términos generales, que el monopolio público de la televisión contradice abiertamente la libertad de expresión e impide el pluralismo. El propio Tribunal Constitucional después de una inicial admisión indirecta de su constitucionalidad, mantenida en la STC 12/1982, de 31 de marzo, parece haber cambiado de opinión. En concreto, cuando el legislador se decidió a romper el monopolio de la gestión pública de la televisión, dando entrada a la gestión privada de la televisión por ondas de alcance nacional, mediante la técnica de la concesión, no dudó en afirmar que, a través de esta técnica “se impide un monopolio privado de los medios de comunicación social, no menos odioso desde la exclusión del

En su momento, se puso en duda, incluso, la constitucionalidad de la declaración de estos medios como servicio público⁴³ y se sigue cuestionando hoy su efectividad para lograr los objetivos que la justifican⁴⁴.

Al margen de estas críticas parece que, en España, igual que en nuestro entorno europeo, mientras duró el monopolio público, la televisión “encontró su molde en una ética de programación de amplia cobertura, de exhaustividad”, abarcando “objetivos tan

ejercicio de los derechos de otros, que el monopolio público ya abandonado”: STC 127/1994, de 5 de mayo, F. J. 6. Una visión crítica sobre los problemas que puede plantear tal monopolio, en orden al libre ejercicio del derecho de expresión y a la garantía del pluralismo, así como su posible compatibilización, puede verse, entre otros, en: J. ESTEVE PARDO, *El Régimen Jurídico-Administrativo...*, op. cit., pp. 120 y ss.; y A. RALLO LOMBARTE, *Pluralismo informativo y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 197 y ss. Este autor advierte tanto de los peligros del monopolio público, como de los que se derivan de la liberalización total de los medios y de las posibilidades de constitución de monopolios privados.

⁴³ Dicha constitucionalidad era puesta en duda por algunos autores, como R. ENTRENA CUESTA, “El principio de libertad de empresa”, en *El modelo económico en la Constitución española*, Madrid, 1981, pp. 103 y ss.; o S. VARELA, “Constitución, monopolio público y televisión”, *Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED*, n.º 6, 1980, pp. 54 y ss. Otros autores [F. GONZÁLEZ NAVARRO, en *Televisión pública, televisión privada*, op. cit., pp. 236 y ss.; y F. SAINZ MORENO, “La regulación legal de la televisión privada en la jurisprudencia constitucional”, *REDC*, n.º 2, 1981, pp. 159 y ss.] entendían que la técnica del servicio público no era aplicable a la protección de derechos fundamentales, y que la publicación de la radiodifusión y la televisión suponían un importante menoscabo del derecho fundamental de libre expresión. El Tribunal Constitucional, sin embargo, en la Sentencia 12/1982, de 31 de marzo, declaró que “la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro ordenamiento jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador”.

⁴⁴ Hay autores que entienden que el servicio público es en sí mismo una amenaza para la libertad. Se afirma que el pluralismo informativo no puede garantizarse adecuadamente desde la publicación de los medios, sino que su mejor garantía es su privatización y la eliminación de trabas para su implementación. Cuantos más periódicos, radios o televisiones existan, mejor garantizado queda el pluralismo informativo. En este sentido: G. ARIÑO ORTIZ, *El proyecto de ley sobre televisión privada*, IEE, Madrid, 1987, pp. 78 y ss; F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Televisión pública, televisión privada*, op. cit., pp. 232 y ss; J. C. LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico de la televisión...*, op. cit., pp. 226 y ss. Una exposición de estas posturas, y de los problemas que plantean, puede encontrarse en A. RALLO LOMBARTE, *Pluralismo informativo y Constitución*, op. cit., pp. 23 y ss. También es crítico con ellas J. KEANE, en “La democracia y los medios de comunicación”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, n.º 129, 1991, pp. 549 a 568.

En cualquier caso, como es obvio, el establecimiento de los medios de comunicación como servicio público supone la legitimación jurídica para poder ejercer un control sobre la ordenación técnica de dichos medios y sobre el derecho de acceso a los mismos. El uso que se ha hecho de estas facultades ha llevado a afirmar que “lo que podría justificar la referida justificación de servicio público, concretamente la garantía de unos mínimos contenidos televisivos, presenta escasa virtualidad, confirmándose así, una vez más, que lo que realmente se ha buscado a través de la reserva de la televisión a favor del Estado no ha sido otra cosa que impedir, primero, y restringir ampliamente, más tarde, el acceso de los particulares a la gestión de emisoras o canales de televisión”: G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El paisaje televisivo. Características e insuficiencias del ordenamiento jurídico de la televisión*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 86; y, del mismo autor, “El paisaje televisivo en España”, en S. Muñoz Machado (Coord.) *Derecho europeo del audiovisual*, vol. I, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.

distintos como la educación, la información y el entretenimiento; diversidad, calidad y popularidad”⁴⁵.

En los últimos veinte años, sin que se haya producido ninguna modificación relevante en el ERTV ni en la organización y las funciones del ente público RTVE, el panorama televisivo y radiofónico ha sido objeto de importantes revoluciones. Quebró primero el monopolio estatal de la prestación de este servicio y, más adelante, la desaparición de los fundamentos técnicos que justificaban su *publicatio* impulso el proceso de privatización que, como es sobradamente conocido, ha sufrido este sector⁴⁶.

3. El nuevo marco europeo de los medios de comunicación: la autorregulación ética como alternativa a la regulación.

En líneas generales, el panorama de los medios de comunicación en los países de la Unión Europea, fundamentalmente en lo que atañe a la titularidad y a la gestión del servicio de radiotelevisión, presenta notables similitudes con el caso español. Los servicios de radio y televisión fueron prestados en régimen de monopolio público, en un

⁴⁵ J. G. BLUMLER, “La televisión pública ante el diluvio comercial”, en *Televisión e interés público*, (Coord. J. G. Blumler), Bosch, Barcelona, 1993, p. 21-22. En lo que atañe al caso español, en 1981, el Consejo de Administración de RTVE aprobó de forma unánime un conjunto de “principios y pautas básicos a los que debe ceñirse la televisión”. Dichos principios, directamente vinculados a los fundamentos en que se basa la publicación de la televisión, inspiraron la programación de este medio durante sus primeros años de andadura y sirvieron de modelo a parecidas declaraciones incorporadas en los documentos fundacionales de las empresas de televisión autonómica, que se crearon unos años después. Sobre ello puede verse E. LÓPEZ-ESCOBAR, “Valores vulnerables en la televisión multicanal española”, en J. G. Blumler (Coord.), *Televisión e interés público*, op. cit., pp. 212 y ss.

⁴⁶ Podría decirse que este proceso se inició con la aprobación de la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, por la que se permitió la ampliación a un Tercer canal de televisión, mediante la técnica de la concesión, que posibilitó la posterior instauración de los canales autonómicos, a pesar de que la titularidad del servicio seguía correspondiendo al Estado. Una crítica de la utilización del sistema de concesión, pensado para la colaboración privada en la prestación de servicios públicos, para atribuir la gestión de un tercer canal de televisión a las Comunidades Autónomas, puede verse en, J. ESTEVE PARDO, *El Régimen Jurídico-Administrativo...*, op. cit., 201 y ss.

Mucho más recientemente, la Ley 10/1998, de 3 de mayo, contempló la posibilidad de gestión indirecta por parte de otras sociedades concesionarias, abriendo la puerta a las televisiones privadas hoy existentes. A pesar del mantenimiento de la calificación de servicio público, no son ya de titularidad estatal la televisión por cable, la televisión por ondas terrestres, ni, obviamente, las emisoras municipales, reguladas, respectivamente, por la Ley 42/1995, de Telecomunicaciones por Cable, la ley 41/1995, de Televisión Local por Ondas Terrestres, y la Ley 11/1991, de 8 de abril, sobre organización y control de las emisoras municipales. Finalmente, la aparición de nuevas tecnologías ha roto definitivamente el carácter absoluto de la *publicatio* de la televisión, al quedar expresamente destipificada como servicio público la televisión por satélite con la aprobación de la ley 37/1995, de Telecomunicaciones por satélite. Un análisis detenido de estas normas puede encontrarse en J. M. SOUVIRÓN MORENILLA, *Derecho público de los audiovisuales...*, op. cit.

inicio, y han sido en las últimas décadas objeto de privatización⁴⁷. Como contrapunto, existen destacables diferencias en lo relativo a su control que, en nuestros países vecinos, se desvincula del gobierno, mediante la creación de administraciones independientes o de órganos especializados con amplia representación parlamentaria y social⁴⁸. Los únicos organismos de control en España asimilables a los existentes en el ámbito europeo, han sido creados a nivel autonómico⁴⁹.

⁴⁷ Las características generales del régimen jurídico de la radiotelevisión en derecho comparado están claramente expuestas en J. ESTEVE PARDO, *El Régimen Jurídico-Administrativo...*, op. cit., pp. 17 y ss. Para una visión más actualizada, que recoja el proceso de ruptura de monopolios públicos y de privatización de la radiotelevisión, pueden consultarse, entre otros: C. DEBBASCH, *Radio et Télévision en Europe*, Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1985; S. MUÑOZ MACHADO, *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Fundación Universidad Empresa/Civitas, Madrid, 1993.

⁴⁸ Mientras que en España, a pesar de la caracterización de ente público RTVE como una administración independiente, existe un control de los medios de comunicación excesivamente vinculado al poder ejecutivo, puede constatarse que, en el derecho comparado, esta materia se intenta desvincular de forma más contundente del gobierno. En Francia y en Bélgica existen autoridades independientes en este sector, que reciben la común denominación de “Consejo Superior del Audiovisual” –*Conseil Supérieur de l’Audiovisuel*–; en Gran Bretaña existe una “Comisión Independiente para la Televisión” –*Independent Television Commission*–; la Constitución de Portugal prevé la existencia de una “Alta Autoridad para la Comunicación Social” –*Alta Autoridade para a Comunicação Social*–; y en Italia se ha creado una “Alta Autoridad para la Garantía de la Comunicación”.

En Alemania el control de los medios no se ejerce a través de una administración independiente, sino mediante diversos órganos de control –uno en cada Lander y otro de ámbito Federal–, con amplia representaci3n parlamentaria, donde se contempla la imprescindible presencia de los grupos sociales y políticos. A través de estos 3rganos se pretende ejercer el control sobre el respeto al pluralismo en sus diversas manifestaciones, la protecci3n de la intimidad de las personas, así como evitar los excesos en materia de sexo o violencia, a fin de salvaguardar a los sectores sociales más vulnerables.

Los antecedentes y los fundamentos de la creaci3n de estos organismos pueden consultarse en J. ESTEVE PARDO, *El Régimen Jurídico-Administrativo...*, op. cit., pp. 17 y ss. Sobre su configuraci3n actual, véanse: R. ARNOLD, “The Role of Public Television Broadcasting within the Competitive Market in Germany”, en S. Muñoz Machado (Coord.), *Derecho europeo del audiovisual*, vol. I, op. cit., pp. 379 y ss.; J. C. LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico de la televisi3n...*, op. cit., pp. 35 y ss.; J. A. RODRÍGUEZ GARCÍA, *El control de los medios de comunicaci3n...*, op. cit., pp. 57 y ss., 99 y ss., y 118 y ss.; J. TORNOS MAS, *Las autoridades de regulaci3n de lo audiovisual*, Consell de l’Audiovisual de Catalunya/Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999, pp. 99 y ss.; y A. RALLO LOMBARTE, *Pluralismo informativo y Constituci3n*, op. cit., pp. 237 y ss. Este último (pp. 306 y ss.), expone también con detalle las propuestas legislativas existentes en España sobre la creaci3n de un organismo independiente de control de los medios audiovisuales. Sobre este aspecto pueden verse también las aportaciones de: L. EZCURRA, “Sobre la conveniencia de designar una autoridad independiente para el control del cumplimiento de la reglamentaci3n por parte de las empresas públicas y privadas de televisi3n”, en S. Muñoz Machado (Coord.), *Derecho europeo del audiovisual*, vol. II, op. cit., pp. 987 y ss.; y J. TORNOS MAS y A. BETANCOR RODRÍGUEZ, “Los organismos reguladores de lo audiovisual”, en *El régimen jurídico del audiovisual*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona 2000, pp. 109, pp. 193 y ss.

⁴⁹ Así, la Ley catalana 8/1996, de 5 de julio, de Regulaci3n de la Programaci3n Audiovisual Distribuida por Cable, crea el Consejo del Audiovisual, que está formado por doce vocales, que deben ser “personas de reconocida competencia técnica y profesional”, nombrados por partes iguales por el Gobierno de la Generalitat, el Parlamento, y las entidades representativas de los municipios de Cataluña. Cabe destacar, sin embargo, la falta de participaci3n de entidades sociales. Este organismo tiene atribuidas funciones asesoras y consultivas, y de vigilancia y control de la programaci3n. En concreto, debe velar por el respeto a la legislaci3n sobre audiovisuales y publicidad, proteger a las minorías, y “recoger las demandas y sugerencias de los usuarios de los medios y mantener una relaci3n constante y fluida con el ciudadano, los profesionales del sector audiovisual, las empresas y las diferentes asociaciones y entidades interesadas” (art. 123 de la Ley catalana 8/1996). Puede proponer también la

A pesar de estos controles, la irrupción de cadenas comerciales ha provocado una pérdida de calidad de los contenidos televisivos, presididos por la violencia de sus imágenes, el protagonismo de los escándalos y la preponderancia de programas de escaso contenido formativo, lo cual plantea serias dudas sobre la vigencia real de determinados valores y derechos de carácter colectivo⁵⁰. La liberalización de los medios de comunicación y la aplicación a los mismos de los principios de libre competencia, entre otros factores, ha conducido a una proliferación de parrillas de programación pensadas para atraer a la audiencia y caracterizadas por su capacidad de impacto y su escasa preocupación por la calidad, por la cultura, y por la protección de valores vulnerables⁵¹.

Además, los avances técnicos han permitido no sólo la multiplicación del número de canales para la emisión de programas de televisión, sino también la mundialización de la información, con lo cual estos medios han extendido su influencia y su capacidad de homogeneización de referentes culturales y de formas de vida⁵². La

imposición de sanciones por el incumplimiento de la legislación sobre la programación audiovisual, que deberán ser acordadas, en su caso, por el órgano administrativo competente. Analizan las características de este organismo: M. CARRILLO, “El papel de las regiones en la regulación del sector televisivo: el caso español”, en S. Muñoz Machado (Coord.), *Derecho europeo del audiovisual*, vol. I, op. cit., pp. 624 y ss; y J. TORNOS MAS, *Las autoridades de regulación...*, op. cit., pp. 135 y ss.

Con similares funciones y composición, Ley gallega 6/1999, de 1 de septiembre, por la que se regula la actividad audiovisual, crea del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y del Audiovisual de Galicia. También la Ley foral de navarra 18/2001, de 5 de julio, por la que se regula la actividad audiovisual, regula la creación del Consejo Audiovisual de Navarra. Por su parte, la Ley de la comunidad de Madrid 2/2001, de 18 de abril, por la que se constituye el Consejo Audiovisual de la Comunidad de Madrid, establece una composición algo más participativa de este organismo que, según su art. 21, estará formado por: a) Tres personas de reconocida competencia técnica y profesional, designadas por la Asamblea de Madrid a propuesta de los grupos parlamentarios; b) Cuatro representantes de los órganos de la Administración de la Comunidad de Madrid más directamente relacionados con la materia regulada por esta Ley, a propuesta del titular de la Consejería de adscripción; c) Un representante de la Oficina del Defensor del Menor y; d) Un representante de las Organizaciones de Consumidores y Usuarios, designado por el Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid.

⁵⁰ Los fundamentos de esta situación, se encuentran detalladamente expuestos en las diversas aportaciones contenidas en J. G. BLUMER, *Televisión e interés público*, op. cit. Sobre la calidad de los programas televisivos puede verse también A. FERNÁNDEZ ALCANTUD, “Aproximación al sector audiovisual europeo actual”, *Cuadernos CEE y EE*, n.º35, 1998, pp. 39 a 50.

⁵¹ J. G. BLUMER, “Valores vulnerables en juego”, en *Televisión e interés público*, op. cit., pp. 49 y ss., identifica los siguientes siete grupos de valores que se consideran suficientemente amenazados por las condiciones de la competencia entre canales como para merecer una protección institucionalizada: la calidad del programa; la diversidad; la identidad cultural; la independencia de las fuentes de los programas respecto a las influencias comerciales; la integridad de la comunicación cívica; el bienestar de los niños y los jóvenes; y el mantenimiento de criterios restrictivos respecto a la difusión de la violencia, el sexo y el lenguaje soez.

⁵² Frente al riesgo de homogeneización se defiende desde la Unión Europea la protección de la industria autóctona y la protección de la identidad cultural, a través de las cuotas de doblaje y pantalla, por ejemplo. Sin embargo, se ha puesto de relieve que este planteamiento de la UE, frente al propio de EEUU, que defiende la liberalización total del mercado audiovisual, esconde en realidad intereses

masificación del público receptor de información ha convertido a los medios en los mayores protagonistas en el ámbito de la socialización. Configuran estereotipos y muestran una formación ilusoria de la realidad, a la que son especialmente sensibles los menores. Su impacto es notorio en la familia, en la educación y en el desarrollo de la personalidad⁵³. En lo que atañe a la formación de la voluntad política y, por tanto, en el desarrollo de la democracia su influencia es, obviamente, determinante⁵⁴. A pesar de que, por su mayor repercusión social, la televisión es el objeto principal de este tipo de reflexiones, las mismas son también predicables de la radio y de la prensa escrita⁵⁵.

El poder de los medios es tal que, a través de ellos, se puede llegar “a la patología de imponer autoreferencialmente la propia visión que interesa de la realidad,

económicos de protección del sector audiovisual europeo, frente a la posición de predominio de la industria audiovisual estadounidense. Por lo demás, “la aparición de la televisión vía satélite, vía digital... hace que los telespectadores puedan tener acceso a cualquier tipo de programación emitida desde cualquier lugar del planeta, siendo por ello imposible, a pesar de la “cláusula de excepción cultural”, el proteger de forma efectiva el mercado del audiovisual europeo”: A. FERNÁNDEZ ALCANTUD, “Aproximación al sector audiovisual europeo actual”, op. cit., p. 45.

⁵³ Según M. NUÑEZ ENCABO, “Medios de comunicación y sociedad democrática”, *Sistema*, n.º 109, 1992, p. 42, los Media “pueden ser las estructuras más colosales jamás conocidas en la historia para el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, de la sociedad y de la vida democrática”. Por su parte, S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Los medios de comunicación y los sistemas democráticos*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 16, sostiene que “los medios han ido asumiendo, en detrimento de otros agentes como la familia, la escuela o el trabajo, un papel desmesurado en la enseñanza de pautas culturales, orientaciones y valores a los sectores de población más permeables”. Sobre la incidencia de la televisión, los ordenadores y los videojuegos en el proceso de formación de los menores y en la dinámica familiar puede verse, entre otros, J. M. ROMÁN SÁNCHEZ, “La incidencia de la televisión y las nuevas pantallas en la dinámica familiar”, *Infancia y Sociedad*, n.º 30, 1995, pp. 172 a 185.

⁵⁴ Desde una visión claramente negativa del uso –y del abuso– del poder por parte de los medios de comunicación y sus repercusiones en la democracia, se ha afirmado que la homogeneización a nivel internacional de las noticias, el exceso de información y, a su vez, la desinformación sobre muchos temas que realmente interesan a la sociedad, ha convertido a los medios en “un teatro en el que los políticos representan un determinado papel, tomando las decisiones luego a espaldas de la sociedad (...). Una considerable cantidad de asuntos de relevancia pública se sustrae a la atención y análisis de los ciudadanos de nuestras democracias, y sólo ven la luz en ocasiones gracias al periodismo de investigación, a la labor de algunas organizaciones no gubernamentales y a la pura casualidad”: S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Los medios de comunicación...*, op. cit., p. 96. Sobre este tema, véase también, A. RALLO LOMBARTE, *Pluralismo informativo y Constitución*, op. cit., pp. 34 a 40, y la bibliografía allí citada.

⁵⁵ En lo que atañe, en general, a los profesionales de la información, se afirma: “Los periodistas son profesionales sometidos a una determinada *lex artis*; son titulares de una determinada cuota de poder; y contribuyen a la prestación de un servicio público. La profesionalidad puede degenerar en corporativismo; su participación en una cuota de poder fáctico puede degenerar en corrupción; y la asunción precaria del servicio público que prestan puede derivar en “los amarillismos””: J. A. BELLOCH JULVE, “Prensa, corporativismo y abuso de poder”, *Claves de razón práctica*, n.º15, 1991, p. 18. En concreto, cuando se alude a la denominada “prensa amarilla”, se señala que la pobreza de los contenidos informativos suele ir pareja con su falsedad y, a pesar de ello, estos medios se erigen en creadores de opinión, fomentan su propia necesidad, tienen indudables repercusiones negativas en el derecho a la intimidad y condicionan incluso la forma de hacer política y las campañas electorales: A. DE LA TORRE OLID, “La necesidad de autorregulación ética en el periodismo ante el debate sobre el derecho a la intimidad”, *Revista de Fomento Social*, n.º 52, 1997, pp. 497 a 515.

como la única posible, para los receptores, con lo que eso supone de selección y distorsión”⁵⁶.

Desde perspectivas diversas es incontestable, pues, el poder político y social de los medios de comunicación, por no mencionar su poder económico, derivado de la consolidación de grandes holdings de empresas de comunicación⁵⁷. Frente a ello, la vinculación histórica de la prensa a las reclamaciones de la libertad de expresión y de eliminación de controles, así como las cotas actuales de dicha libertad producen “una singular combinación: los medios disponen de un enorme poder y una gran libertad, es decir, una llamativa ausencia de los controles y regulaciones que encontramos en otras actividades e instituciones igualmente poderosas o influyentes de nuestras sociedades”⁵⁸. “Lo sabe con certidumbre, y no por mera intuición, cualquiera que se haya aproximado al medio: sucede demasiado a menudo que los periodistas sean plataformas unipersonales de poder desnudo. Casi encarnaduras –y no desde luego virtuales- de *poder legibus solutus*”⁵⁹.

Ello explica la creciente preocupación de los poderes públicos y, en especial, de la Unión Europea, por los contenidos que transmiten los medios audiovisuales⁶⁰. Esta preocupación se refleja con especial claridad en el documento *Les media dans une société démocratique*, elaborado en la Conferencia sobre Política de Comunicación de Masas del Consejo de Europa, celebrada en Praga los días 7 y 8 de diciembre de 1994, donde se sostiene que la programación: “debe ser un punto de referencia para el público

⁵⁶ Véase: *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, (Coord. R. De Asís Roig), Universidad Carlos III/Dykinson, Madrid, 1996, pp. 125-126. En la misma línea, E. BONETE PERALES, en “Conflictos morales en los medios audiovisuales”, *Ética de la comunicación audiovisual*, op. cit., p. 17, afirma: “Lo que creemos, pensamos y afirmamos de la realidad y de nosotros mismos está muy condicionado por aquello que *se oye, se escribe y se ve* a través de los medios de comunicación, y especialmente del más potente de todos: la televisión”.

⁵⁷ Como afirma J. MAJÓ, *Chips, cables y poder*, Planeta, Barcelona, 1997, p. 210: “Hemos pasado de una etapa de predominio del poder político a otra en la que claramente asume el protagonismo principal el poder mediático, aliado al poder económico, con la enorme diferencia de que los mecanismos de control que existían para la continuidad o renovación de los poderes políticos no tienen paralelo en el funcionamiento ni del poder económico, ni del poder mediático”.

⁵⁸ H. AZNAR, *Ética y periodismo...*, op. cit., p. 32.

⁵⁹ Prólogo de J. F. López Aguilar al libro de A. RALLO LOMBARTE, *Pluralismo informativo y Constitución*, op. cit., p. 24.

⁶⁰ J. TORNOS MAS, en *Las autoridades de regulación...*, op. cit., p. 48, señala que: “En este nuevo panorama comienzan a cuestionarse los contenidos de los programas, y la libertad de información. Se empieza a hablar de la necesaria protección de valores vulnerables por la televisión, y se intentan definir los nuevos ámbitos que requerirán una intervención normativa. (...) En todo caso, se sitúa en primer lugar de la atención pública lo concerniente a la calidad de los programas y la protección de determinados valores frente a la libertad de información”.

y un factor de cohesión social; tiene que constituir un foro de discusión pública, útil para difundir informaciones y comentarios imparciales e independientes; ha de ser pluralista, innovadora y variada; debe responder a normas éticas y de calidad elevadas y no sacrificar este objetivo de calidad a las fuerzas del mercado; las parrillas de programación deben interesar a un público amplio y con atención a las necesidades de los grupos minoritarios; contribuir al mejor conocimiento de la diversidad del patrimonio cultural nacional y europeo; incorporar una proporción significativa de largometrajes, obras dramáticas y otras obras de creación y recurrir a los productores independientes”⁶¹.

Este tipo de preocupaciones legitiman, obviamente, la intervención de los poderes públicos y la limitación de la libertad de información -cuya sacralización no se justifica en el contexto actual de libertades-, en aras a la protección de otros valores constitucionales. De este modo, como complemento a las normas que regulan derechos susceptibles de colisionar con el derecho a la información -normas reguladoras de derechos individuales, como el honor o intimidad, o derechos colectivos, como la protección de menores-, la Unión Europea aprobó la Directiva 89/552/CEE, de 3 de octubre, conocida como la Directiva sobre la “Televisión sin fronteras”, la cual se vio rápidamente afectada por un entorno en profunda mutación, que hizo necesaria su actualización, mediante la aprobación de la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997. Los objetivos de estas normas son: por un lado, reconocer la libertad comunitaria de transmisión de programas de televisión y publicidad televisada, obligando a los Estados a garantizar la libertad de recepción y la no obstaculización ni restricción de las emisiones de televisión procedentes de otros Estados miembros⁶²; y, por el otro, armonizar los aspectos del mercado audiovisual

⁶¹ Tomamos la referencia y el contenido de este documento de S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho europeo del audiovisual*, vol. I, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, p. XXI.

⁶² Desde la Unión Europea se reconoció tempranamente la libertad de circulación de bienes y servicios (art. 59 del Tratado CEE) y la inclusión, en el concepto de prestación de servicios cubierta por tal libertad, la actividad de transmisión de programas de televisión y de publicidad televisada. Según indica D. CALLEJA, “El Derecho audiovisual de la Unión Europea”, en *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1999, p. 271: “El Tribunal de Luxemburgo ya en su jurisprudencia de los años 70 reconoció que la actividad de transmisión de programas de TV y de publicidad televisada constituía una actividad económica de prestación de servicios cubierta por el art. 59 del tratado (Asuntos 155/1973 SACCHI y 52/1979 DE BAUVE). En consecuencia, este sector quedaba plenamente sometido a las reglas y principios básicos del tratado de Roma”.

relativos a la protección de menores, de consumidores, de la cultura y del pluralismo⁶³. En concreto, dedica especial atención a la protección de los menores, de los marginados y de los telespectadores, prohibiendo la emisión de programas que vulneren sus derechos; establece determinadas obligaciones que responden a fines de interés general -reserva de porcentajes de obras europeas-; y fija los principios que deben respetarse en toda emisión, pública o privada -respeto al pluralismo político, religioso, social, cultural y lingüístico-. Estas Directivas han sido incorporadas a nuestro ordenamiento, respectivamente, a través de la Ley 25/1994, de 12 de julio y la Ley 22/1999, de 7 de junio⁶⁴.

Según la doctrina, la fijación de los contenidos y de los principios que deben regir la programación televisiva, justifica seguir hablando de la televisión como servicio público, o como actividad privada con cargas de servicio público: “El servicio público no es ya la actividad en su conjunto, la televisión, pero sí determinados contenidos, aquellos cuya emisión está garantizada por un régimen de libre concurrencia”, porque el Estado entiende que deben garantizarse a todos en condiciones de igualdad⁶⁵.

Sigue siendo necesario, pues, recordar la relevancia pública de los medios de comunicación y, fundamentalmente, la de la televisión, por ser ésta el principal vehículo de transmisión de la información. La necesidad de satisfacer a través de ella el interés de los ciudadanos, de contribuir al pluralismo informativo, a la formación de la opinión pública libre y a la extensión de la cultura, son argumentos suficientes para justificar el control público de esta actividad e, incluso, su *publicatio*. Sin perjuicio de ello, la

⁶³ Sobre los fundamentos y los contenidos de esta Directiva pueden consultarse, entre otros: C. GAY FUENTES, *La televisión ante el Derecho internacional y comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 1994, en especial, pp. 94 y ss; A. GODOY, *El derecho de la televisión sin fronteras*, Aguacilar, Alicante, 1995, pp. 103 y ss; así como las diversas aportaciones a la obra colectiva *Derecho europeo del audiovisual*, (Coord. S. Muñoz Machado), 2 vols., op. cit.

⁶⁴ Ley 22/1999, de 7 de junio, de Modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (BOE n.º 136, de 8 de junio de 1999).

El control sobre el cumplimiento de estas normas y las correspondientes potestades sancionadoras se atribuyen, según el artículo 18.2 de la Ley 25/1994, al Ministerio de Fomento o al Consejo de Ministros. La necesidad de sustituir este control gubernamental por un control ejercido a través de una “autoridad independiente” fue puesta de manifiesto en el “Informe de la Comisión Especial sobre Contenidos Televisivos del Senado” (BOCG, de 11 de abril de 1995) y constituye una de las principales reivindicaciones de la doctrina: G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El paisaje televisivo...*, op. cit., p. 84.

⁶⁵ J. TORNOS MAS, *Las autoridades de regulación...*, op. cit., p. 35. En la misma línea S. MUÑOZ MACHADO *Derecho europeo del audiovisual*, vol. I, op. cit., pp. XIX y ss.

inexistencia de una correlación entre estas finalidades y la regulación y control públicos del servicio público de la radiotelevisión explican la búsqueda actual de nuevas técnicas de regulación de los medios, protagonizadas por la llamada a la autorregulación⁶⁶.

A pesar de los controles públicos existentes, la escasa legitimidad que conceden los medios de comunicación a la regulación pública y la complejidad ética que plantea la aplicación de algunos preceptos legales conduce a un incumplimiento generalizado de las previsiones de las Directivas mencionadas y de las leyes estatales que las incorporan⁶⁷.

Los medios de comunicación -como antaño hicieran las empresas editoriales y los periodistas- consideran una injerencia ilegítima en la libertad de información tanto la regulación de los contenidos televisivos⁶⁸, como su control público, incluso cuando éste es ejercido por administraciones independientes⁶⁹. La falta de legitimidad que se predica

⁶⁶ En este sentido, compartimos la opinión de C. CHINCHILLA MARÍN, formulada en “El servicio público de televisión en la actualidad y sus problemas conceptuales reales”, *El régimen jurídico del audiovisual*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona 2000, pp. 109 y ss. Según esta autora, siguen existiendo razones suficientes para mantener la publicación de la actividad informativa desarrollada por la radio y la televisión. Sin embargo, esta publicación no debe ser entendida como una negación de la preexistencia del derecho a desarrollar tal actividad, sino como una técnica articulada efectivamente hacia la protección de los valores constitucionales que la justifican.

Las razones que explican la desconsideración por estos valores en el contexto actual de concurrencia de múltiples canales son expuestas por E. LÓPEZ-ESCOBAR en los siguientes términos: “Muchos de los valores en cuestión se expresaron en forma de principios generales sin especificar obligaciones más definidas. La maquinaria de control normativo o es inexistente o está politizada. Aunque en lo que hasta ahora atañe a la televisión pública, el Consejo de Administración tiene una amplia autoridad sobre las políticas de RTVE, debido a su composición partidista, muestra más interés en las políticas de televisión que en los criterios de programación”. E. LÓPEZ-ESCOBAR, “Valores vulnerables en la televisión multicanal...”, en J. G. Blumler (Coord.), *Televisión e interés...*, op. cit., p. 21.

⁶⁷ J. M. SOUVIRÓN MORENILLA, *Derecho público de los audiovisuales...*, op. cit., p. 517, pone de manifiesto “el más que relativo incumplimiento generalizado de las disposiciones de la ley 25/1994 (y por tanto de la Directiva comunitaria)”, que demuestra “la complejidad que ofrece la regulación jurídica de la programación de los medios audiovisuales de comunicación social, pero también (y como causa explicativa del fenómeno) la escasa legitimidad sustantiva que los propios medios han podido conceder a los mandatos de la Ley”.

⁶⁸ En un intento de contrarrestar esta corriente de opinión, J. M. DESANTES GUANTER, en “La reciente propuesta de Directiva del Consejo sobre la radiotelevisión europea”, *Noticias CEE*, n.º 24, 1987, p. 26, sostiene que esta normativa “no va contra la libertad informativa si ésta se considera, como queda expresamente dicho en nuestra Constitución –art. 20, 1, a) y d)- como ejercicio libre del derecho a la información, que hay que coordinar con los demás derechos fundamentales, como vino a decir la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981. La comunicación es el factor fundamental de la comunidad. La pornografía, la violencia no justificada y el odio racial incomunican y destruyen la base de la comunidad misma en la que el ordenamiento jurídico hace posible el respeto a los derechos humanos”.

⁶⁹ M. CARRILLO, en “El papel de las regiones en la regulación del sector televisivo”, op. cit., pp. 623, pone de manifiesto el permanente cuestionamiento, por parte de los medios de comunicación, de la independencia real de las administraciones encargadas del control de los medios de comunicación.

de los poderes públicos para limitar la libertad de información se inscribe, a pesar de su falta de justificación actual, en la tensión histórica entre la regulación pública de los medios y la autorregulación, planteada desde siempre, por parte de éstos, como la única alternativa legítima⁷⁰. Parece que tienen razón quienes sostienen que, “profundamente arraigada en el hipotálamo de todo periodista se encuentra la creencia de que toda regulación implica limitación”⁷¹.

Dejando a un lado las mencionadas reticencias que, obviamente, dificultan - cuando no impiden- la materialización de los fines públicos perseguidos por la regulación estatal, también la complejidad ética de las normas aplicables dificulta su aplicación. A título de ejemplo, puede citarse el artículo 17.1 de la Ley 25/1994, cuya redacción original no ha sido modificada por la Ley 22/1999, el cual establece que “las emisiones de televisión no incluirán programas ni escenas o mensajes de cualquier tipo que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, ni

⁷⁰ Cualquier extensión de la regulación pública, del control judicial o, sobretudo, del control administrativo, sigue viéndose, por parte de los medios de comunicación, como un mal que hay que evitar. Se propugna, a cambio, la intensificación de la autorregulación ética -mediante a la aprobación de códigos deontológicos-, así como el autocontrol de los profesionales -mediante consejos y asociaciones o sindicatos de prensa, que incluyan la participación de los receptores de la comunicación-, como medios alternativos a la regulación pública y al control administrativo y judicial.

Este tipo de planteamientos, que enfrentan la regulación pública a la autorregulación, como si de una disyuntiva se tratase, están presentes en la mayoría de las aportaciones doctrinales provenientes de profesores de Facultades de Ciencias de la Información y, naturalmente, en la mente de los empresarios de la comunicación y los profesionales del periodismo. J. A. BELLOCH JULVE, “Prensa, corporativismo y abuso de poder”, op.cit., p. 15, recoge la postura de quienes afirman que “la mejor ley de prensa es la que no existe” y afirma también que “es preciso asumir plenamente que el remedio judicial es siempre un mal”, para acabar destacando la importancia de la autorregulación: “O se es capaz de asumir como propias un conjunto de normas integrantes de la deontología profesional, como expresión concreta de la ética, hasta hacerse señores, dueños de ella, o, en caso contrario, se está ejercitando libremente la opción de no ser libres, la opción de ser “vasallos de las leyes” y de los jueces” (...). “Dicho de otro modo (...) se está apostando éticamente por abandonar el campo de la ética, de la libertad, y ello supone el riesgo grave de entrar en el campo de la justicia”. Por su parte, H. AZNAR, en *Comunicación responsable. Deontología y autorregulación...*, op. cit., pp. 9 y ss., entiende que no puede ser el Estado quien determine cómo ha de ser el uso responsable de los medios, por los siguientes tres motivos: porque el ejercicio de la libertad de expresión no puede verse interferido por el poder estatal -ello sería un retroceso respecto al avance histórico de esta libertad-; porque la universalidad de la ley “no permite discriminar entre usos correctos o no, responsables o no, de la libertad de expresión, salvo en ciertos supuestos mínimos”; y además, porque la ley es siempre un producto de los poderes públicos y no sería bueno extender una sospecha gratuita sobre la imparcialidad de los poderes e instituciones del Estado -para los cuales, según este autor, es siempre una tentación instrumentalizar la comunicación-. En la misma línea, P. BARROSO ASENJO, en *Códigos deontológicos...*, op. cit., pp. 12 y ss., destaca la importancia de que los medios de comunicación aprueben sus propios códigos de conducta para evitar la regulación a nivel estatal. J. PERNAU, Decano del Colegio de Periodistas de Cataluña, en “Código deontológico de los periodistas de Cataluña”, en E. Bonete Perales (Coord.), *Éticas de la información y deontologías del periodismo*, op. cit., p. 298, afirma que: “la defensa de las libertades de expresión y opinión y el rechazo de cualquier proyecto legislativo que en la práctica las pueda limitar constituyen un campo en el que empresarios de la comunicación y profesionales del periodismo hemos de coincidir”.

⁷¹ S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Los medios de comunicación...*, op.cit., p. 17.

programas que fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra circunstancia personal o social”. Es indudable que las relaciones entre la libertad de información, los derechos de la personalidad y los valores protegibles por la regulación de los contenidos de los medios de comunicación remiten a criterios éticos⁷². Su correcta articulación requiere la aplicación de conocimientos específicos, que no están detallados en la legislación y que son difícilmente predicables de los órganos administrativos y jurisdiccionales de control. La complementariedad de la autorregulación, como instrumento de concreción normativa, de prevención de conflictos y de elevación de la calidad de los contenidos ofrecidos por los medios de comunicación, es invocada con insistencia por la doctrina⁷³.

La importancia de la autorregulación en este ámbito no ha pasado desapercibida a los poderes públicos. La propia legislación, fundamentalmente la de origen comunitario, apela a la autorregulación ética, fomentando la aprobación de códigos de conducta –instrumentos normativos de autorregulación– por parte de los profesionales de los medios de comunicación⁷⁴.

⁷² Ponen el acento en la vertiente ética de los conflictos generados a raíz de la colisión entre los derechos de la personalidad y el derecho a la información, U. DI FABIO, en “Persönlichkeitsrechte im Kraftfeld der Medienwirkung –Zur ethischen Dimension der Medienfreiheit”, Conferencia del Anuario 1999/I, Munich, 1999; H. AZNAR, *Ética y periodismo...*, op. cit.; y *Medios de comunicación y autocontrol. Entre la ética y el derecho*, (J. C. Suarez Villegas), Mad, Sevilla, 1998. Véase también P. BARROSO ASENJO y M. M. LÓPEZ TALAVEDRA, *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Fragua, Madrid, 1998, quienes, no sólo analizan las relaciones de estos derechos con la ética, sino que, además, incorporan en su trabajo el desarrollo de tales derechos en los códigos éticos de la profesión periodística de diversos países del mundo.

⁷³ S. RUSS-MOHL, en *Regulating Self-Regulation: The Neglected Cas of Journalism Policies*, European University Institute, Badia Fiesolana, San Domenico, 1992, p. 5 y ss., partiendo de la premisa de que la prensa es un ámbito dominado por la autorregulación, pone el acento en la necesidad de articular la misma con los intereses públicos necesitados de regulación.

Como afirma M. CARRILLO, en “El derecho a la información: entre la ley y la autorregulación”, op. cit., p. 124, el derecho a la información es un derecho cuya protección corresponde a los poderes públicos. Sin embargo, para alcanzar su protección, la mejor solución es la que “promueve la intervención del poder público en aquello que sea imprescindible y remite inmediatamente el resto a la autorregulación de las partes; de hecho, la complementariedad entre la regulación pública a través de la ley y la normación privada, mediante los códigos deontológicos y los estatutos de redacción, constituye en la actualidad de la información en España una fórmula de indudable interés para la tutela de los derechos del emisor y del receptor de la información”. La misma línea de reflexiones se encuentran, entre otros, en: H. AZNAR, *Comunicación responsable. Deontología y autorregulación...*, op. cit.; del mismo autor, *Ética y periodismo...*; P. BARROSO ASENJO, *Códigos deontológicos...*, op. cit.; las obras colectivas coordinadas por E. BONETE PERALES, *Éticas de la información y deontologías del periodismo*, op. cit.; y *Ética de la comunicación audiovisual*, op. cit.; así como en los artículos de M. NUÑEZ ENCABO, en “Medios de comunicación y sociedad democrática”, op.cit; y A. DE LA TORRE OLID, “La necesidad de autorregulación ética en el periodismo...”, op.cit., pp. 497 y ss.

⁷⁴ Pueden citarse, en este sentido, la Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 5 de octubre de 1995, *relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia en los ámbitos del empleo y de los asuntos sociales*, [DOCE C 296, de 10 de noviembre de

En las Conclusiones del Consejo, de 27 de septiembre de 1999, *sobre el papel de la autorregulación en vista del desarrollo de nuevos servicios de medios de comunicación*, se reconoce que: por un lado, “la definición de los objetivos de interés público y la elección del mejor modo de alcanzarlos dentro de la política relativa a este ámbito siguen siendo de manera inherente responsabilidad de los Estados miembros, sin perjuicio de la normativa comunitaria”; sin embargo, por otro lado, “los sistemas de autorregulación de los medios de comunicación, aun de acuerdo con las tradiciones y prácticas nacionales, jurídicas y culturales, pueden contribuir a salvaguardar los intereses públicos”. Por ello, teniendo en cuenta la existencia, en diversos países, de códigos éticos y organismos de autocontrol de los medios de comunicación, se insiste en la necesidad de: “estudiar las posibles contribuciones de los sistemas de autorregulación a los nuevos servicios de los medios de comunicación; evaluar las virtudes y los defectos de los sistemas de autorregulación; tener en cuenta los intereses de los terceros a la hora de realizar este análisis”⁷⁵.

Con mayor determinación todavía, la Resolución 1003 del Consejo de Europa establece que “deben crearse organismos o mecanismos de autocontrol integrados por editores, periodistas, asociaciones de usuarios de los medios, expertos del mundo académico y jueces, que elaborarían resoluciones sobre el respeto a los principios

1995, p. 14], en la que se invita a los Estados miembros a que promuevan “instrumentos eficaces de autorregulación, como por ejemplo códigos de buena conducta, que afecten a los profesionales de los medios de comunicación” En la misma línea, la Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 5 de octubre de 1995, *sobre el tratamiento de la imagen de las mujeres y de los hombres en la publicidad y en los medios de comunicación*, [DOCE C 296, de 10 de noviembre de 1995, p. 16], insiste en la necesidad de adoptar todas las medidas posibles, indicando como ejemplo un código ético, para prevenir las discriminaciones contra las mujeres. En esta norma se invita a los Estados miembros a apoyar y promover la creación de órganos de debate, consulta, supervisión y seguimiento, del desarrollo de la autorregulación voluntaria. En la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 1995, *sobre el pluralismo y la concentración de los medios de comunicación*, [DOCE C 166, de 3 de julio de 1995, p. 134], se requería a la Comisión Europea la elaboración de un “programa de acción”, en colaboración con las partes interesadas, para “elaborar un código de conducta para los medios de comunicación en Europa (incluidos los de los países de la Europa central y oriental) con el fin de preservar la ética profesional y garantizar la independencia de la información y de los periodistas”. También en la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de septiembre de 1995, *sobre la función de la televisión pública en una sociedad multimedia*, [DOCE C 320, de 28 de octubre de 1996, p. 184], se requirió de la Comisión la aprobación de “una carta común o código de conducta de las cadenas públicas europeas que garantice la ética del servicio público”. Otro ejemplo de impulso comunitario a favor de la autorregulación informativa lo encontramos en la Recomendación del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, *relativa al desarrollo de la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información, mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana* [DOCE L 270, de 7 de octubre de 1998, pp. 48 a 55]. El ámbito de aplicación de esta Resolución se extiende a todos “los servicios audiovisuales y de información que se ofrecen al público, cualesquiera que sean las formas de difusión (tales como radiodifusión, servicios en línea de propiedad privada o servicios de Internet).

deontológicos en el periodismo, con el compromiso previamente asumido por los medios de publicar las resoluciones relevantes. Esto ayudará al ciudadano, que ostenta el derecho a la información, a juzgar positiva o negativamente el trabajo y la credibilidad de los periodistas”⁷⁶.

Entre los mecanismos de autorregulación fomentadas por la Unión Europea, se incluyen también, debido a las características técnicas de los medios de comunicación, determinadas soluciones técnicas, como el establecimiento de mecanismos que permitan filtrar los contenidos transmitidos. Puesto que son los profesionales quienes pueden crear tales filtros, se apela a su responsabilidad. En concreto, la Directiva 97/36/CE, en relación a la protección de menores respecto los contenidos de los audiovisuales, prevé el establecimiento de medidas destinadas a facilitar el control ejercido por los padres y tutores sobre los programas que puedan ver los menores. Entre tales medidas destaca la previsión de que los aparatos receptores estén equipados con un dispositivo técnico que permita a los padres filtrar determinados programas⁷⁷.

Todas estas recomendaciones de la Unión Europea han sido recogidas por nuestra legislación interna. En concreto, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 22/1999, de 7 de junio, establece que “los poderes públicos promoverán el desarrollo de organizaciones de autorregulación del sector, pudiendo acudir, también, a ellas cualesquiera personas o entidades que se consideren perjudicadas”⁷⁸.

⁷⁵ DOCE C 282, de 6 de octubre de 1999, p. 3.

⁷⁶ La referencia y el texto transcrito de la Resolución son tomados de la monografía de H. AZNAR, *Comunicación responsable. Deontología y autorregulación...*, op. cit., p. 204.

⁷⁷ Esta Directiva está contemplando implícitamente las iniciativas norteamericanas sobre el “chip anti-violencia”. La *Telecommunication Act* de febrero de 1996 obliga a establecer una calificación moral de los programas al efecto de advertir al telespectador sobre sus contenidos, con la obligatoriedad de que los aparatos receptores de televisión incorporen un mecanismo de filtrado de los mismos (“chip anti-violencia”) accionable por el propio consumidor. El sistema de calificación moral –aplicable a los contenidos de la televisión convencional y por cable- se atribuye en primera instancia a la autorregulación de los emisores, bajo la supervisión del Comité Federal de Comunicaciones, y en su defecto a un panel oficial de calificación aprobado por el Gobierno federal. J. M. SOUVIRON MORENILLA, *Derecho público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión ...*, op. cit., p. 523.

⁷⁸ Asimismo, la Ley catalana 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo del Audiovisual de Cataluña, en su artículo 10, entre las funciones del Consejo, contempla la de “promover la adopción de normas de autorregulación del sector audiovisual”. También la Ley foral de Navarra 18/2001, de 5 de julio, por la que se regula la actividad audiovisual y crea el Consejo Audiovisual de Navarra atribuye a dicho Consejo la función de fomento de la autorregulación.

Algunas leyes autonómicas van más allá, obligando a los operadores de televisión de su ámbito territorial de influencia a presentar a sus respectivos Consejos audiovisuales una “declaración de autorregulación”, en la que justifiquen el cumplimiento de las normas sobre protección de la dignidad de las personas, protección de menores y no discriminación⁷⁹. Se trata pues, de una obligación de autocertificación del cumplimiento de la normativa, de una manifestación, en suma, de la autorregulación declarativa.

Los poderes públicos no se limitan a fomentar o imponer la autorregulación, sino que también le atribuyen concretos efectos públicos. Significativamente, la Ley de la Comunidad de Madrid 2/2001, de 18 de abril, por la que se constituye el Consejo Audiovisual, en su Disposición Adicional Primera atribuye efectos públicos a una manifestación de la autorregulación resolutoria: “En caso de que la Administración de la Comunidad de Madrid tuviera conocimiento de una posible infracción en la materia a la que se refiere esta Ley, respecto de la cual estuviese actuando un organismo voluntario de autodisciplina, podrá esperar a la resolución de éste antes de iniciar el procedimiento sancionador”.

No parece, sin embargo, que estas declaraciones de apoyo, a nivel europeo y a nivel estatal y autonómico, hayan tenido demasiado efecto, por el momento. En los países de la Unión Europea en los que ya existían asociaciones y organismos de autorregulación, se ha hecho un esfuerzo por actualizar los códigos éticos y la composición de los Consejos de prensa a los nuevos retos que plantean los medios de comunicación⁸⁰. En algunos casos se han actualizado las antiguas estructuras de autocontrol, con el objeto de agrupar a todos los medios -prensa, radiodifusión sonora y televisión-, mientras que en otros se han creado nuevos organismos para el autocontrol

⁷⁹ Así, el artículo 9 de la Ley catalana 8/1996, de 5 de julio de 1996, reguladora de la programación audiovisual distribuida por cable; y el artículo 12 de la Ley de la Comunidad de Madrid 2/2001, de 18 de abril.

⁸⁰ Es destacable en este sentido, el comunicado de la Federación Internacional de Periodistas (FIP), publicado en la página web: <http://www.ifj.org/ifj/policy/ejs.html>. La FIP considera que la autorregulación del contenido de los medios de comunicación por parte de los periodistas y los profesionales de los medios de comunicación “brinda la manera más satisfactoria y eficaz de salvaguardar la calidad y las normas al mismo tiempo que respeta la libertad de expresión y de opinión”. Sin embargo, constatando que quizás las formas tradicionales de autorregulación no tomen en cuenta los nuevos servicios de información, anima a todos los organismos de autorregulación a revisar “sus procedimientos y mandato para asegurar que todas las noticias e información originada en su jurisdicción, sin importar el medio de difusión, estén sujetas a examen y que toda queja sea objeto de una decisión adecuada”.

de los nuevos servicios de información y comunicación⁸¹. Estos organismos, con representación de profesionales, productores y expertos externos, aprueban códigos, guías o directrices, que, con el lenguaje profesional característico del sector, ofrecen referencias detalladas de lo que se considera atentatorio de los derechos y valores jurídicamente protegidos. En algunos casos, su actividad no se limita a la concreción del derecho positivo, sino que va más allá de los mínimos legales, para atender a criterios de calidad y buen gusto⁸².

En España, tanto en el ámbito autonómico como en el estatal, y al hilo de las recientes actualizaciones de los códigos de ámbito europeo e internacional, se han desarrollado una serie de principios de deontología de la profesión periodística, en forma de códigos éticos⁸³. Sin embargo, no se ha creado todavía ningún organismo de autocontrol equiparable a los que existen en el ámbito europeo⁸⁴. Cabe destacar también

⁸¹ Esta actualización es claramente manifiesta en el Reino Unido donde, por un lado, el malestar del público frente a una prensa excesivamente sensacionalista dio lugar a la transformación del Consejo de Prensa en la vigente Comisión de quejas –*Broadcasting Complaints Commission*- y, por el otro, la sensibilidad frente a los contenidos televisivos comportó la creación de un Consejo encargado de elaborar unos estándares en materia de sexualidad, violencia y, en general, de *taste and decency*, a que han de sujetarse las emisiones de televisión –*Broadcasting Standards Council*-. En Italia se ha creado una Comisión, formada por representantes de los medios audiovisuales, los espectadores y la Administración, para supervisar el cumplimiento de un código de conducta elaborado para la protección de la juventud (*Codice di comportamento nei rapporti tra TV e minori*). Pueden consultarse al respecto las aportaciones de R. BIGGAM, “Protecting minors: self regulation of programmes and advertising in the UK” y S. WADE, “Les instruments d’autoréglementation en matière de protection des mineurs en Italia”, en S. Muñoz Machado (Coord.), *Derecho europeo del audiovisual*, vol. II, op. cit., pp. 1361 y ss., y pp. 1371 y ss.

⁸² Las características y el desarrollo de los organismos de autocontrol en Europa fueron analizados con detalle en un Seminario de expertos sobre la autorregulación en los medios de comunicación, celebrado en Saarbrücken en 1999 (*Die Selbstkontrolle im Medienbereich in Europa*), que ha sido consultado a través del sitio web: <http://www.eu.seminar.de>

⁸³ A título de ejemplo, pueden citarse: el Código Deontológico de los Periodistas de Cataluña, aprobado el 1 de noviembre de 1992 con ocasión del II Congreso de Periodistas de Cataluña; y el Código de la Federación de Asociaciones de Prensa Española (FAPE), aprobado en Sevilla el 27 de noviembre de 1993. El contenido de estos, y otros códigos relacionados con los medios de comunicación, acompañados de comentarios a los mismos, puede consultarse en: H. AZNAR, *Ética y periodismo...*, op. cit.; P. BARROSO ASENJO, en *Códigos deontológicos...*, op. cit.; E. BONETE PERALES (Coord.), *Éticas de la información y deontologías del periodismo*, op. cit.

⁸⁴ La única excepción la ofrece el Consejo de la Información de Cataluña (CIC), creado a iniciativa del Colegio de Periodistas catalán. El Protocolo de constitución del CIC fue firmado el 1 de diciembre de 1996, con ocasión del III Congreso de Periodistas catalanes. Firmaron este protocolo el Colegio de Periodistas, las Facultades de estudios de periodismo, el Sindicato de Periodistas, los profesionales de la información y un total de 48 empresas de prensa, radio y televisión. El CIC está formado por 15 miembros de reconocido prestigio: ocho en representación de la sociedad –juristas, sociólogos, profesores de ética y responsables de entidades cívicas- y siete vinculados al periodismo y los medios. Tras dos años de funcionamiento, y con la finalidad de dotar al Consejo de personalidad jurídica propia, el Colegio de periodistas decidió proponer la creación de una fundación privada, al amparo de la Ley catalana 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones. La Fundación Consejo de la Información de Cataluña, tiene como finalidad velar por el cumplimiento de los principios y criterios de ética profesional

el Convenio de autorregulación, firmado el 26 de marzo de 1993 por el Ministerio de Educación y Ciencia, las Consejerías de Educación de las Comunidades Autónomas y las diversas cadenas de televisión española⁸⁵. En dicho Convenio, las cadenas de televisión se comprometían respetar determinados valores y principios en los contenidos de los programas destinados a menores. Desafortunadamente, se ha denunciado, desde diversos frentes, su reiterado incumplimiento, por parte de todas las cadenas firmantes⁸⁶.

periodística contenidos en el Código Deontológico de los Periodistas de Cataluña, aprobado el 1 de noviembre de 1992.

Para mayor información sobre los miembros, la organización o los procedimientos de tramitación de expedientes del CIC puede consultarse el sitio web: <http://periodistes.org/cic/html>. También pueden consultarse las aportaciones de C. LÓPEZ MAÑERO, “Los mecanismos de autorregulación en los medios de comunicación españoles”, en *Deontología y autorregulación informativa: ensayos desde una perspectiva comparada*, (Coord. H. Aznar y F. Aboud Zeid), Fundación Manuel Buendía/UNESCO/Universidad Iberoamericana, México, 2000, p. 191 y ss.

⁸⁵ El texto de este Convenio, titulado: “Convenio sobre principios para la autorregulación de las cadenas de televisión en relación con determinados contenidos de su información referidos a la protección de la infancia y la juventud formulado por el Ministerio de Educación y Ciencia y las Consejerías de Educación de las Comunidades Autónomas y las Cadenas de Televisión”, puede consultarse, entre otros, en: <http://www.pntic.mec.es/tele/convenio/convenio.htm>; P. BARROSO ASENJO y M. M. LÓPEZ TALAVEDRA, *La libertad de expresión...*, op. cit., pp. 231 y ss.; y E. BONETE PERALES (Ed.), *Ética de la comunicación audiovisual*, op. cit., pp. 183 y ss.

⁸⁶ En concreto, en 1993 se creó una Comisión Especial del Senado que estudió la programación y los problemas de las televisiones españolas, que fue la que impulsó la firma del mencionado Convenio. Con el objeto de elaborar un Informe sobre esta materia, a parte de profesionales y empresarios de los medios, expertos ministros, catedráticos y otras personalidades, la Comisión estimó oportuno escuchar a representantes de las distintas asociaciones de consumidores y usuarios. Pudieron exponer sus puntos de vista la Unión de Consumidores de España (UCE); la Confederación española de Amas de Casa; la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU); la Asociación de Telespectadores y Radioyentes (ATR), la Asociación Española de Pediatría y la Confederación Española de Asociaciones de Padres de Alumnos (CEAPA). En el informe elaborado por esta Comisión [“Informe de la Comisión Especial sobre Contenidos Televisivos del Senado”, BOCG, de 11 de abril de 1995], se ponía de manifiesto la preocupación de diversos colectivos sociales por los medios de comunicación y su influencia – especialmente sobre los más pequeños-, y se hacían constar diversas denuncias sobre el reiterado incumplimiento del Código ético firmado por las cadenas de televisión y el Ministerio de Educación. Según el Presidente de la CEAPA, el Convenio de autorregulación firmado por el MEC y las cadenas de televisión españolas el 26 de marzo de 1993, “se ha quedado, vergonzosamente, en papel mojado”: F. DELGADO RUIZ, “La incidencia de la televisión y las nuevas pantallas en la dinámica familiar”, *Infancia y Sociedad*, n.º 30, 1995, p. 167.

Para verificar estas denuncias, en enero de 1997 se creó un grupo de trabajo, dentro del Programa de Nuevas tecnologías de la Información y la Comunicación del Ministerio de Educación y Cultura, responsable de planificar el seguimiento del citado Convenio de autorregulación. Se constituyó también, en el seno de la Facultad de Ciencias de la información de la Universidad Complutense de Madrid, un Grupo de investigación que debía realizar el seguimiento de la programación de las distintas cadenas durante los meses de noviembre y diciembre de 1997 para comprobar el grado de cumplimiento del convenio de autorregulación firmado por ellas. En este estudio, a pesar de la valoración negativa de diversos programas, se concluye que las cadenas de televisión empiezan a ser conscientes de los peligros que se derivan de hacer un mal uso de la televisión y que algunas de ellas prevén incluso un cambio de filosofía de su programación acorde con el Convenio de autorregulación. Este informe puede consultarse en la siguiente dirección: <http://www.pntic.mec.es/tv-mav/convenio/infseguir.htm>. A pesar de ello, las voces sobre el incumplimiento del Convenio se siguen oyendo. Así: E. BONETE PERALES, “Responsabilidades morales de los profesionales de la comunicación”, en J. C. Suarez Villegas (Ed.), *Medios de comunicación y autocontrol...*, op. cit., pp. 35 y ss.

Dejando a un lado estos ejemplos, la autorregulación de los medios de comunicación tiene lugar, en nuestro país, primordialmente, en el seno de las empresas de comunicación. En este contexto encuentra su razón de ser la Resolución 1003 del Consejo de Europa, que contiene una declaración del siguiente tenor: “Las empresas informativas deben ser consideradas como empresas socioeconómicas especiales cuyos objetivos patronales deben estar limitados por las condiciones que deben hacer posible la prestación de un derecho fundamental”⁸⁷. Queda claro, pues, que deben establecerse limitaciones a los objetivos patronales de los medios de comunicación. Sin embargo, se considera que dichas limitaciones, de acuerdo con la tendencia propia de este ámbito, caracterizada por el rechazo a cualquier intervención estatal, para ser efectivas, no deberían venir impuestas legalmente, sino que deberían ser los propios medios quienes las fijasen, mediante la autorregulación⁸⁸. Quienes comparten esta concepción ponen de relieve los diversos instrumentos con los que cuentan las empresas de comunicación para conseguir estos fines. Entre ellos cabe destacar los principios editoriales, los códigos internos de conducta y los libros de estilo o estatutos de redacción.

Mediante los principios editoriales los medios de comunicación hacen pública su dimensión comunicativa, intelectual e ideológica. A través de ellos, la empresa le dota de una determinada identidad y consiguientemente produce –dentro y fuera del medio– unas expectativas acerca de su contenido, que luego la empresa debe respetar en circunstancias normales⁸⁹. Por este motivo, aunque no se puedan considerar como un mecanismo de autorregulación normativa en sentido estricto, los principios editoriales pueden ser un primer paso hacia esta autovinculación de los objetivos patronales a los que alude la Resolución europea. Sin embargo, parece obvio que el modo más adecuado para que la empresa se dote de unas normas de actuación acordes con los principios éticos que deben guiar los medios de comunicación social consiste en la asunción de un

⁸⁷ Resolución citada por H. AZNAR, en *Comunicación responsable...*, op.cit., p. 74.

⁸⁸ De este modo, “esa limitación de los objetivos patronales se convierte en un compromiso deontológico que deberían asumir voluntariamente las empresas de comunicación, reconociéndose a sí mismas –o a los medios que regenta– obligadas a cumplir ciertas exigencias morales derivadas de su función social”: H. AZNAR, *Comunicación responsable...*, op. cit., p. 75.

⁸⁹ En este sentido, como afirma J. M. DESANTES GUANTER, en “La titularidad de la empresa informativa sobre el medio que difunde”, *Comunicación y Sociedad*, vol. VIII, n.º 2, p. 7: “A lo largo de la vida del medio, todos los mensajes deberán ajustarse a dichos principios [editoriales] (...). En efecto, el empresario que libremente los ha establecido es el primer vinculado a ellos, mientras públicamente no los modifique”.

código interno de conducta⁹⁰. En esta línea, la Unión europea, para garantizar la calidad de determinados contenidos, recomienda que los consejos rectores de la televisión de los Estados miembros que todavía no lo hayan hecho elaboren un código ético de conducta⁹¹.

Estos códigos de conducta pueden tener como destinatarios todos los miembros de la empresa (suelen denominarse códigos éticos) o solamente quienes trabajan en la redacción (códigos de deontología periodística del medio). Estos últimos son más frecuentes, aunque en España solamente hay tres: el del semanario de información económica *Actualidad Económica*, de 1 de marzo de 1988; el del Grupo Correo, publicado en sus periódicos el 3 de mayo de 1994; y el de Radio Televisión de Andalucía, aprobado el 4 de enero de 1995 (e incluso éste carece que ya no está vigente)⁹². En lo que se refiere a códigos éticos de una empresa de comunicación, contamos solamente con un ejemplo: El Código de Conducta de Antena 3 Televisión, aprobado por su Consejo de Administración el 18 de agosto de 1997. Este código afecta a toda la empresa y recoge el compromiso de promover otros mecanismos de autorregulación en el medio⁹³.

⁹⁰ Este tipo de códigos aparecieron por primera vez en EEUU a principios de los años setenta, debido a la crisis de credibilidad de los medios norteamericanos y a la revitalización de la ética periodística y se han ido extendiendo a otros países. De este modo, “esa limitación de los objetivos patronales se convierte en un compromiso deontológico que deberían asumir voluntariamente las empresas de comunicación, reconociéndose a sí mismas –o a los medios que regenta- obligadas a cumplir ciertas exigencias morales derivadas de su función social”. En países de nuestro entorno jurídico y, fundamentalmente en los de tradición anglosajona, es bastante habitual la aprobación de códigos éticos por parte de las empresas de comunicación. Para garantizar el cumplimiento de estos códigos por parte de sus empleados, algunos medios los incorporan al contrato laboral de los profesionales y colaboradores habituales una cláusula de adhesión a los mismos. En algunos medios norteamericanos, incluso, el incumplimiento de los deberes deontológicos recogidos en el código puede llevar aparejada algún tipo de sanción económica o laboral. Según H. AZNAR, *Comunicación responsable...*, op. cit., p. 86: “es probable que en los próximos años veamos aparecer más códigos de este tipo, ya que constituyen una forma de mejorar la credibilidad de u medio y de responder así a una demanda social creciente de mayor autorregulación”

⁹¹ En este sentido, véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 1997, sobre la discriminación de la mujer en la publicidad [DOCE n.º 304, de 6 de octubre de 1997, p. 60].

⁹² Estos códigos pueden verse en H. AZNAR, *Ética y periodismo...*, op.cit., y también en AA. VV., *Ética en la información. Códigos de conducta y estatutos profesionales*, op. cit., pp. 17 a 25.

⁹³ Así, se compromete a respetar la imparcialidad e independencia de los profesionales y a aprobar un estatuto de redacción y un código deontológico donde se recogerán los deberes y derechos de los profesionales. Respecto al público, asume también el compromiso de nombrar a un defensor del espectador (la única de las tres medidas que se ha hecho efectiva). En todo caso, la propia Defensora del Espectador de esta cadena, Consuelo Álvarez de Toledo, en el marco de la mesa redonda celebrada el 7 de abril de 2000, en la Facultad de Comunicación de la Universidad de Navarra, sobre “Derechos de los usuarios de los medios de comunicación”, afirmó que “si bien la creación de esta figura [Defensor del Espectador] fue un gesto valiente por parte de la cadena”, el Código Deontológico aprobado por el Consejo de Dirección de la empresa Antena 3 Televisión, “no ha tenido prácticamente ninguna difusión interna”. Esta información ha sido obtenida a través del sitio web:

La empresa RTVE cuenta también con unas normas propias reguladoras de los principios que deben regir su programación y de unas normas de admisión de la publicidad. Algún autor ha considerado estas normas como un instrumento de autorregulación, asimilable a los códigos de los que venimos hablando⁹⁴. Sin embargo, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina mayoritaria considera que, debido a la incardinación de esta empresa en el ente público RTVE, dichas normas poseen carácter reglamentario⁹⁵.

Unas funciones muy parecidas a las que cumplen los códigos de conducta son asumidas también por los libros de estilo o estatutos de redacción. Los libros de estilo constituyen “un conjunto de normas internas de cada publicación que establecen de modo genérico cómo debe escribirse para ese medio informativo”⁹⁶. Por lo visto este “como debe escribirse” se entendió al principio referido únicamente a las normas ortográficas, gramaticales, tipográficas, etc., para redactar y presentar correctamente las informaciones. De hecho, la mayoría de libros de estilo todavía se limita a recoger esta clase de normas. Sin embargo, “ese “cómo debe escribirse” ha evolucionado con el paso del tiempo para incluir otros aspectos normativos del periodismo: aquellos que hacen *moral y deontológicamente correcta* la elaboración y difusión de una noticia”⁹⁷. Este es el caso del libro de estilo del ABC, aparecido en 1993 que, a pesar de ser todavía un ejemplo de libro de estilo de primera generación incorpora ya, bajo la caracterización

< <http://www.edufam.net/educ/edmed46.htm> >

⁹⁴ Según J. GÓMEZ MONTERO, “Nuevas normas de admisión de publicidad en Radiotelevisión española”, *Anuario de Derecho Industrial*, n.º 9, 1983, p. 178: “las “normas de admisión de publicidad en RTVE” han de ser catalogadas como normas de autodisciplina publicitaria. Nuestra afirmación se apoya en que las mismas vienen a reflejar unos principios de ética moral y social que se estima deben imperar en el ejercicio de la actividad publicitaria desarrollada en el medio Televisión”. También califican estas normas como un instrumento de autorregulación: J. A. GÓMEZ SEGADE, “Sistemas de autorregulación publicitaria”, en *Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1980, p. 157; J. A. GÓMEZ SEGADE, y C. LEMA DEVESA, “La autodisciplina publicitaria en Derecho comparado y en el derecho español”, *ADI*, n.º 7, 1982, p. 39.

⁹⁵ En este sentido, según A. TATO PLAZA, “El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España”, *ADI*, n.º 18, 1997, p. 162: “Cuando las normas de autodisciplina son adoptadas por un medio de comunicación público deben ser consideradas como normas de carácter administrativo y no como normas propias de un sistema de autodisciplina”. Este autor hace mención expresa a la STS de 29 de mayo de 1987 (Arz. 3844), que se pronuncia específicamente sobre el carácter reglamentario de dichas normas. Sobre la naturaleza jurídica de las normas de admisión de la publicidad en RTVE pueden consultarse también: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Aspectos jurídicos de la publicidad en Televisión Española”, en *Problemas actuales del Derecho de la Publicidad (Primeras Jornadas Internacionales de Derecho de la Publicidad)*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1984; y C. MORALES NAVARRO, *La publicidad en Televisión Española. Regulación normativa*, Dykinson, Madrid, 1992.

⁹⁶ J. L. MARTÍNEZ ALBERTOS, *La información en una sociedad industrial. Función social de los “mass-media” en un universo democrático*, Tecnos, Madrid, 1972.

⁹⁷ H. AZNAR, *Comunicación responsable....*, op. cit., p. 91.

general de “Normas de redacción y estilo”, un grupo de normas de claro perfil deontológico. Entre los libros de estilo que pueden considerarse de segunda generación, puede destacarse el de Telemadrid, que incluye en su Prólogo la siguiente declaración: “Creemos que este Libro de Estilo va más allá de los convencionales manuales de redacción –que se limitan a ser un repertorio de normativa lingüística- y se inscribe en lo que algunos teóricos de la comunicación han llamado “manuales o libros de estilo de segunda generación”, porque contienen principios de orientación del medio y normas deontológicas y de autorregulación profesional, incluida la última y más reciente normativa de la Europa comunitaria en tan difícil cuestión. La presente obra es un buen ejemplo de esta nueva generación de libros de estilo”⁹⁸. También cabe mencionar la existencia, en esta misma línea, de los Estatutos de redacción de “El Periódico de Catalunya”, “El Mundo” y “El País”⁹⁹. Este periódico se ha dotado, asimismo, de un “Estatuto del Ombudsman”, que es una figura paralela al “Defensor del lector” de “La Vanguardia”¹⁰⁰.

Todos estos instrumentos, se caracterizan, como puede comprobarse, por un lado, por regular aspectos de la actividad informativa no definidos por el derecho y, por el otro, por su vocación de superar los mínimos legales y reglamentarios, en un intento de ofrecer una mayor calidad y exigencia a los contenidos transmitidos por los medios de comunicación¹⁰¹. Algunos autores, sin embargo, consideran que algunas figuras de autorregulación (libros de estilo, estatutos de redacción, ombudsman) se utilizan para defender los intereses del propio medio, o su imagen, pero no sirven en realidad a los fines de protección y materialización de los derechos fundamentales que serían exigibles. Dichos autores sostienen que sólo la aprobación de códigos de conducta y la creación de órganos con potestades sancionadoras, que controlen el cumplimiento de los mismos, constituyen una verdadera manifestación de la autorregulación, normativa

⁹⁸ Telemadrid, *Libro de Estilo de Telemadrid*, Telamadrid, Madrid, 1993, citado por H. AZNAR, *Comunicación responsable...*, op. cit. p. 93.

⁹⁹ Estos pueden consultarse en: AA. VV., *Ética en la información. Códigos de conducta y estatutos profesionales*, op. cit., pp. 25 y ss.

¹⁰⁰ La relación de los mecanismos de autorregulación vigentes puede consultarse también en LÓPEZ MAÑERO, C.: “Los mecanismos de autorregulación en los medios de comunicación españoles”, en *Deontología y autorregulación informativa...*, op.cit., p.199, nota 3.

¹⁰¹ Así, por ejemplo, está muy desarrollada en Gran Bretaña la actividad de comités u organismos de autorregulación para cuidar el buen gusto (*good taste*) en la programación. Sobre ello véase T. GIBBONS, “The United kingdom transposition of European Regulation concerning advertising and sponsorship: the ICT Codes and Rules”, en S. Muñoz Machado (Coord.), *Derecho Europeo del Audiovisual*, vol. II, op. cit., pp. 1339 y ss.

y resolutoria, con posibilidades de ser eficaz¹⁰². En nuestra opinión, incluso estos mecanismos tienen pocas posibilidades, debido a las dificultades específicas que presenta la autorregulación en el ámbito de los medios de comunicación.

4. Las dificultades de desarrollo de la autorregulación de los medios de comunicación.

El desarrollo de la autorregulación en los medios de comunicación no plantea serias dificultades cuando quienes se autorregulan están integrados en un subsistema profesional, en el que se comparten las mismas técnicas y la misma concepción ética acerca de su ejercicio. Aunque los fines y la composición de los Consejos de Prensa en Europa son, como hemos señalado, bastante diversos, estos organismos respondían originariamente a los presupuestos mencionados. Ello permitía que se depurasen en su seno los conflictos internos de la profesión, se protegiese la libertad de prensa contra los ataques de los poderes públicos y se estableciesen los principios y las normas sobre el correcto ejercicio de la actividad informativa. Esto es, los Consejos de Prensa tenían por finalidad conseguir que los mismos profesionales consiguiesen que la profesión se desarrollara dentro de unos cauces éticos y técnicos¹⁰³.

Es constatable que el panorama en el que aparecieron los primeros códigos éticos de la profesión periodística y los primeros Consejos de Prensa se ha transformado radicalmente. Los avances tecnológicos, la consolidación definitiva de las libertades de expresión e información, la multiplicación de los medios y de su alcance, así como la ampliación de sus contenidos, que desbordan con mucho la actividad meramente informativa, presentan nuevos retos -para los Estados, para la sociedad y para los propios medios- realmente difíciles de abordar. Hoy día la transmisión de la información no conoce fronteras. Puede presentarse en tiempo real a lo largo y ancho de todo el planeta y, jurídicamente, se encuentra limitada, casi exclusivamente, por el respeto a otros derechos fundamentales. En lo que respecta a sus contenidos, la prensa escrita, la radio y, sobre todo, la televisión, no son sólo transmisores de información, sino que ofrecen, además, entretenimiento, en un intento de captar, a cualquier precio, la

¹⁰² En este sentido, E. BONETE PERALES, “Responsabilidades morales de los profesionales de la comunicación”, en J. C. Suarez Villegas (Ed.), *Medios de comunicación y autocontrol...*, op. cit., pp. 33 y ss.

¹⁰³ J. M. DESANTES GUANTER, *El autocontrol...*, op. cit., p. 30.

atención del mayor número posible de lectores, radioyentes y telespectadores, durante todas las horas del día. Su decisiva influencia en la conformación de la opinión pública, se extiende también a la formación de estilos de vida, de conductas y de valores, transformando lo que pudo ser un “cuarto poder”, en un poder envolvente y penetrante que se resiste a cualquier tipo de control. Por un lado, se sigue defendiendo, bajo las mismas banderas que antaño, una libertad que, probablemente, debería aparecer matizada en función de los objetivos que detrás de ella se esconden. Por otro lado, las cuestiones necesitadas de regulación ahora, aquellas relacionadas con la valoración de los contenidos que cruzan las fronteras de un país a otro, transformando el mundo en la famosa “aldea global” de la que hablara McLuhan, rebasan las formulaciones jurídicas para convertirse en cuestiones de gran calado ético, estético incluso, que quedan fuera del alcance de los poderes públicos.

Las dificultades de articulación de la autorregulación, en la actualidad, empiezan cuando se constata que existe una total indefinición sobre quienes pueden ser considerados, y quienes no, profesionales de la información¹⁰⁴. Tales dificultades se tornan insalvables cuando se abren brechas en el seno mismo de la profesión. La diversidad de técnicas utilizadas por la prensa escrita, la radio y la televisión, en la transmisión de la información, impide sostener que los medios de comunicación compartan, como sería propio de un subsistema, un lenguaje técnico común. En lo que se refiere a sus concepciones éticas, en cualquiera de los citados medios es necesario distinguir “los profesionales de la información y los profesionales de aquella prensa que no es más que un producto industrial”¹⁰⁵. Ello explica, por ejemplo, que la existencia de códigos éticos y de organismos de autocontrol no haya frenado el desarrollo de un determinado tipo de prensa –la denominada “prensa amarilla” y la “prensa rosa”-, que

¹⁰⁴ En la actualidad no existe, en España, ninguna regulación sobre el acceso a la profesión periodística. L. ESCOBAR DE LA SERNA, en *Manual de Derecho de la información*, op. cit., pp. 188-189 sostiene que “esta ambigüedad tiene unas consecuencias que incluso se podrían calificar de peligrosas para los profesionales de la información en la práctica diaria de su trabajo, ya que desde el punto de vista legal –titulación y colegiación- tan sólo los periodistas en sentido estricto son portadores de los derechos y deberes que las normas jurídicas reconocen en los momentos actuales (...). Por esta razón, una vez más, la Federación de Asociaciones de Prensa en España, en su LV Asamblea General (Cádiz, 25-26 de mayo de 1996), ha vuelto a tratar la cuestión del estatuto profesional con la conclusión de que “a las Asociaciones de Prensa y a la FAPE les corresponde un papel esencial en la función de acreditar a quienes están capacitados para acceder a la profesión””.

¹⁰⁵ J. A. BELLOCH JULVE, “Prensa, corporativismo y abuso de poder”, op. cit., p. 17: “Éstos últimos tienen mucho que ver objetivamente con los fabricantes de cualquier otro producto industrial, pero muy poco, ciertamente, con los profesionales de la información, como no sea, lisa y llanamente, el

llevan la actividad informativa, constantemente y casi por definición, a sus límites con otros derechos fundamentales. Se pone de manifiesto, así, la existencia, dentro de los medios de comunicación, de distintos modos de entender la información, distintas formas de ejercer la profesión periodística y concepciones diversas sobre la misma.

La falta de institucionalización de los medios plantea notables problemas para que surja una adecuada autorregulación en su seno. Aunque ello se produjese, no parece que sea conveniente fiar la autorregulación sólo a los medios, cuando de ella se derivan reglas con incidencia directa para terceros. Se hace necesario, por el contrario, abrir los organismos de autocontrol a la participación de los destinatarios de la información o de las emisiones. Sin embargo, agrupar a todo tipo de medios, todo tipo de profesionales de la información, además de representantes de los destinatarios de la misma, en un órgano con escaso poder coercitivo, puede conducir a la paradójica situación de que se aprueben nuevos códigos de conducta, con elevadas exigencias éticas y estéticas, destinadas a ser incumplidas. Se ha señalado, en esta línea, el sinsentido que supone pedir a los medios que apliquen códigos de conducta –en bs programas destinados a la infancia y la juventud, por ejemplo–, cuando las audiencias muestran que tienen mayor aceptación precisamente los programas más violentos, o aquellos que mayores conflictos éticos plantean¹⁰⁶. Por el momento, pues, en lo que

siempre negado corporativismo. Obedecen a dos lógicas diferentes: responden los primeros a la lógica de los intereses privados; los segundos a la lógica de los intereses públicos”.

¹⁰⁶ A. FERNÁNDEZ ALCANTUD, “Aproximación al sector audiovisual...”, op. cit., p. 41, recoge las opiniones de diversos autores que han analizado la calidad del sector audiovisual. Como regla general, se pone de manifiesto que existe una relación inversamente proporcional entre audiencia y calidad. Se entiende por calidad la oferta de informaciones correctas para que los individuos puedan formarse una idea sobre el entorno que les rodea, para compartir los intereses y objetivos de su comunidad, elevando el nivel cultural. Pues bien, se pone de relieve que los telespectadores normalmente no escogen los programas por su calidad, sino por su espectacularidad, escogiendo aquello que “entretiene sin aburrir” y aquello que “exige menos esfuerzo”. Las respuestas televisivas a este tipo de demandas generan una televisión que, por lo general, no es formativa, sino que bloquea y aliena al telespectador.

De ello podría desprenderse que, en parte, la sociedad tiene lo que merece, lo cual supondría no tener en cuenta la capacidad de persuasión propia de los medios. A pesar de la extensión de la cita, merece la pena traer a colación en esta nota las reflexiones que, sobre este concreto aspecto, aporta M. NUÑEZ ENCABO, en “Código europeo de deontología del periodismo (Consejo de Europa)”, en E. Bonete Perales (Coord.), *Éticas de la información...*, op. cit., p. 259. Este autor recoge las posiciones de quienes indican que la sociedad tiene la televisión que merece. Estas posiciones: “(...) coinciden en que “el vulgo es necio y pues lo paga, es justo hablarle en necio, para darle gusto”. Es cierto por ser evidente que, sin telespectadores dóciles y complacientes, no habría *telebasura*, pero no es menos cierto que en nuestros días, a diferencia del siglo XVII en que escribía Lope de Vega sus versos, existen unos mecanismos muy poderosos y persuasivos que imponen previamente gustos y modas. Actualmente no se debería desconocer, y menos ocultar, que las nuevas tecnologías de la información son capaces de producir imágenes tan potentes y seductoras que es muy difícil despegarse de su influjo. Por eso hay muchos que protestan de la *telebasura* pero al mismo tiempo gustan de seguir fielmente sus programas.

atañe a los medios de comunicación, parece que “la ley de la oferta y la demanda influye más que las demandas de ética”¹⁰⁷. Se echa de menos, destacadamente, una mayor profesionalización de los medios.

III. LA AUTODISCIPLINA PUBLICITARIA.

Esta profesionalización, aunque no venga únicamente de la mano de una mayor responsabilidad ética, sino, fundamentalmente, de una receptividad más elevada hacia las presiones externas, puede hallarse en el ámbito de la actividad publicitaria.

En términos generales, y también de modo paralelo a lo que sucede en el ámbito de los medios de comunicación, la autorregulación se justifica en la necesidad de proteger a la sociedad –y, más en concreto, a los consumidores, a los competidores y a los destinatarios de la publicidad–, frente a un incorrecto ejercicio de la actividad publicitaria. Se procura que sea la propia profesión –en este caso, los profesionales de las agencias publicitarias, los anunciantes y los medios de comunicación– quien se encargue de depurar internamente sus conflictos y de garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos susceptibles de ser afectados por su ejercicio.

En la misma línea, la participación de especialistas en la autorregulación y el autocontrol de la publicidad encuentra su fundamento en el marcado carácter técnico y en las evidentes consecuencias éticas de la actividad publicitaria, así como en las limitaciones de las tradicionales técnicas regulación de policía para incidir en los contenidos de una actividad de tales características. La globalización de los medios de comunicación, como principales transmisores de la publicidad, incide también, obviamente, en la expansión del ámbito territorial de la autorregulación. Los problemas que plantea, sin embargo, la regulación y el control de la actividad publicitaria son más complejos, si cabe, en tanto que su capacidad de influencia social, su poder para

En consecuencia, no se puede afirmar con un mínimo de rigor que la *telebasura* responda a la demanda de los ciudadanos, ya que previamente desde las cadenas de televisión se han fomentado los elementos básicos para que existan telespectadores *encadenados*. El mismo autor, en “Medios de comunicación y sociedad democrática”, op. cit., p. 40, concluye diciendo: “El problema es que una desviación de la realidad en el proceso informativo no se puede corregir en la mayoría de las ocasiones por los ciudadanos, porque precisamente su conocimiento de la realidad proviene únicamente a través de los Media, de ahí su gran responsabilidad moral”.

transmitir determinados valores, y su consiguiente virtualidad para vulnerar derechos sensibles al ejercicio de dicha actividad, no sólo posee la misma magnitud que la que es propia de los audiovisuales, sino que, además, se desarrolla a través de técnicas mucho más sutiles¹⁰⁸.

Los instrumentos de autorregulación de la publicidad –códigos éticos y organismos de autodisciplina publicitaria- son también paralelos a los existentes en el ámbito de los medios de comunicación –códigos éticos, Consejos de Prensa y otros organismos de autocontrol-. El desarrollo de la autorregulación publicitaria en nuestro país, sin embargo, ha sido mucho más intenso del que ha tenido lugar en el ámbito de los medios de comunicación. La capacidad de organización e institucionalización demostrada por el subsistema social articulado en torno a la actividad publicitaria, explican que, en España -y sin menoscabo del control jurisdiccional-, la reglamentación pública y el control administrativo de la publicidad hayan sido sustituidas recientemente por un sistema de autorregulación y autocontrol privados.

1. Evolución histórica de la regulación y el control de la publicidad en España.

En nuestro país, debido a las especiales circunstancias políticas existentes en el momento en que se aprobó la primera Ley de publicidad, puede constatarse claramente la transformación de un sistema de regulación de policía –basado en la reglamentación pública de las reglas éticas de la conducta publicitaria, el establecimiento de sanciones administrativas y la imposición de un arbitraje obligatorio-, a un sistema que gira en torno a la autorregulación regulada. En concreto, aunque el fenómeno publicitario data

¹⁰⁷ Así lo afirma S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Los medios de comunicación...*, op. cit., p. 16.

¹⁰⁸ La utilización que hace la publicidad de técnicas de persuasión psicológica y de instrumentos del arte, tanto visuales como verbales, así como la aceptación de la licitud de estos instrumentos como algo propio de la actividad publicitaria, conlleva que las fronteras entre lo artístico y lo persuasivo, la estética y el mal gusto, o la ética y el engaño sean, en muchas ocasiones, muy difíciles de percibir, incluso para los propios profesionales de esta materia.

Sobre estos aspectos W. G. CAPITMAN, en “La moral publicitaria, imperativo público”, *Alta Dirección*, n.º45, 1972, pp. 95-96, reflexionando sobre un artículo de Theodore Levitt, titulado “The morality of advertising” advierte: “Pese a sus detenidas consideraciones y a su creación de un esquema racional del concepto de la moral publicitaria, sus argumentos podrían llevarnos, por desgracia, a algunos callejones sin salida o poco aprovechables. Levitt concibe el papel de la publicidad y del embalaje como algo muy parecido al arte y a la poesía, ya que ambos ayudan a crear un mundo de simbolismo y anticipación más que a reflejar simplemente la realidad actual. “Es mi firme opinión que el embellecimiento y la distorsión de la realidad forman parte de los derechos legítimos de la publicidad, siendo socialmente deseables”, afirma Levitt, quien cree que el fin último del arte y de la publicidad es “persuadir””.

de fechas muy anteriores, la primera norma que estableció en España una regulación general del mismo fue la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprobó el Estatuto de la Publicidad. Desde un punto de vista formal, esta norma estuvo vigente hasta la aprobación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la cual, además de otros contenidos, incorporó a nuestro ordenamiento las disposiciones de la Directiva 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa.

En aplicación de estas normas -y gracias a la paulatina estructuración asociativa de los anunciantes, las agencias de publicidad y los medios publicitarios-, el control inmediato de sus contenidos, monopolizado inicialmente por un órgano administrativo, dio paso a un sistema mixto de control, y se caracteriza, en la actualidad, por la supresión de los controles administrativos y por el protagonismo de la asociación privada Autocontrol de la Publicidad (en adelante AAP)¹⁰⁹.

La Ley 61/64, de 11 de junio, del Estatuto de la Publicidad, tenía por objeto la regulación general de la actividad publicitaria: los sujetos intervinientes en dicha actividad, los contratos celebrados entre ellos, los principios que debían regir su actuación y el establecimiento de diversas vías, administrativas y jurisdiccionales, de control. Su finalidad principal consistía en establecer las reglas generales que debería respetar la publicidad para no vulnerar los derechos de los consumidores, los derechos de los competidores, y los derechos fundamentales que pudiesen resultar implicados¹¹⁰.

¹⁰⁹ El sistema administrativo de control de la publicidad es analizado, entre otros, por: J. M. DE LA CUESTA RUTE, *Régimen Jurídico de la Publicidad*, Tecnos, Madrid, 1974.; J. M. OTERO LASTRES, “La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita”, *ADI*, n.º4, 1977, pp. 113 a 128; y E. RIVERO YSERN, “Administración y jurisdicción: La Junta Central de publicidad y el Jurado Central de publicidad”, *RAP*, n.º 84, 1977, pp. 589 a 594.

Durante la vigencia del sistema mixto, son destacables las aportaciones de J. A. GÓMEZ SEGADE, y C. LEMA DEVESA, “La autodisciplina publicitaria...”, op.cit., pp. 31 y ss.

Como reza su título, A. TATO PLAZA, analiza “El nuevo sistema de autodisciplina...”, op.cit., pp. 161 a 185. Una visión actualizada de esta evolución puede consultarse en M. DARNACULLETA GARDELLA, “Selbstregulierung und Selbstkontrolle der Werbewirtschaft in Spanien” en *Das Rechtssystem zwischen Staat und Zivilgesellschaft. Zur Rolle gesellschaftlicher Selbstregulierung und vorstaatlicher Schlichtung*, (Hrgs. J. Nautz, E. Brix y G. Luf), Passagen Verlag, Wien, 2001, pp. 139 a 160.

¹¹⁰ Estos fines están comprimidos en los cinco artículos que integran el Título II de la Ley, en el que se regulan los “Principios generales” que, a grandes rasgos, son los mismos que siguen inspirando la regulación vigente: Art. 6: “En el ejercicio de toda actividad publicitaria deberán ser observados los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia”; Art. 7: “No será lícita la publicidad que, por su objeto o por su forma, ofenda las instituciones fundamentales de la nación, lesione los derechos de la personalidad, atente al buen gusto o al decoro social o sea contraria a las Leyes, a la moral o a las buenas costumbres”; Art. 8: “En toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error. Las afirmaciones que contengan alegaciones que se

El cumplimiento de estas normas debía ser controlado, por un lado, por la Administración y, por el otro, por los Tribunales ordinarios. En relación con la vía judicial, los artículos 64 y 65 de la Ley reconocían expresamente la competencia de los Tribunales penales y civiles para enjuiciar, respectivamente, “los delitos cometidos en el ejercicio de la actividad publicitaria” y “la violación de derechos individuales, la contravención de las normas sobre competencia desleal y las demás cuestiones de naturaleza civil”.

En vía administrativa, correspondía al Ministerio de Información y Turismo “la corrección y sanción gubernativa de las infracciones no constitutivas de delito que se cometan en el ejercicio de las actividades publicitarias” (art. 63). Sin embargo, dentro de este Ministerio, se creó una peculiar estructura de apoyo, protagonizada por tres organismos: el Instituto Nacional de Publicidad -al que se le atribuyeron funciones relacionadas con la enseñanza y la promoción de la publicidad-; la Junta Central de Publicidad -con funciones asesoras y de control-; y el Jurado Central de Publicidad -con “funciones jurisdiccionales” y arbitrales-¹¹¹.

La composición de la Junta y del Jurado Central de Publicidad destacaba por su carácter eminentemente participativo. Junto a los representantes de la Administración, formaban parte de estos órganos diversos sujetos privados, en representación de los

refieran a la naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales o propiedades de los productos o prestaciones de servicios objeto de publicidad serán siempre exactas y susceptibles de prueba en cualquier momento”; Art. 9: “El público tiene derecho a que toda actividad publicitaria se identifique fácilmente como tal actividad. Los medios de difusión cuidarán de deslindar perfectamente las afirmaciones hechas dentro de su función general de información y las que hagan como simples vehículos de la publicidad”; Art. 10: “La publicidad, como servicio dirigido a los consumidores, constituye un instrumento ordenado para orientar su libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en el mercado, quedando sujeta a las Leyes, principios y normas que regulen la competencia desleal. Se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes o servicios, la que tienda a producir el descrédito de los competidores o de los productos de los mismos y, genéricamente, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”.

¹¹¹ La Ley de creación de estos órganos no se pronunciaba sobre la naturaleza jurídica de la Junta y del Jurado Central de Publicidad. En cambio, calificó expresamente el Instituto Nacional de Publicidad como un organismo autónomo, regulado por la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958. Según ello, el Instituto era una entidad con personalidad jurídica propia, mientras que la Junta y el Jurado eran órganos colegiados carentes de tal personalidad. Con independencia del silencio de la Ley sobre su naturaleza, no cabe dudar en ningún caso del carácter administrativo de estos órganos, ni siquiera teniendo en cuenta su composición, que enseguida analizaremos, ni la calificación de sus funciones como jurisdiccionales, según el artículo 1 de la Orden de 31 de enero de 1970, que modificó la estructura y funcionamiento del Jurado Central de Publicidad y que lo calificó de “órgano colegiado de carácter jurisdiccional”. En su condición de órganos integrantes de la Administración Pública, la Junta Central de Publicidad y el Jurado debían ajustar su actuación a las normas establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo.

medios y de las agencias de publicidad, así como un destacado número de personas “de reconocida experiencia o conocimiento en materia publicitaria” y de “acreditada honestidad personal y profesional”¹¹².

A pesar de la integración de una amplia representación social, éstos órganos no pueden ser calificados como organismos de autocontrol, pues son, en realidad, Administraciones públicas¹¹³. Esta opción era, por lo demás, coherente con la tendencia general de aquella época. En este sentido, la doctrina calificó esta elección del legislador como “una muestra más que añadir a la infatigable arrogación de competencia, de que la Administración no parece saciarse”¹¹⁴.

Las funciones de la Junta y del Jurado Central de Publicidad eran, en cierto modo, complementarias. La Junta Central de Publicidad tenía atribuidas funciones consultivas y de control. De este modo, por un lado, debía asesorar a la Administración pública en materias concernientes a la actividad publicitaria y, por el otro, debía velar por el cumplimiento de los principios y normas del Estatuto de la Publicidad. En relación con esta segunda función, podía acordar la incoación de los procedimientos sustanciados ante el Jurado.

¹¹² La composición de la Junta venía regulada en una Orden de 31 de julio de 1970 (Arz. 1527). Según el artículo 4 de dicha norma, la Junta Central de Publicidad estaba integrada por cincuenta miembros, nombrados por Orden Ministerial: dieciséis de ellos representaban a la Administración; otros dieciséis eran propuestos por la Organización Sindical, en representación de medios de comunicación y agencias; otros quince eran propuestos por entidades muy heterogéneas -pero que en definitiva estaban relacionadas bien con los consumidores, bien con los anunciantes- y debían ser “personas de reconocida experiencia o conocimiento en materia publicitaria”. Los tres miembros restantes eran: el Presidente del Sindicato Nacional de Prensa, Radio, Televisión y Publicidad; el Subdirector General de Actividades Publicitarias; y el Director del Instituto Nacional de Publicidad.

La composición del Jurado Central de Publicidad se encontraba en otra Orden, también de 31 de julio de 1970 (Arz. 1518), por la que se aprobaba el reglamento de funcionamiento de esta institución. El Jurado estaba compuesto por siete miembros, cuando debía conocer cuestiones relacionadas con la aplicación del Estatuto de la Publicidad y por tres miembros, cuando debía ejercer como árbitro. El procedimiento para escoger a los miembros del Jurado era harto complejo. En primer lugar, el Sindicato Nacional y el Ministerio de Información y Turismo debían proporcionar a la Junta Central de Publicidad una lista de treinta candidatos cada uno. La Junta Central de Publicidad debía elegir, como posibles miembros del Jurado, a treinta personas “de acreditada honestidad e integridad profesional”, de las cuales quince debían ser escogidas entre las treinta que le eran propuestas por el Sindicato Nacional y otras quince entre las propuestas por el Ministerio de Información y Turismo. Los miembros del Jurado eran elegidos por sorteo entre los treinta candidatos finales.

¹¹³ La Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 1974 (RJ 1974/1533), en su tercer considerando, mantiene el carácter de órgano administrativo del Jurado en los siguientes términos: “No puede ponerse en tela de juicio el carácter de órgano administrativo del Jurado Central de Publicidad, aunque su composición no esté integrada por funcionarios públicos profesionales escalafonados en una dependencia ministerial (...)”

El Jurado Central de Publicidad debía resolver los conflictos planteados en aplicación del Estatuto de la Publicidad e imponer las sanciones correspondientes por su incumplimiento. La iniciación de un procedimiento sancionador ante el Jurado Central de Publicidad podía ser, de oficio, a instancia de la Junta Central de Publicidad, o a instancia de parte¹¹⁵. Dicho procedimiento, que debía ser instruido y resuelto por el Jurado, se sustanciaba según las normas previstas en su Reglamento¹¹⁶ y, con carácter supletorio, eran también aplicables las normas contenidas en la Ley de 17 de julio de 1958, reguladora del Procedimiento Administrativo. Las resoluciones del Jurado Central de Publicidad se ejecutaban por el Ministerio de Información y Turismo, contra el que cabía interponer recurso de alzada por infracción o inobservancia de las normas procesales de aplicación. Se negaba, en cambio, la posibilidad de revisar el fondo del asunto en vía administrativa, quedando abierta en todo caso la posibilidad de recurrir ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

También correspondía al Jurado Central de Publicidad actuar como árbitro en las controversias surgidas entre las partes como consecuencia de cualquier contrato publicitario. En el ejercicio de esta función el Jurado debía someterse a lo previsto en la Ley de 22 de diciembre de 1953, sobre arbitraje de equidad. No obstante, el recurso ante el jurado era obligatorio y, debido a los efectos de cosa juzgada que se atribuyen al arbitraje, excluía su posterior control jurisdiccional. No se trataba, pues, de un supuesto de arbitraje, sino de la instauración de una jurisdicción especial, de un Tribunal de Honor¹¹⁷.

El sistema administrativo de control de la publicidad instaurado por estas normas no derivaba, sin embargo, de un desconocimiento de la existencia, en otros países, de organismos de autocontrol. Por el contrario, suponía un intento de compatibilizar las

¹¹⁴ J. M. DE LA CUESTA RUTE, *Régimen Jurídico de la Publicidad*, op. cit., p. 266.

¹¹⁵ Cualquier consumidor o asociación de consumidores podía instar al Jurado para que iniciase el procedimiento, pero era decisión de éste su incoación. En cambio, si quienes lo solicitaban eran tres profesionales, la incoación era obligatoria. Ello provocó duras críticas de la doctrina, debido a la débil posición en la que se situaba a los consumidores, frente a la de los profesionales, en la regulación de la iniciación del procedimiento a instancia de parte. En este sentido: J. M. OTERO LASTRES, “La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita”, op. cit., 1977, p. 113.

¹¹⁶ La Orden de 7 de abril de 1965 (Arz. 743) reguló el primer Reglamento del Jurado Central de Publicidad, siendo éste modificado por la Orden de 31 de julio de 1970 (Arz. 1518).

¹¹⁷ J. M. GIL-ROBLES GIL-DELGADO, “Unidad jurisdiccional y atribución de facultades arbitrales a órganos de la administración”, *PJ*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 1389 y ss.

demandas de autorregulación de los medios y de las agencias de publicidad con el mantenimiento de un control administrativo directo de su actividad¹¹⁸.

Así, paralelamente a este sistema de control público, durante la vigencia del Estatuto de 1964 aparecieron los primeros intentos de autorregulación de la publicidad - caracterizados por un marcado carácter sectorial-, con los que se pretendía completar las normas contenidas en el mencionado Estatuto mediante la aprobación de códigos de ética profesional¹¹⁹. A pesar de los escasos frutos de estas iniciativas, los anunciantes estaban especialmente empeñados en conseguir la implantación de un sistema general de autocontrol. Este objetivo se alcanzó en 1977, con la creación de la sociedad “Autocontrol de la Publicidad S. A.”, integrada por anunciantes, agencias de publicidad y medios publicitarios¹²⁰. Según el Preámbulo de su Reglamento de Régimen Interno, esta sociedad tenía por finalidad velar por el adecuado cumplimiento de las normas de publicidad, proponiéndose con ello una mejora su imagen en el conjunto de la sociedad¹²¹. El artículo 5 de sus Estatutos calificaba “Autocontrol de la Publicidad S.

¹¹⁸ Resulta significativo en este sentido que, en pleno proceso de elaboración de la Constitución, se produjese una reordenación del Instituto Nacional de Publicidad, mediante el Decreto 1379/1978, de 10 de febrero de 1978, en la que se incluyó, entre sus funciones, la de “fomentar la práctica de autocontrol publicitario, efectuando estudios comparativos de los procedimientos utilizados en distintos países para dar a conocer a las Agencias, anunciantes y medios españoles los métodos más adecuados para su puesta en práctica”: artículo 2.2.c) del Decreto 1379/1978, de 10 de febrero de 1978, por el que se regula la estructura y funcionamiento del Instituto Nacional de Publicidad.

¹¹⁹ En 1965 se publicó un “Decálogo del Agente Publicitario”, que ha sido calificado por J. RUIZ VADILLO, en “Naturaleza y efectos de los principios generales jurídicos de la publicidad en el Estatuto de 11 de junio de 1964”, *Estudios de Derecho Civil en honor al Profesor Castán Tobeñas*, t. III, Pamplona, 1969, como el primer paso en los intentos de implantar un sistema sectorial de autodisciplina. Tres años más tarde, en el Primer Congreso Nacional de Agencias de Publicidad, celebrado en 1968, se pretendió aprobar, sin éxito, el Proyecto de Código de Ética Publicitaria, que pretendía completar diversos aspectos del Estatuto de la Publicidad. En 1973, el Comité Ejecutivo del antiguo Sindicato de Prensa, Radio, Televisión y Publicidad, aprobó el Código de Prácticas Leales en Publicidad. Sin embargo, este Código no tuvo aplicación alguna.

¹²⁰ En el camino recorrido para conseguir este objetivo son destacables los siguientes datos. En 1973, la Asociación Española de Anunciantes realizó una encuesta entre sus socios planteando la posibilidad de instaurar un sistema colectivo y centralizado de autocontrol, al tiempo que se iniciaban también los necesarios contactos con medios de comunicación y agencias de publicidad. La favorable acogida de todos estos sectores provocó que la Asociación intensificase sus trabajos a partir de 1975 y, en 1976, consiguieron interesar a la Junta Central de Publicidad sobre el tema. El 30 de mayo de 1976 el Pleno de la Junta Central de Publicidad aprobó una recomendación dirigida a los distintos estamentos publicitarios para que se pusiera en marcha en España un sistema de autodisciplina publicitaria. El 8 de noviembre de 1976 se reunía en Canarias la Junta Central de Publicidad y los representantes de las Agencias y Medios publicitarios españoles. Fruto de esta reunión se constituyó, el 17 de mayo de 1977, la sociedad “Autocontrol de la Publicidad S. A.”. Los principales contenidos de las citadas reuniones se encuentran expuestos en A. CALVET, “El autocontrol publicitario”, *Publitema*, n.º38-39, 1976, pp. 97 y ss. Sobre los avatares del proceso que venimos describiendo puede verse también, J. A. GÓMEZ SEGADE y C. LEMA DEVESA, “La autodisciplina publicitaria...”, op. cit., p. 31.

¹²¹ En este sentido, según el citado Reglamento, “el objetivo fundamental es que el criterio de autodisciplina y respeto al consumidor coadyuven a la corrección de la imagen de la publicidad,

A.” como “un organismo de autodisciplina publicitaria” cuya actuación no estaba “informada por principios ideológicos concretos, sino por sociales, morales y éticos generales”¹²².

Esta sociedad poseía los ingredientes esenciales de un sistema de autodisciplina publicitaria: era una institución privada, de carácter voluntario, integrada por los profesionales del sector, y que tenía por objeto velar por el cumplimiento de unas normas éticas, mediante el sometimiento de sus miembros a sus fallos y sanciones¹²³. No obstante, la necesaria convivencia de este sistema de autocontrol con el sistema entonces vigente de control administrativo, y la cierta promiscuidad existente entre ambos, producía ciertas distorsiones. En este sentido, aunque formalmente este organismo de control tenía carácter privado, la adscripción al mismo era de carácter voluntario, y se declaraba independiente de la Administración¹²⁴, tenía, ello no obstante, una estrecha relación con la organización administrativa de control de la publicidad. El impulso definitivo de la creación de esta sociedad dependió de la Junta Central de Publicidad, lo cual ha sido valorado por la doctrina como un reconocimiento de la ineficacia del funcionamiento del control estatal, y como una manifestación de los problemas de organización y coordinación de los profesionales españoles del sector de la publicidad¹²⁵. Además, la Junta formaba parte de la sociedad en calidad de socio institucional y, entre los objetivos de la sociedad, constaba el de “coadyuvar eficazmente a los fines del Jurado Central”¹²⁶.

deteriorada por la actitud crítica de la sociedad”: Reglamento de régimen interno, editado por Autocontrol, Madrid, 1978.

¹²² Estatutos de “Autocontrol de la Publicidad SA”, reproducidos en la revista *Publitécnica* n.º42-43, 1977, p. 199.

¹²³ Consideran estos requisitos como constitutivos de la autodisciplina publicitaria, entre otros, J. P. NEELANKAVIL y A. STRIDSBURG, *Advertising Self-Regulation: a global perspective*, Hastings House, Nueva York, 1980; L. TEMPLIER, “L’autodiscipline envisagée”, en *L’avenir de la publicité et le droit*, Librairies Techniques, Montpellier, 1976; y E. BRANDMAIR, *Die freiwillige Selbstkontrolle der Werbung*, Carl Heymanns, Colonia, 1978. Estos autores destacan especialmente el elemento de la voluntariedad, cuando recuerdan que la adhesión a un organismo de autocontrol ha de ser totalmente libre, quedando fuera del concepto de autodisciplina publicitaria las asociaciones más o menos obligatorias de empresarios sometidas a tutela de la Administración.

¹²⁴ Según el artículo 4 de sus Estatutos, “la sociedad que ahora se funda es privada, independiente de la Administración y del Jurado Central de Publicidad, que depende del Ministerio de Información y Turismo”.

¹²⁵ J. A. GÓMEZ SEGADE y C. LEMA DEVESA, “La autodisciplina publicitaria...”, op. cit., p. 83.

¹²⁶ Artículo 4 de los Estatutos.

Por otro lado, el intento de armonizar el principio de voluntariedad con la incorporación del mayor número posible de socios, obligó a establecer un sistema que, paradójicamente, permitía que no todos los miembros de la sociedad estuviesen sometidos a su control¹²⁷. La complejidad de la estructura organizativa de la sociedad “Autocontrol de la Publicidad S. A.” tampoco facilitó el desarrollo de sus funciones. Por un lado, existían tres órganos que respondían a la naturaleza jurídica empresarial de la sociedad: la Junta General de Accionistas, el Consejo de Administración y la Asamblea de socios¹²⁸. Por otro lado, se crearon tres órganos específicos para llevar a cabo las funciones de regulación y control de la publicidad: el Director General¹²⁹, el Consejo Asesor¹³⁰ y la Comisión Jurídica¹³¹.

¹²⁷ Con carácter general, todo miembro tenía plena libertad para permanecer o darse de baja de la sociedad “Autocontrol de la Publicidad S. A.”. Sin embargo, en sus estatutos y en su reglamento interno, se preveía la existencia de tres clases de socios: los socios numerarios, que eran los anunciantes, las agencias, y los medios y profesionales que lo solicitasen y que, además de pagar las correspondientes cuotas, se declarasen expresamente sometidos a los reglamentos y fallos de la Comisión Jurídica de la sociedad; los socios adheridos, que eran los anunciantes, agencias, medios y profesionales que, pagando unas cuotas reducidas, tenían derecho a recibir determinados servicios de la sociedad, pero no se encontraban sometidos a sus resoluciones; y los socios institucionales, que eran las asociaciones o entidades legalmente constituidas que, por su naturaleza y fines, estuvieran directamente interesadas en la gestión y desarrollo de esta entidad. Estos últimos tampoco se encontraban sometidos a las resoluciones de la sociedad relacionadas con el autocontrol de la actividad publicitaria.

¹²⁸ Así pues, en aplicación de la entonces vigente Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, la sociedad disponía de un órgano de representación (la Junta General de Accionistas) y de un órgano de gestión (Consejo de Administración). Sin embargo, puesto que en la Junta General de Accionistas solamente se encontraban representados los socios numerarios, los Estatutos de la sociedad preveyeron también la existencia de una Asamblea de socios, que agrupaba a los socios numerarios, los adheridos y los institucionales.

¹²⁹ El Director General era una figura dotada de amplios poderes representativos. Era designado por el Consejo de Administración y se encargaba de la gestión de asuntos cotidianos. En este sentido, destacaba su función de Secretario de la Comisión Jurídica. Como tal, y de acuerdo con el artículo 13 de los Estatutos, se encargaba de la instrucción de los expedientes, “bajo la supervisión del Presidente de la Comisión Jurídica”. En concreto, tenía la facultad de analizar si un determinado anuncio se ajustaba o no a las normas éticas y, en su caso, podía proponer, mediante el correspondiente escrito dirigido al Presidente de la Comisión Jurídica, la apertura de un expediente. Entre sus muchas otras funciones, reguladas en el artículo 22 del Reglamento de régimen interno de la sociedad, se encontraba la edición de las normas aprobadas por la sociedad y la gestión del centro de documentación.

¹³⁰ El Consejo Asesor estaba compuesto por un número indeterminado de representantes de organismos públicos, Universidades, y “las personas que, a juicio del Consejo de Administración, puedan prestar su colaboración y asesoramiento” (artículo 34 de los Estatutos). Tenía atribuidas funciones consultivas y de supervisión de las normas éticas que formulaba e impartía la sociedad.

¹³¹ La Comisión Jurídica tenía una composición paralela a la del Jurado Central de Publicidad y asumía funciones similares a las que tenía atribuidas dicho órgano administrativo. Estaba formada por siete miembros, designados por el Consejo de Administración. El Presidente tenía que ser escogido entre personalidades relevantes de la Judicatura. Los demás miembros eran representantes de los anunciantes, las agencias y los medios. La Comisión Jurídica, pues, estaba formado por profesionales de la publicidad, sin que existiera representación alguna de los consumidores. Su función principal consistía en estudiar los expedientes, fallarlos e imponer las correspondientes sanciones por incumplimiento de las normas éticas de la publicidad. La Comisión Jurídica podía imponer sanciones de amonestación y de cesación definitiva de la publicidad. El Consejo de Administración era el encargado de notificar el fallo a los interesados y de ejecutarlo. Dicho fallo, sin embargo, no se hacía público, con lo cual se dejaba de utilizar una de las principales medidas de presión de la que disponen los organismos de autocontrol. Los fallos podrían

La Comisión Jurídica era la encargada de redactar los códigos de conducta integrantes del subsistema ético de este organismo de autodisciplina y de imponer las correspondientes sanciones por su vulneración. Al iniciar su actividad, dado que no poseía ningún código propio, la sociedad que estamos analizando se sometió voluntariamente al Código Internacional de Prácticas Leales en materia de Publicidad de la Cámara de Comercio Internacional¹³².

Con el transcurso de los años, se aprobaron un Código General de Publicidad y cinco Códigos específicos para determinados sectores -normativa ética para la publicidad de bebidas alcohólicas, normas sobre la publicidad dirigida a la infancia, normas para la publicidad testimonial, normas para la publicidad de productos de cosmética y perfumería, y normas sobre publicidad de productos alimenticios-¹³³.

La Comisión Jurídica tenía también la función de emitir dictámenes sobre la adecuación de un anuncio a estas normas, a petición de cualquier anunciante, agencia o medio de comunicación y poseía legitimación activa para ejercitar acciones ante los tribunales de justicia o ante la Administración contra los infractores de la normativa publicitaria. No podía, en cambio, actuar como árbitro en los conflictos entre particulares, puesto que esta función se consideraba reservada al Jurado Central de Publicidad¹³⁴.

recurrirse ante el Consejo de Administración, en el plazo de diez días contados desde la fecha de la notificación. Esta mezcla de funciones entre los órganos de autodisciplina (Comisión Jurídica) y los órganos propios del esquema societario (Consejo de Administración), fue duramente criticada por la doctrina: J. A. GÓMEZ SEGADE y C. LEMA DEVESA, “La autodisciplina publicitaria...”, op. cit., pp. 86 y ss.

¹³² En concreto, en el artículo 2 de sus estatutos, se atribuía a la sociedad “Autocontrol de la Publicidad S.A” la misión “velar por el cumplimiento de la legislación publicitaria, emanada de la Administración, y por la aplicación del Código de Ética Publicitaria de la Cámara de Comercio Internacional y otros que puedan adoptarse”. El Código de Prácticas Leales en materia de Publicidad de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), publicado por primera vez en 1937, constituye, según afirma J. DE LANAUZE, en “L’autodiscipline assurée par les textes disciplinaires”, *L’avenir de la publicité et le droit*, op. cit., p. 168, la primera realización a nivel Internacional de un plan de ética profesional en el ámbito de la publicidad. Este texto ha sido revisado en diversas ocasiones, con el fin de actualizar las normas de ética comercial que deben ser respetadas por las agencias publicitarias, los anunciantes y los medios emisores de la publicidad. En la actualidad, este código ha sido adoptado por todos los países que forman parte de la CCI, así como por la mayor parte de organismos nacionales de autodisciplina publicitaria.

¹³³ Naturalmente, la existencia de estas normas es indispensable para que las decisiones de los órganos de control no sean arbitrarias. Estas normas son, además, una garantía para los propios publicistas, porque si las respetan su publicidad no podrá ser declarada prohibida y porque si sus competidores las vulneran serán sancionados.

¹³⁴ Explícitamente, el artículo 3 de los Estatutos de “Autocontrol de la Publicidad S.A.” advertía que “la sociedad no tendrá la función de intervenir, como árbitro, en controversias entre partes para

La constitución de “Autocontrol de la Publicidad S.A.” supuso, sin duda, un importante avance en el camino de la sustitución de las competencias estatales en materia de control de la publicidad por un sistema de autocontrol. Además, en el terreno de los hechos, y a pesar de la vigencia del Estatuto de la Publicidad de 1964, la aprobación de la Constitución Española de 1978 y la reestructuración consiguiente de la Administración del Estado, supuso la desaparición de la Junta y del Jurado Central de Publicidad y, por tanto la inexistencia “de facto”, de un control administrativo de las previsiones de esta norma¹³⁵.

Sin embargo, la defectuosa organización de la sociedad creada para el autocontrol de la publicidad, la nula presencia en su seno de una representación de los consumidores, así como la negativa de ésta a publicar sus decisiones, fueron factores que condicionaron negativamente el correcto desarrollo de este sistema de autorregulación.

La derogación formal de la Ley 61/64, de 11 de junio, se produjo en 1988, cuando se aprobó la Ley 34/1988, General de Publicidad que, además de actualizar la regulación sobre esta materia, tenía por finalidad la incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa¹³⁶. Entre las previsiones de esta Directiva comunitaria cabe destacar los preceptos relativos a los mecanismos de control sus contenidos.

conciliar intereses opuestos, que quedan sometidos al Jurado Central de Publicidad y Tribunales de Justicia”.

¹³⁵ Los años transcurridos entre la aprobación de la Constitución de 1978 y la aprobación de una ley de publicidad que derogase formalmente el Estatuto de 1964 y estableciese un nuevo sistema de control, dieron lugar a numerosas críticas. Cabe recoger aquí las reflexiones de J. ALONSO DÁVILA, en “El derecho publicitario en España y la Directiva de la CEE de 10 de septiembre de 1984 sobre publicidad engañosa”, *La Ley*, 1985, pp. 1046 y ss., el cual advierte que, a pesar de que el Estatuto de la Publicidad aprobado por la Ley 61/1964, de 11 de julio, no había sido derogado, la parálisis de los órganos administrativos encargados de su aplicación –esto es, la Junta y el Jurado Centrales de Publicidad- permitía sostener que “en la España de hoy (...) la publicidad es una actividad sin ley”. La incardinación de los órganos administrativos de control administrativo de la publicidad en la estructura el régimen preconstitucional implicaba que, una vez modificada aquélla, se produjese “lo que, en términos de biología, llamaríamos extinción por falta de adaptación al medio”.

¹³⁶ Sobre los principales contenidos de esta Ley y de la Directiva comunitaria de la que trae causa, pueden consultarse, entre otros: S. BARONA VILAR, *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; M. SANTAELLA, *El nuevo derecho de la publicidad*, Civitas, Madrid, 1989; J. ACOSTA ESTEVEZ, “Algunas consideraciones jurídicas en torno al nuevo derecho de la publicidad”, *Directiva*, n.º2, 1989, pp. 5 y ss.; J. M. DE LA CUESTA RUTE, “Observaciones sobre la Ley General de Publicidad”, *RJC*, n.º4, 1989, pp. 51 a 104; M. LINACERO DE LA FUENTE, “Notas sobre la publicidad ilícita en el ordenamiento español y comunitario. Límites éticos a la publicidad”, *AC*, n.º 10, 1996, pp. 217 a 231.

En concreto, el artículo 4 de la Directiva, obliga a los Estados miembros a prever la existencia de una autoridad competente que se encargue de velar por la aplicación de las normas sobre publicidad engañosa. Sin embargo, no se pronuncia sobre la naturaleza, administrativa o judicial, de dicha autoridad¹³⁷. Parecía que iba a instaurarse, pues, un sistema estrictamente público de control de la publicidad, sin reconocimiento alguno de los sistemas privados de autocontrol. Las aportaciones de las empresas publicitarias y de los consumidores en los trabajos preparatorios de la Directiva y su interés por potenciar el autocontrol de las prácticas publicitarias, condujeron, sin embargo, a la introducción de un nuevo precepto¹³⁸. En concreto, el artículo 5 de la Directiva dispone: “la presente Directiva no excluirá el control voluntario de la publicidad engañosa por organismos autónomos ni el recurso a tales organismos por las personas o los organismos a que se refiere el artículo 4, si existen procedimientos ante tales organismos además de los procedimientos judiciales o administrativos a que se refiere dicho artículo”¹³⁹.

¹³⁷ Los Estados miembros, según el artículo 4 de la Directiva, pueden elegir entre la vía judicial, ya sea civil o penal, o la vía administrativa. Con independencia de la opinión que pueda merecer cada uno de estos sistemas, lo cierto es que ambos resultan conceptual y jurídicamente admisibles. El buen funcionamiento de ambos en dos países inequívocamente respetuosos con los principios rectores de un Estado democrático de derecho, como son, respectivamente, Estados Unidos y Alemania, es una muestra de ello. Así, en EEUU funciona, eficaz y objetivamente, un sistema de control administrativo realizado por la *Federal Trade Commission*, mientras que, en Alemania existe un efectivo y rápido sistema de control judicial, basado, eso sí, en el criterio de especialización. Sobre ello véase G. SCHRICKER, “Situación actual y evolución del Derecho de la Publicidad en la República Federal de Alemania”, en *Problemas Actuales del Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1984.

¹³⁸ Sobre los trabajos legislativos elaborados por la CEE en relación con esta Directiva, pueden consultarse, entre otras, las aportaciones de: B. SCHMITZ, “Advertising and Commercial Communications-Towards a coherent and Effective EC Policy”, *Journal of Consumer Policy*, n.º 16, 1993, pp. 387 y ss.; y L. BOUIS, “Quelle publicité dans l’Europe de 1993: Réglementation ou déontologie?”, *Revue Française du Marketing*, n.º 130, 1990, p. 51.

¹³⁹ En la misma línea, la Directiva 92/28/CEE, de 31 de marzo, relativa a la publicidad de los medicamentos para el uso humano, en su artículo 12, establece: 1. “Los Estados miembros velarán por la existencia de medios adecuados y eficaces que permitan controlar la publicidad de los medicamentos. Estos medios, que podrán basarse en un sistema de control previo, deberán incluir en cualquier caso disposiciones con arreglo a las cuales las personas u organizaciones que tengan, según la legislación nacional, un interés legítimo en la prohibición de una publicidad incompatible con la presente Directiva puedan interponer una acción judicial contra esta publicidad, o plantear el caso de dicha publicidad ante un órgano administrativo competente para decidir sobre las reclamaciones o para iniciar las correspondientes diligencias judiciales” (...); 4. “El presente artículo no excluye el control voluntario de la publicidad de medicamentos por parte de organismos de autorregulación y el recurso a tales organismos, si ante los mismos pueden seguirse procedimientos, con independencia de los procedimientos judiciales o administrativos contemplados en el apartado 1”.

Aunque no tenemos conocimiento de la existencia de un sistema de autodisciplina específico para la publicidad de los medicamentos, si podemos traer a colación la existencia del “Foro de Comunicación para la Salud”, creado por seis agencias de publicidad especializadas en el campo médico farmacéutico (CAP Health World, Comunicación y Servicio de Consultores, Ene Publicidad, Esquema de Comunicación, Pharma Consult Services). Esta asociación persigue una información y publicidad sanitaria de calidad basada en el respeto en normas éticas y en la autorregulación. A su juicio, la información que se ofrece debe estar contrastada y seguir criterios éticos, incluyendo también medidas de

Ley General de Publicidad de 1988, ante las posibilidades ofrecidas por la Directiva comunitaria de 1984, ha optado por prescindir de un eventual órgano administrativo de control de la publicidad y crear, en vez de ello, un procedimiento especial ante la jurisdicción civil. En concreto, establece unos procedimientos de cesación y rectificación de la publicidad, que serán tramitados por el juez ordinario conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios de menor cuantía¹⁴⁰.

Junto con la vía judicial descrita, la Exposición de Motivos de Ley General de Publicidad, en coherencia con lo establecido en la normativa comunitaria, prevé la existencia de “un control voluntario de la publicidad” realizado “por organismos de autodisciplina”.

Cuando se aprobó esta Ley General de Publicidad de 1988, la sociedad “Autocontrol de la Publicidad S.A.” seguía desarrollando sus funciones. Ello no obstante, debido a los problemas que ya hemos mencionado, no ofrecía los resultados esperados. Tampoco el control jurisdiccional previsto en la Ley General de Publicidad consiguió evitar la imagen negativa que la sociedad tenía de la publicidad, ni la percepción pública de que, a través de ella, se vulneraban derechos de los consumidores y se transmitían imágenes y valores contrarios a la dignidad de ciertos colectivos. Por ello, en 1995, en plena tramitación parlamentaria de la reforma del Código Penal, se planteó la posibilidad de tipificar como delito algunas de las manifestaciones ilícitas de la publicidad. Ante esta amenaza, los profesionales de la publicidad decidieron establecer un sistema efectivo del autocontrol¹⁴¹. Para ello crearon, en 1995, la

autorregulación, ya que la seguridad y eficacia de los medicamentos depende no sólo de unos elevados estándares técnicos y de calidad, sino también de factores externos como unas correctas condiciones de uso de los mismos, capítulos donde la información resulta básica (esta información tomada de la dirección <http://www.forosalud.com>). En la misma línea, cabe citar la iniciativa de la Asociación Nacional de Especialidades Farmacéuticas Publicitarias (ANEFP), que ha aprobado un Código de normas deontológicas y se ha sometido voluntariamente a las resoluciones del Jurado de la Asociación Autocontrol de la Publicidad para garantizar su cumplimiento.

¹⁴⁰ Algunos autores han celebrado la sustitución del sistema de control administrativo establecido en la Ley de 1964 por el sistema judicial previsto en la Ley de 1988, argumentando que el artículo 24 de la Constitución Española, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez ordinario y predeterminado por la ley “casaba mal con la presencia de un órgano administrativo”: A. MONTÓN REDONDO, “El proceso de la Ley General de Publicidad”, *La Ley*, n.º 2175, pp. 1046 a 1052. Se pronuncia en el mismo sentido, M. SANTAELLA, en *El nuevo derecho de la publicidad*, op. cit.

¹⁴¹ Como acertadamente señala S. BARONA VILAR, *Tutela civil y penal de la publicidad*, op. cit., p. 163: “la tipificación de hechos publicitarios como ilícitos penales y la posibilidad de su reproche a través de este cuerpo legal, ha impulsado, sin pretenderlo, estos otros mecanismos de autocontrol o

“Asociación de Autocontrol de la Publicidad” (AAP), que ha adquirido en la actualidad un protagonismo definitivo en la regulación y el control de la publicidad, en detrimento de los instrumentos estatales articulados a este fin. La creación de esta asociación responde, así, no solo a la autorresponsabilidad profesional, sino también a la presión ejercida por el legislador y por la sociedad en general y al insuficiente funcionamiento de los controles públicos.

2. La vinculación de la publicidad a los presupuestos de desarrollo de la autorregulación.

La doctrina ha venido advirtiendo que uno de los principales motivos que explican el surgimiento de organismos de autodisciplina publicitaria es la falta de cualquier otra alternativa de control, o el insatisfactorio funcionamiento de los existentes. Se constata, así, que, en donde hay un fuerte y eficaz aparato burocrático de control, como en Suecia –donde existe la figura del *Ombudsman* del consumidor, que examina también las vulneraciones de sus derechos derivadas de la publicidad-, no surge un sistema de autodisciplina¹⁴².

Detrás de esta constatación aparece un dato esencial: la ineficiencia de los controles administrativos y del control judicial, para resolver los conflictos que plantea el ejercicio de la actividad publicitaria. Las limitaciones de los controles públicos y, en especial, de las clásicas técnicas de policía administrativa, se explican, en gran medida, por las características de la publicidad y, en este caso, por su especial relación con los

autorregulación que permiten, desde dentro, resolver los posibles conflictos que pueden derivarse de las actividades publicitarias ilícitas”.

Este ejemplo es útil para recordar de nuevo que el endurecimiento de las responsabilidades legales de los autorreguladores es una de las motivaciones más destacadas al desarrollo de la autorregulación. En este caso la iniciativa del sector publicitario no detuvo la decisión del legislador de tipificar penalmente el denominado “delito publicitario”, lo cual permite considerar la autorregulación de este sector como un mecanismo de carácter preventivo. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el Código Penal vigente introdujo por primera vez en el Derecho penal español, en su artículo 282, la tipificación de las conductas de publicidad engañosa más graves, aunque el tipo se solapa con las conductas descritas en la Directiva 84/450, de 10 de noviembre, sobre publicidad engañosa; en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de Publicidad, por la que se transpone dicha Directiva; así como con las conductas reguladas en el artículo 2.d) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Sobre ello véase: C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II. Artículos 138 a 385, Trivium, Madrid, 1997, pp. 2983 y ss.

¹⁴² J. A. GÓMEZ SEGADÉ, “Sistemas de autorregulación publicitaria”, *Primeras Jornadas...*, op. cit., p. 159.

derechos fundamentales, con la ética y con cuestiones relacionadas con el buen gusto o la estética propias de las técnicas publicitarias¹⁴³.

En lo que atañe a la relación de la publicidad con los derechos fundamentales, no parece excesivamente relevante determinar si las actividades publicitarias constituyen o no una manifestación de la libertad de expresión, o de la libertad de información, protegidas por el artículo 20 CE¹⁴⁴. Lo que sí merece ser destacado es que “la publicidad, el derecho a la publicidad, está llamado –igual que el derecho a la información- a coordinarse, sin canibalismos, con el resto de los derechos humanos”¹⁴⁵.

¹⁴³ Como ponen de manifiesto J. P. NEELANKAVIL y A. STRIDSBERG, en *Advertising Self Regulation...*, op. cit., p. 2, debido a la complejidad técnica y ética que caracteriza la actividad publicitaria, las regulaciones gubernamentales sobre esta materia se basan en un limitado conocimiento de la realidad objeto de regulación, lo cual deriva en una aplicación esporádica y en una notable falta de capacidad coercitiva de las mismas sobre la industria publicitaria.

¹⁴⁴ Como es sabido, tales libertades se encuentran fundamentalmente vinculadas a la libertad de prensa y su relevancia deriva de su necesidad para el buen funcionamiento de la democracia y la formación de la opinión pública. Sin embargo, la jurisprudencia norteamericana, en la sentencia *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council* (1976), inauguró la doctrina conocida como *commercial speech*, según la cual, la publicidad, entendida como invitación o propuesta de una transacción comercial, está incluida dentro de la libertad de expresión; y ello porque en una economía de mercado existe un interés constitucionalmente digno de protección en que los ciudadanos estén bien informados sobre los bienes y servicios que se ofrecen.

En Europa, en cambio, la idea de que la publicidad pueda estar cubierta por la libertad de expresión e información ha sido tradicionalmente rechazada. La posibilidad de otorgar cierta protección constitucional a la publicidad se ha canalizado, en cualquier caso, a través de los derechos fundamentales de libertad de empresa y propiedad privada. Sobre ello, véase: L. M. DÍEZ PICAZO, “Publicidad televisiva y derechos fundamentales”, en S. Muñoz Machado (Coord.), *Derecho europeo del audiovisual*, vol. I, op. cit., pp. 654 y ss., también publicado en la *REDC*, n.º 50, 1997, pp. 61 a 100. Sostienen también que la publicidad es una manifestación del derecho a la información, M. J. BARÓ BALLBÉ, en *La publicitat il·lícita i la defensa dels consumidors*, Centre d’Investigació de la Comunicació, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1992 y M. CARRILLO, en el prólogo a este mismo libro.

Por el contrario, se pronuncian expresamente sobre la no vinculación de la actividad publicitaria en el artículo 20 CE: J. A. GÓMEZ SEGADE, y C. LEMA DEVESA, “La autodisciplina publicitaria...”, op.cit., pp. 31 y ss., p. 55; y J. A. GÓMEZ SEGADE, “Sistemas de autorregulación publicitaria”, en *Primeras Jornadas...*, op. cit., p. 163. Según este autor, la actividad publicitaria está amparada, eso sí, por la libertad de iniciativa económica del artículo 38 y sometida a los límites del interés general (art. 128) y a la protección de consumidores (art. 51).

¹⁴⁵ C. SORIA, “Perspectiva ética de la información publicitaria”, en E. Bonete Perales (Coord.), *Ética de la comunicación audiovisual...*, op. cit., p. 159. Este mismo autor sigue diciendo que ello “(...) plantea, como es lógico, los problemas típicos de cualquier coordinación. Puede ser problemático, por ejemplo, distinguir lo que puede ser humor o constituir una ataque al honor. Hay bromas y bromas. Bromas de buen gusto y bromas de mal gusto. Existe un humor sano y también un humor hiriente y corrosivo. Hay mensajes que requieren una prudencia especial en su elaboración. Sucede así especialmente con los anuncios de productos destinados a mejorar la salud, la imagen o la belleza. O los que argumentan básicamente con la corporeidad de la mujer y el varón. O los que transmiten una imagen humana de puro objeto material. Puede decirse que en todos estos casos la publicidad tiene, al menos, el riesgo de desvincularse de la dignidad humana, del honor esencial que corresponde a todos y cada uno de los hombres y que está en la base de todos los derechos, también del derecho a la publicidad. Ese honor esencial del hombre aparece también desconectado de la publicidad todas las veces que de difunden mensajes publicitarios que ridiculizan o menosprecian determinados trabajos humanos nobles o determinados grupos sociales, étnicos, religiosos, lingüísticos. La publicidad ha de coordinarse también con el derecho a la propia imagen. El hecho de que la imagen pueda comercializarse y transferirse,

La afirmación que acabamos de transcribir se explica en la medida en que la publicidad posee un notable poder de persuasión y juega un papel determinante en la denominada “socialización del bienestar”¹⁴⁶. En la actualidad no cabe dudar de la relevancia de la publicidad en la venta de productos, necesarios o superfluos, ni de su importancia en términos económicos –persuadir, vender y ganar dinero son las principales razones de su existencia-¹⁴⁷. El mantenimiento de este poder requiere, por su misma esencia, no sólo hacer atractivo un producto -a través de reclamos que no necesariamente tienen relación con las características del mismo-, sino, además, hacerlo más atractivo que los productos similares existentes en el mercado. Los riesgos de vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios, y de los derechos de los competidores, son, pues, inherentes a la publicidad. Por si ello fuera poco, la publicidad tiene una presencia constante en los medios de comunicación, especialmente en la televisión y, desde ella, por un lado, se transmiten imágenes y valores que, en su intento de llamar la atención, rozan en muchos casos los límites de la ética y del buen gusto y, por el otro, se crean estados de necesidad que pueden llegar a vulnerar los derechos más íntimos de las personas¹⁴⁸.

aunque sólo en parte, puede originar problemas. La persona tiene el derecho a controlar el uso que se hace de su imagen”

¹⁴⁶ La “socialización del bienestar”, es un rasgo que caracteriza las sociedades actuales, entendidas como sociedades de consumo. Dicha socialización es posible, por un lado, gracias a la técnica y, por el otro, gracias a la publicidad. La combinación entre el desarrollo tecnológico, la aparición de nuevos productos en el mercado, y el afán de las empresas por vender estos productos otorga a la publicidad el papel de producir “necesidades”; “pero necesidades de masas”, disfrazadas eso sí, de “sutilezas individuales”, como el prestigio social, la carrera o el *status*, o la obsesión por el *standing*”. En este contexto, “se genera y desarrolla de forma creciente un nuevo estilo de vida, un “hecho de civilización” nuevo que acaba infectando, a lo largo de los años sesenta y setenta, incluso a los pueblos del segundo y tercer mundo”: J. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Tecnología y sociedad de masas (La trayectoria histórica más reciente”, *Sociedad y Utopía*, n.º 9, 1997, p. 81.

¹⁴⁷ Según J. A. GÓMEZ SEGADE, “Sistemas de autorregulación publicitaria”, en *Primeras Jornadas...*, op. cit., p. 159: “El gran poder para influir directamente en los consumidores que poseen los modernos medios de comunicación de masas, acrecentado por técnicas informativas y psicológicas más avanzadas, los convierte en el campo de batalla donde se lucha por la conquista de la clientela”. En la misma línea, J. A. GÓMEZ SEGADE, y C. LEMA DEVESA, en “La autodisciplina publicitaria...”, op. cit., p. 35, sostienen: “Cuando la producción de bienes y servicios adquiere grandes proporciones, se incrementa vertiginosamente la publicidad. Y esta publicidad ya no se realiza individual y personalmente, sino mediante lo que se llama un diálogo mecanizado e impersonalizado. Como hemos puesto de relieve hace mucho tiempo: “ya no es creíble el viejo dicho de que “el buen paño en el arca se vende”. Por el contrario, se confirma la conocida afirmación del excanciller alemán Erhard de que las mejores mercaderías enmohecerían en los grandes almacenes si no existiese la publicidad”.

¹⁴⁸ Desde una visión bastante crítica de la actividad publicitaria, aunque bastante más matizada que la de otros autores, J. M. DE LA CUESTA RUTE, *Régimen Jurídico de la Publicidad...*, op.cit., p. 45, afirma que “por su intrínseca tendenciosidad la información publicitaria se dirige mucho antes a la voluntad del hombre que a su entendimiento, y no son infrecuentes, sino al contrario, las ocasiones en que el anunciante se propone con sus esfuerzos no ya condicionar la decisión subsiguiente al estado de necesidad, sino al provocar ese mismo estado. Por ello la “información” publicitaria debe ser tomada con reservas, aunque no hasta el punto de afirmar que, debido al uso de técnicas psicológicas, la publicidad

Por ello, la coordinación entre el derecho de la publicidad y otros derechos fundamentales, que venía ya recogida en la Directiva 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa y en el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre General de Publicidad¹⁴⁹, ha sido desarrollada y ampliada por la regulación de la publicidad televisiva contenida en las Directivas “Televisión sin fronteras”, 89/552/CEE, de 3 de octubre, y 97/36/CE, de 30 de junio de 1997, incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico, respectivamente, por las Leyes 25/1994, de 12 de julio y 22/1999, de 7 de junio¹⁵⁰.

El respeto a los derechos humanos en la publicidad emitida por televisión se concreta en el artículo 8.1 de la Ley 22/1999¹⁵¹. A tenor del mismo: “Además de las formas de publicidad indicadas en el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, son ilícitas, en todo caso, la publicidad por televisión y la televenta que fomenten comportamientos perjudiciales para la salud o la seguridad humanas o para la protección del medio ambiente; atenten al debido respeto a la dignidad de las personas o a sus convicciones religiosas y políticas o las discriminen por razones de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión, o cualquier otra circunstancia personal o social. Igualmente son ilícitas la publicidad y la televenta que inciten a la violencia o a comportamientos antisociales, que apelen al miedo o a la superstición o que puedan fomentar abusos, imprudencias o conductas agresivas. Tendrán la misma consideración la publicidad y la televenta que inciten a la crueldad o al maltrato a las personas o a los animales o a la destrucción de bienes de la naturaleza o culturales”.

entraña una violación”. [En esta última afirmación, el autor citado hace referencia expresa a la obra de R. GUERIN: *La publicidad es una violación*, Sagitario, Barcelona, 1964].

¹⁴⁹ Según el artículo 3 de la Ley 34/1988, General de Publicidad, es ilícita “la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer”.

¹⁵⁰ Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva; Ley 22/1999, de 7 de junio, de modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

¹⁵¹ Este precepto incorpora a nuestro ordenamiento el artículo 12 de la Directiva 97/36/CE, de 30 de junio de 1997, modificando parcialmente la redacción contenida en el artículo 9 de la Ley 25/1994, de 12 de julio.

La protección de los menores también es objeto de especial atención en estas normas. En este sentido, es necesario tener en cuenta que los niños constituyen un público importante en número; que condicionan las compras de productos infantiles y también, en parte, el consumo de los padres; que son especialmente permeables a cuanto les llega del exterior; que les resulta más difícil distinguir la publicidad de la información; y que son especialmente sensibles a la idea que transmiten muchos anuncios de que el que no posee un producto publicitario es un perdedor, es menos que los demás¹⁵². Es por ello que el artículo 16 de la Ley 25/1994, modificado en alguno de sus apartados por la Ley 22/1999, establece una serie de medidas específicas para la “protección de los menores frente a la publicidad y la televenta”¹⁵³.

Sin embargo, como hemos advertido, la enorme carga ética de estos preceptos, la dificultad de concretar cuando una emisión publicitaria vulnera o no los derechos protegidos por estas normas es una cuestión que requiere unos conocimientos especializados que no se encuentran en la actualidad en manos de la Administración. Deben ser los profesionales de la publicidad, que poseen el dominio directo sobre las técnicas de persuasión propias de su actividad, los que, a través de un proceso de autorreflexión y autorregulación ética, pueden compatibilizar los fines de la misma con los mencionados derechos, garantizando la aplicación de tales normas, u ofreciendo a los poderes públicos los criterios necesarios para ello.

Ello explica, parcialmente, la existencia de organismos de autodisciplina publicitaria en la práctica totalidad de países del mundo¹⁵⁴. Por lo demás, el proceso de

¹⁵² C. SORIA, “Perspectiva ética de la información publicitaria”, en E. Bonete Perales (Coord.), *Ética de la comunicación audiovisual*, op. cit., p. 158.

¹⁵³ En su redacción vigente, este precepto establece: “La publicidad por televisión no contendrá imágenes o mensajes que puedan perjudicar moral o físicamente a los menores. A este efecto, deberá respetar los siguientes principios: a) No deberá incitar directamente a tales menores a la compra de un producto o de un servicio explotando su inexperiencia o su credulidad, ni a que persuadan a sus padres o tutores, o a los padres o tutores de terceros, para que compren los productos o servicios de que se trate”; b) En ningún caso, deberá explotar la especial confianza de los niños en sus padres, en profesores o en otras personas, tales como profesionales de programas infantiles o, eventualmente, en personas de ficción”; c) No podrán, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas”, y d) En el caso de publicidad o televenta de juguetes, éstas no deberán inducir a error sobre las características de los mismos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizar dichos juguetes sin producir daño para sí o a terceros”.

¹⁵⁴ Según explica J. A. GÓMEZ SEGADÉ, “Sistemas de autorregulación publicitaria”, en *Primeras Jornadas...*, op. cit., p. 160, “las primeras experiencias de autodisciplina se produjeron a finales del siglo XIX”, gracias a la “labor pionera de la *British Poster Advertising Association*, que junto con la *London Poster Advertising Association*, constituyó en 1891 un comité para evitar los anuncios inconvenientes en las vallas publicitarias”. En la actualidad, la existencia de estos organismos está

globalización en el que se encuentran directamente inmersos las agencias de publicidad, los medios y los anunciantes, dan razón, no sólo de la potenciación de los mecanismos de autorregulación y de autocontrol de ámbito estatal, sino también del hecho de que éste no sea considerado más que un escalón indispensable para la creación de organismos eficaces de autodisciplina a nivel europeo o Internacional¹⁵⁵.

La existencia de estos organismos ha sido tomada en cuenta por la Unión Europea en el momento de establecer los sistemas de control de su aplicación. Así, tanto

totalmente generalizada. A título de ejemplo, además de la *Asociación Autocontrol de la Publicidad* (AAP) española, de la que hablaremos más adelante, podemos citar la existencia: del *Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria* (IAP), en Italia; el *Österreichischer Werberat* (FWUM), en Austria; el *Jury d'Ethique Publicitaire* (JEP), en Bélgica; el *Reklame Forum*, en Dinamarca; el *Bureau de Vérification de la Publicité* (BVP), en Francia –en realidad, este organismo se creó en 1935 con la denominación de *Office de Contrôle des Annonces* y cambió su denominación en 1953-; el *Deutscher Werberat* (DW), en Alemania; la *Advertising Standards Authority Limited* (ASA) y el *Broadcast Advertising Clearance Centre* (BACC), en Gran Bretaña, el *Enossi Diafimistikon Etairion Ellados* (EDEE), en Grecia, la *Advertising Standards Authority for Ireland* (ASAI), en Irlanda; la *Comission Luxembourgeoise pour l'éthique en publicité* (CLEP), en Luxemburgo; o el *Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade* (ICAP, en Portugal). Esta relación ha sido consultada en la página web: <http://europa.eu.int/comm/secretariat-general/sgc/lobbies/meml/mlp12.htm>. Por su parte la EASA (*European Standards Alliance*, o Alianza Europea para la Etica en Publicidad) ha publicado recientemente un estudio, que lleva por título *Advertising Self-Regulation in Europe*, más conocido como *Blue Boock*, en el que se realiza un análisis de los sistemas de autorregulación publicitaria y sus códigos prácticos de 22 países europeos. El Blue Boock puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <http://www.easa-alliance.org/bluebook.html>.

Sobre estos organismos pueden consultarse las recientes aportaciones de S. BARONA VILAR, *Tutela civil y penal de la publicidad...*, op.cit., pp. 158 y ss. A pesar de que su contenido no se encuentra actualizado pueden verse también: P. GREFFRE y F. GREFFRE, *La Publicité et la Loi*, Litec, París, 1987; así como las diversas aportaciones contenidas en P. SCHOTTHÖFER (Hrsg.), *Handbuch des Werberechts in den EG-Staaten, Österreich, Schweiz und USA*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1991; y en AA.VV., *L'avenir de la publicité et le droit*, Librairies Techniques, Montpellier, 1976, en especial, R. HAAS, “L'autodiscipline assuré par les organismes disciplinaires: le B.V.P. (Bureau de Vérification de la Publicité)”.

¹⁵⁵ En esta línea, las asociaciones mencionadas en la nota anterior son miembros de la *European Standars Alliance* (EASA), que fue constituida en 1991 con el fin de reunir a todas las organizaciones de autocontrol publicitario de los países europeos. Este organismo europeo de autorregulación publicitaria tiene por objeto garantizar que los sistemas de autorregulación nacionales apliquen los principios de reconocimiento mutuo y de país de origen. Como pone de manifiesto J. BERGEVIN, en “The Green Paper on commercial communications”, en S. Muñoz Machado (Coord.), *Derecho europeo del audiovisual*, vol. II, op. cit., pp. 1267 y ss., el desarrollo de estos principios, también en el ámbito de la autorregulación, resulta indispensable. Sería inaceptable, según este autor, que los publicistas de otros Estados operasen en territorio nacional sin aplicar los códigos de publicidad propios del mismo: “Self-regulation needs to be based on the principle of mutual recognition, the same is true for national laws”.

Además de la *European Standars Alliance* (EASA), existen muchas otras organizaciones supranacionales relacionadas con la publicidad. Para mencionar las más destacables podemos citar, también en el ámbito europeo, la *European Advertising Tripartite* (EAT), con sede en Bruselas, que reúne anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación. En el ámbito Internacional, cabe hacer mención a la *International Advertising Assotiation* (IAA), con sede en Nueva York, así como al Jurado Internacional de Prácticas de Marketing, cuya misión es aplicar –entre otros- el Código Internacional de Prácticas Leales en materia de Publicidad de la CCI. Una exposición detallada de la red corporativa de carácter supranacional en materia de autorregulación de la publicidad puede encontrarse en A. MATTELART y M. PALMER, “Desregulación, autorregulación y espacio público. El nuevo papel de la publicidad”, *Telos*, n.º 23, 1990, pp. 58 a 78.

la Directiva 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa, como la Ley 34/1988, General de Publicidad, que la incorpora a nuestro ordenamiento, prevén la complementariedad de los sistemas de autodisciplina publicitaria en relación con los eventuales controles públicos, judiciales o administrativos, establecidos para garantizar el cumplimiento de sus preceptos¹⁵⁶. Se pone de manifiesto con ello la confianza y el reconocimiento público que merecen los sistemas de autocontrol, tanto en el derecho interno como en el derecho comunitario¹⁵⁷.

La reconocida insuficiencia de los controles públicos, el fomento público de la autorregulación publicitaria y la autorresponsabilidad de los profesionales, sin embargo, no son las únicas explicaciones al desarrollo que han conocido los organismos de autodisciplina publicitaria. Las características de la publicidad -basadas en la utilización de técnicas de indirectas de persuasión- y los fines de la misma- la venta de productos o servicios anunciados- exigen un esfuerzo de permanente reafirmación de la relación de confianza existente entre anunciantes y consumidores. El mantenimiento de esta confianza es fundamental si se tiene en cuenta, por un lado, que “la demanda de consumo no depende tanto de la capacidad de compra del individuo como de su “predisposición a comprar””¹⁵⁸ y, por otro lado, que la sociedad actual es una sociedad

¹⁵⁶ El artículo 4 de la Directiva 84/450/CEE obliga a los Estados miembros a establecer un sistema público de control de la publicidad, judicial o administrativo. Sin embargo, en su artículo 5 dispone que dicho control no excluirá el control voluntario realizado por organismos de autodisciplina publicitaria. Esta posibilidad ha sido también reconocida explícitamente por la Ley 34/1988, General de Publicidad.

¹⁵⁷ Esta confianza en la autorregulación es también explícita en la Resolución sobre el *Libro Verde de la Comisión sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior* [DOCE C n.º286, de 22 de septiembre de 1997, p. 43]. En ella, el Parlamento Europeo pide a la Comisión, a las organizaciones de consumidores y a la industria, que examinen la posibilidad de reforzar los procedimientos de autorregulación ya existentes en materia de publicidad, haciendo especial referencia, a nivel europeo, a la Alianza Europea de Normas de Publicidad –*European Advertising Standards Alliance (EASA)*-. En la misma línea, la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 1997, *sobre la discriminación de la mujer en la publicidad* [DOCE C 304 de 6 de octubre de 1997, p. 60] recomienda que se fomente el desarrollo de EASA hasta convertirla en un verdadero órgano de autocontrol del sector europeo de la publicidad. Se pretende que EASA se encargue de la elaboración de los principios europeos en materia de disciplina publicitaria y que disponga de competencias de control y recomendación para las quejas transfronterizas. Para que ello sea viable, el Parlamento Europeo pide a las entidades nacionales, con competencias disciplinarias en materia de publicidad, que informen en mayor medida a los consumidores sobre los objetivos, el funcionamiento y los principios del control de la publicidad y sobre las posibilidades de presentar quejas. También alienta a los sectores implicados en la autorregulación a nivel nacional a que incluyan en sus códigos normas mínimas de publicidad discriminatoria.

¹⁵⁸ J. K. GALBRAITH, *La sociedad opulenta*, Barcelona, 1985, cap. IV, citado por J. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Tecnología y sociedad de masas...”, op. cit., p. 81.

compuesta por consumidores¹⁵⁹. La protección de los consumidores y el mantenimiento de su confianza a través de la autorregulación, redundan, pues, en este caso, en beneficio de los autorreguladores. Una eventual resolución, judicial o administrativa, que declare la ilegalidad de una campaña publicitaria, tiene repercusiones directas sobre el volumen de las ventas del producto anunciado y comporta, por tanto, una pérdida de dinero, tanto para el anunciante como para la agencia de publicidad. Asimismo, una amenaza de la promulgación de normas legales y de controles más duros y rígidos por parte de los poderes públicos impulsa también el establecimiento de sistemas de autorregulación y autocontrol, con el fin de evitar las consecuencias de su aplicación.

Son, por tanto, la presión indirecta de los poderes públicos, la presión de los consumidores -que reprochan la escasa moralidad de la publicidad y enarboran la bandera de sus derechos-, y la preocupación social de muchos empresarios, que no pueden permanecer ajenos a la evolución ideológica y social de los destinatarios de los mensajes publicitarios, los principales acicates del desarrollo de organismos de autodisciplina publicitaria¹⁶⁰. De acuerdo con ello, la creación de tales organismos responde a un triple objetivo: proteger a los consumidores y usuarios -y, en general a los destinatarios de la publicidad-; proteger a los competidores; y mejorar la imagen de la publicidad ante la sociedad¹⁶¹.

¹⁵⁹ Según J. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Tecnología y sociedad de masas...”, op. cit., p. 81: “La definición de *ciudadano* coincide de hecho con la de *consumidor* y no es casual que en los países occidentales se hable más de los “derechos del consumidor” que de los “derechos del hombre””.

¹⁶⁰ El mantenimiento de la confianza de la opinión pública en relación con la publicidad y con los productos y servicios objeto de la misma se considera una de las principales misiones de la autodisciplina publicitaria. Según señala, en relación con las funciones del *Bureau de Vérification de la Publicité* francés, L. TEMPLIER, en “L’autodiscipline envisagée”, en *L’avenir de la publicité et le droit*, op. cit., p. 210: “Il aurait essentiellement pour mission de développer la confiance de l’opinion publique envers la publicité et les produits et services qui font appel à elle et de contrôler toute pratique susceptible d’altérer cette confiance en respectant notamment l’environnement et la qualité de la vie”. Si la autorregulación de la publicidad está centrada en estos fines, puede observarse que predomina en ella el interés de los autorreguladores, pudiéndose calificar claramente la autorregulación ética de los profesionales que actúan en este ámbito como una ética basada en el principio de utilidad.

¹⁶¹ Los dos primeros objetivos son recogidos por P. NEELANKAVIL y A. STRIDSBERG, *Advertising Self-Regulation...*, op.cit., p. 3, en los siguientes términos: “Self-regulation of advertising has two broad, basic objectives. First, it must effectively protect consumers against factually misleading advertising, against unscrupulous advertising that uses psychological devices unfairly to exploit consumers’ perceptions of their needs, and against advertising that intrudes excessively on the privacy of the individual person through its overwhelming presence or offensive content. Second, it must effectively protect the advertiser against unfair practices by competitors”. El tercer objetivo es añadido por J. A. GÓMEZ SEGADÉ, “Sistemas de autorregulación publicitaria”, *Primeras Jornadas...*, op. cit., p. 159, de acuerdo con las aportaciones de la mayoría de la doctrina española a este tema.

Las líneas de reflexión expuestas se encuentran condensadas en la presentación que hace la propia AAP sobre los fines y los presupuestos que justifican su creación: “Los sistemas de autorregulación publicitaria son la respuesta de la propia industria a la inquietud social de exigencia de

3. Estructuras e instrumentos de autorregulación.

En el ámbito de la publicidad, las estructuras de autorregulación se conocen como organismos de autodisciplina publicitaria. Los instrumentos de autorregulación propios de estos organismos son, por un lado, instrumentos normativos –códigos éticos- e instrumentos resolutorios –sanciones disciplinarias y resoluciones arbitrales basadas en los citados códigos-.

A) La Asociación Autocontrol de la Publicidad (AAP).

La AAP responde fielmente a la estructura propia de un organismo de autodisciplina publicitaria y sus instrumentos pueden ser calificados propiamente como instrumentos de autorregulación. La estructura de los organismos de autodisciplina publicitaria está basada en la autoorganización de los profesionales de la publicidad. Su creación depende de la iniciativa de tales profesionales y está presidida por el principio de voluntariedad. Los instrumentos de autorregulación propios de este sistema son, por un lado, los códigos de conducta aprobados por estos profesionales y, por el otro, las resoluciones acerca de su cumplimiento o su vulneración¹⁶².

En concreto, según el artículo 1 de los Estatutos de la AAP: “con la denominación Asociación de Autocontrol de la Publicidad, en forma abreviada Autocontrol, se constituye una asociación voluntaria sin ánimo de lucro que se registrá

unas garantías de confianza y credibilidad en la publicidad. Su objetivo es contribuir a que la publicidad constituya un instrumento útil en el proceso económico, velando por los derechos de los consumidores y usuarios y por la lealtad en la competencia. Posibles conductas aisladas, que desmerecen del servicio que la publicidad rinde al mercado, afectan a la generalidad de la industria, erosionando su imagen. Estas conductas provocan respuestas por parte de los poderes públicos con efectos limitativos de alcance general, que perjudican a aquellas empresas cuya comunicación comercial, responsable y veraz, sí se ajusta a los marcos éticos y legales”. Texto consultado en: <http://www.aap.es>.

¹⁶² Según J. A. GÓMEZ SEGADE, y C. LEMA DEVESA, “La autodisciplina publicitaria...”, op. cit., pp. 40, puede definirse la autodisciplina publicitaria como “un sistema mediante el cual los profesionales publicitarios se someten voluntariamente a unas normas de conducta, cuyo cumplimiento es encomendado a un órgano de control que puede actuar de oficio o a instancia de los interesados: sean competidores o consumidores. En este concepto de autodisciplina se recogen los requisitos constitutivos de la figura, a saber: la agrupación voluntaria de los miembros; existencia de unas normas de conducta en la actividad publicitaria, elaboradas por los miembros de la organización o por terceros; la existencia de un órgano de control, y regulación de las medidas que hagan posible el más eficaz cumplimiento de las decisiones emanadas del órgano de control”. Estos autores recogen, de este modo, las aportaciones a la noción de autodisciplina publicitaria ofrecidas, entre otros, por: J. P. NEELANKAVIL y A. STRIDSBERG, *Advertising Self-Regulation...*, op. cit.; L. TEMPLIER, “L’autodiscipline envisagée”, *L’avenir de la Publicité...*, op. cit.; y E. BRANDMAIR, *Die freiwillige Selbstkontrolle der Werbung*, op. cit.

por los presentes estatutos, así como por la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones, y las demás que le sean de aplicación”. En el artículo 5 de los Estatutos de esta asociación encontramos sus funciones principales y su caracterización como órgano de autorregulación y autocontrol de la publicidad. La AAP es la entidad encargada de la elaboración de códigos de ética publicitaria y de la resolución de las controversias y conflictos que puedan suscitarse por la realización de actividades publicitarias, siempre que le sean sometidos por sus asociados o por terceros. Ello implica que posee funciones de control de la aplicación de los códigos y que puede actuar como árbitro en conflictos relacionados con la publicidad. Además, está legitimada activamente para iniciar procesos en materia de publicidad, elabora dictámenes y asesora a las Administraciones públicas en este ámbito. Todo ello con el objetivo principal de “contribuir a que la publicidad constituya un instrumento particularmente útil en el proceso económico, velando por el respeto a la ética publicitaria y a los derechos de los destinatarios de la publicidad, con exclusión de los intereses profesionales”¹⁶³.

Esta asociación está integrada por asociados individuales -empresas públicas o privadas que pertenezcan a sectores de anunciantes, agencias o medios- y por asociados colectivos -entidades o asociaciones de carácter privado cuyos miembros pertenezcan al sector de anunciantes, agencias o de medios-; agrupa, pues, a una serie de profesionales que integran el subsistema social específico de la publicidad, dejando fuera de la misma, sin embargo, a los consumidores. En lo que se refiere a su organización interna, la AAP está formada, por un lado, por una serie de órganos propios de su naturaleza asociativa y, por el otro, por un órgano que asume las funciones de autodisciplina¹⁶⁴. Los órganos

¹⁶³ En este sentido, sus objetivos y funciones se corresponden con lo que la propia asociación de Autocontrol ha calificado con la “esencia de un órgano de autorregulación publicitaria”. En concreto en la Resolución del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad de 6 de marzo de 1998, se afirma que “la esencia de un órgano de autorregulación publicitaria está en ofrecer a la sociedad un instrumento que permita resolver extrajudicialmente los litigios que se puedan producir alrededor de la publicidad, en beneficio de los consumidores, del buen funcionamiento del mercado y de una imagen global satisfactoria de la actividad publicitaria; todo ello, sin defensa de intereses profesionales o competitivos”. Esta resolución ha sido publicada en la *Revista de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad*, n.º19, de abril 1998, p. 7.

¹⁶⁴ La doctrina española ha valorado positivamente el sistema organizativo actual de autocontrol de la publicidad en España. Se ha señalado, en este sentido, que la AAP actual supera los problemas organizativos propios del sistema anterior. Sin embargo se ha dicho también que quedan algunas asignaturas pendientes, como la relativa a la representatividad de los consumidores, aunque se pone de manifiesto que ello no ha influido de forma negativa en las resoluciones del jurado, que ha dictado resoluciones favorables a los mismos: A. TATO PLAZA, “El nuevo sistema de autodisciplina...”, op. cit.

propios de la asociación son la Asamblea General¹⁶⁵, la Junta Directiva¹⁶⁶, el Presidente de la Junta¹⁶⁷ Directiva y el Director General¹⁶⁸. El órgano propio del sistema de autodisciplina es el Jurado de la Publicidad.

El Jurado es un órgano especializado en materia deontológico-publicitaria, dotado de absoluta autonomía e independencia en sus funciones, y está integrado por expertos también independientes. La función básica del Jurado consiste en resolver los expedientes abiertos en relación con asociados o terceros por infracción de los códigos y normas de conducta. Sin embargo, desarrolla también todas las demás funciones que se atribuyen a la asociación como órgano de autocontrol de la publicidad. En este sentido, corresponden también al Jurado las siguientes funciones: a) formular los anteproyectos de códigos de Ética Publicitaria y otras normas en materia de publicidad, que deberán presentarse a la Junta Directiva para su tramitación definitiva; b) emitir los dictámenes de carácter técnico o deontológico sobre las diversas cuestiones publicitarias que se le soliciten; c) actuar como árbitro en aquellas cuestiones publicitarias que le sean sometidas a su decisión¹⁶⁹.

El Jurado de la Publicidad está formado por diez miembros, el Presidente y nueve Vocales, tres de los cuales tienen el cargo de Vicepresidente. Junto con ellos, el Pleno del Jurado deberá nombrar a un Secretario para que cumpla la función de fedatario de las actuaciones del Jurado y se encargue de desarrollar los actos de comunicación entre el Jurado y terceros. Los miembros del Jurado son nombrados y

¹⁶⁵ La Asamblea General es el órgano de expresión de la voluntad social. Sus decisiones vinculan a todos los asociados siempre que sean válidamente adoptadas. Entre sus funciones cabe destacar las siguientes: a) aprobar y reformar los Estatutos y acordar, en su caso, la disolución de la asociación; b) nombrar y controlar la actividad de los miembros de la Junta Directiva; c) aprobar, en su caso, el Reglamento de régimen interno; d) resolver los recursos que se interpongan contra decisiones o resoluciones de la Junta Directiva, cuando estos recursos estén expresamente contemplados en los Estatutos; e) aprobar los Códigos de ética publicitaria de la asociación que hayan sido elaborados por el Jurado de la Publicidad.

¹⁶⁶ La Junta Directiva está integrada por diecisiete miembros representantes de anunciantes, agentes y medios. Según el artículo 30 de los Estatutos de esta asociación, trece de los miembros de la Junta Directiva lo serán en representación de los asociados individuales (cinco del sector de anunciantes, cuatro de agencias de publicidad y cuatro de los medios), mientras que los cuatro restantes serán representantes de asociados colectivos. La Junta asume la gestión y administración de la asociación.

¹⁶⁷ El Presidente de la Junta Directiva es nombrado por la Junta entre los representantes de los anunciantes y ostenta la representación de la asociación.

¹⁶⁸ El Director General es elegido y cesado por la Junta Directiva y ejerce la secretaría de ésta y de la Asamblea General.

¹⁶⁹ Artículo 43 de los Estatutos de la AAP; y artículo 4 del “Reglamento del Jurado”, que fue aprobado por la Junta Directiva de la Asociación el 23 de abril de 1997.

separados por la Junta Directiva. Tanto el Presidente como los Vicepresidentes son juristas, mientras que los vocales son expertos en publicidad “de indiscutible imparcialidad” (artículo 44 de los Estatutos). El profesionalismo y la expertocracia caracterizan también al órgano encargado de desarrollar las funciones de la asociación.

En orden a su funcionamiento, el Jurado se estructura en tres Secciones, las cuales son presididas por los tres vicepresidentes. En la práctica estas Secciones asumen la mayor parte de las competencias del Jurado. Son las encargadas de resolver las reclamaciones que se presenten contra los asociados o contra terceros; asumen también las tareas relativas a la emisión de dictámenes y a la elaboración de los anteproyectos de códigos éticos; actúan como árbitros en aquellas cuestiones publicitarias que sean sometidas a su decisión. En estas circunstancias, el Jurado sólo asume la resolución de los recursos de alzada que se presenten contra las resoluciones emitidas por las correspondientes secciones y la aprobación de los anteproyectos de códigos éticos elaborados por aquéllas.

Vamos a analizar a continuación con algo más de detenimiento los instrumentos de autorregulación normativa –códigos éticos- y los instrumentos de autorregulación resolutoria –sanciones disciplinarias y resoluciones arbitrales- propias de la autodisciplina publicitaria.

B) Códigos éticos, sanciones disciplinarias y resoluciones arbitrales.

En el ejercicio de sus funciones, el Jurado debe basar sus decisiones en los códigos de conducta publicitarios elaborados por la asociación o integrados en el subsistema ético de la misma, mediante la aceptación voluntaria de la sumisión a los mismos por parte de sus miembros. Durante el primer año de actuación de la AAP, a falta de un Código aprobado por la asociación, se aplicaron las normas del Código de Conducta Publicitaria de la Cámara de Comercio Internacional. Esta situación finaliza el 19 de diciembre de 1996, fecha en que la Asociación de Autocontrol de la Publicidad aprueba un Código de conducta propio. Dicho Código recoge las normas éticas que rigen la actividad de los profesionales de la publicidad. Sin embargo, tales normas no se formulan al margen de las normas recogidas en el ordenamiento jurídico. El Código de Conducta Publicitaria de la AAP reproduce y concreta los aspectos éticos más

complejos de la legislación publicitaria. Ello pone de manifiesto, como ocurría en el ámbito de las reglas técnicas, que las reglas éticas pueden estar contenidas en normas jurídicas o en documentos privados de carácter voluntario. Existe, pues, una cierta contradicción entre las afirmaciones sostenidas por el propio Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad –según el cual éste no aplica normas jurídicas, sino simplemente normas éticas¹⁷⁰–, y la realidad. Esta contradicción se deriva del tenor literal de la Norma 2 del Código de la AAP, según el cual la publicidad debe respetar, entre otros principios –buena fe, autenticidad y veracidad–, el principio de legalidad¹⁷¹.

Esta formulación colisiona, obviamente, con la afirmación general según la cual este organismo solamente aplica normas éticas ya que, en aplicación del principio de legalidad, el Jurado de la AAP puede acabar aplicando normas jurídicas. Para salvar este escollo, el propio Jurado ha interpretado la cláusula que hemos transcrito como una elevación de la legalidad a la categoría de principio ético¹⁷².

De esta línea de reflexión pueden extraerse diversas conclusiones. En primer lugar, cuando el Jurado sostiene que no aplica normas jurídicas, sino normas éticas, no está invocando a una ética abstracta, ni a una ética impuesta por los miembros del Jurado, sino a unas normas de autorregulación, de contenido ético que son aceptadas voluntariamente y se consideran vinculantes por parte de los profesionales de la

¹⁷⁰ En estos términos se pronunció expresamente el Jurado, en la Resolución de 24 de julio de 1996: “El Jurado de Autocontrol no aplica normas jurídicas, sino simplemente normas éticas. Por lo tanto, no se pueden tomar en consideración las normas jurídicas generales relativas al etiquetado, presentación y publicidad de productos alimenticios, sino solamente el Código de ética publicitaria”. Esta Resolución fue publicada en el *Boletín de la Asociación Autocontrol de la Publicidad*, n.º1, 1996.

¹⁷¹ En concreto la Norma 2 del citado código establece que: “La publicidad debe respetar la legalidad vigente y de manera especial los valores, derechos y principios reconocidos en la Constitución”. Esta redacción, como hemos visto, es paralela a las previsiones del artículo 2 del los Estatutos de la sociedad “Autocontrol de la Publicidad S. A.”.

¹⁷² En este sentido, en la Resolución del Pleno del Jurado de 28 de julio de 1997, “Larios”, se afirma que “la legalidad vigente se considera la primera y la principal norma para un comportamiento ético en la actividad publicitaria” (*Boletín de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad*, n.º13, de 1997). En la misma línea, en la resolución del Pleno del Jurado de 22 de octubre de 1997, “Beiserdorf” (*ADI*, n.º??, 1999) el propio Jurado de AAP ha venido sosteniendo que: “El Jurado de Autocontrol de la Publicidad no aplica normas jurídicas, sino simplemente normas éticas. Ahora bien, esta diferencia, aparentemente clara y nítida, se diluye cuando el conflicto se plantea (como es el caso) en torno al respecto al principio de legalidad recogido en la Norma 2 del Código de Conducta (respeto a la legalidad y a la Constitución: “La publicidad debe respetar la legalidad vigente y de manera especial los valores, derechos y principios reconocidos en la Constitución”). Pues bien, habrá ocasiones en las que velar por tal principio será consecuencia de una lectura directa, simple y elemental de la norma jurídica; otras situaciones de mayor complejidad requerirán, en cambio, de un alto esfuerzo interpretativo en la aplicación de la Ley. Será inevitable entonces seguir los pronunciamientos jurisprudenciales allí donde

publicidad. En segundo lugar, parece que el carácter extrajurídico de estas normas de autorregulación se fundamenta, por un lado, en su contenido –lo cual, a nuestro entender, no es determinante, puesto que tanto la ética como el derecho son enunciados normativos que pueden tener un contenido ético- y, por el otro, en su origen -las normas éticas son autónomas, esto es, creadas por el sujeto que debe cumplirlas, en tanto que las normas jurídicas son heterónomas-. El órgano de autodisciplina publicitaria de nuestro país no parece reconocer que, en cierto modo, realiza una función de concreción y aplicación de las normas jurídicas, una función claramente ejecutiva del Derecho; como no reconoce tampoco el carácter jurídico de las normas éticas que rigen su actuación. Esta situación contrasta con la valoración de la naturaleza jurídica de la autodisciplina publicitaria propia de la doctrina italiana, que considera las normas éticas de la publicidad como parte de un ordenamiento jurídico privado¹⁷³.

En cualquier caso, el ordenamiento propio de la AAP o, en otras palabras, el subsistema ético propio de la publicidad en España no se ciñe exclusivamente a las normas aprobadas directamente por esta asociación, sino que integra también códigos y normas aprobados por asociaciones profesionales de carácter sectorial de carácter nacional y códigos elaborados por organizaciones de carácter supranacional. En concreto, según la Norma 7 del Código de Conducta Publicitaria de la AAP, en aquellos aspectos no previstos por el mismo, serán aplicables “los Códigos deontológicos que regulen la actividad publicitaria para sectores concretos aprobados por la Asociación y,

éstos existan y, donde no, realizar un sincero y profundo posicionamiento deontológico que evite dejar sin solución la controversia, aunque sea desde una perspectiva ética”.

¹⁷³ Ello supone reconocer en el subsistema ético propio de la profesión publicitaria, basado en unas normas aprobadas por una institución privada dotada de autonomía, las características propias de las normas jurídicas de origen privado, a las que alude Santi Romano en su teoría del ordenamiento. Véase S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, IEP, Madrid, 1963, [*L'Ordinamento giuridico*, Sansoni, 1946, traducción y estudio preliminar de S. Martín-Retortillo Baquer]. La doctrina italiana parece no tener dudas al respecto, y califica la autodisciplina publicitaria como un ordenamiento jurídico privado, como una manifestación evidente de la pluralidad de ordenamientos existentes en la sociedad. Según N. ZORZI, “Autodisciplina pubblicitaria”, *Contrato e impresa*, vol. II, 1985, p. 550: Per la maggior parte della dottrina, come per la giurisprudenza che ha avuto occasione di pronunciarsi in argomento (Trib. Milano, 22 gennaio 1976; App. Milano, 9 gennaio 1981)), la natura giuridica, e non meramente deontologica, del vincolo è fuori discussione (ed il Giurì di autodisciplina lo ribadisce nella pronuncia n. 12/84); anche se un eccesso di enfasi ha spesso indotto la dottrina a parlare dell'autodisciplina pubblicitaria come di un vero e proprio ordinamento giuridico ed a spiegarne il rapporto con l'ordinamento statutale nei termini dell'antica teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici. Naturalmente, si riconosce che il primo è frutto della libertà di autonormazione riconosciuta dal secondo ai privati e, come tale, si legittima nei confronti del preordinato ordinamento superiore in quanto non contrasti con norme imperative, con l'ordine pubblico e con il buon costume”.

con carácter subsidiario de éstos, los establecidos también para sectores concretos por la Cámara Internacional de Comercio”¹⁷⁴.

El procedimiento disciplinario ante el Jurado de Publicidad por presunta infracción de alguno de los Códigos mencionados, se incoará de oficio o por reclamación de cualquier persona que tenga un interés legítimo¹⁷⁵. Una vez recibida la reclamación, el Secretario del Jurado emplazará a la parte o partes reclamadas, entregándoles la reclamación y los documentos aportados para que formulen escrito de contestación en el plazo de ocho días. Se garantizan, pues, los derechos de audiencia y contradicción de las partes. Emplazadas éstas ante el Jurado, el procedimiento puede finalizar por transacción o acuerdo entre las partes. Bajo esta fórmula genérica existen, en realidad, dos posibilidades. La primera de ellas consiste en que el reclamado acepte

¹⁷⁴ La AAP ha aprobado dos códigos sectoriales: el “Código Ético sobre Publicidad en Internet de la AAP” y el “Código Ético de Publicidad en el Cine de la AAP”.

La AAP también ha aceptado conocer de las vulneraciones de las normas de autorregulación sectoriales de publicidad aprobadas por diversas asociaciones privadas que, después de dotarse de un código propio, han sometido el conocimiento del mismo al Jurado de este organismo de autodisciplina. En esta línea pueden citarse: el “Código de autorregulación de la Publicidad de los Productos del tabaco en España”, aprobado por la Asociación Española del Tabaco; el “Código deontológico para la publicidad infantil”, acordado por la Asociación Española de Fabricantes de Juguetes (AEFJ) y la Unión de Consumidores de España (UCE); el “Código de autorregulación publicitaria entre Cerveceros de España y la Unión de Consumidores de España (UCE)”; el “Código ético de protección de datos personales en el sector del marketing directo”, de la Asociación Española de Marketing directo; el “Código de la Asociación Española de Anunciantes para la autorregulación de la la publicidad de bebidas alcohólicas”; el “Código de autorregulación publicitaria de la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE)”; el “Código de normas deontológicas” de la Asociación Nacional de Especialidades Farmacéuticas Publicitarias (ANEFP); el “Código General de Conducta Publicitaria de las instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones asociados a INVERCO”; el Código de Protección de Datos Personales en Internet de la Asociación Española de Comercio Electrónico (@ECE); el “Acuerdo interpretativo sobre la Publicidad de las propiedades de los alimentos en relación con la salud”, celebrado entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y la Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas; y el “Acuerdo entre el Instituto Nacional de Consumo, la Asociación de Empresas de Detergentes y de Productos de Limpieza, Mantenimiento y Afines (ADELMA), la Federación Española de Alimentación y Bebidas (FIAB) y la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (STANPA), sobre determinadas prácticas promocionales por las que se ofrece una cantidad adicional de producto bajo un mismo precio”.

Supletoriamente, se aplican también los siguientes Códigos y Reglas de la Cámara Internacional de Comercio (ICC): *ICC International Code of Advertising Practice*, de 1997; *ICC International Code of Direct Marketing*, de 1998; *ICC International Code of Sales Promotion*, de 1997; *ICC International Code of Sponsorship*, de 1992; *ICC International Code of Environmental Advertising*, de 1991; *ICC/ESOMAR, International Code of Marketing and Social Research Practice*, de 1995; *ICC Guidelines on Advertising and Marketing on the Internet (principles for responsive advertising and marketing over the Internet, world wide web, online services and electronic networks)*, de 1999; y *ICC International Code of Direct Selling*, de 1999. La AAP, según se desprende de su propia página web, (<http://www.aap.es>), también aplica el código de la Asociación Europea de Agencias de Comunicación -*European Association of Communications Agencies (EACA)*- sobre normas éticas de la publicidad dirigida a menores -*Ethical Guidelines For Advertising and Children*-.

¹⁷⁵ En este último caso la reclamación deberá hacerse por escrito y en ella se recogerán los datos que permitan la identificación del reclamante y los hechos constitutivos de la eventual infracción que se denuncia. En el escrito deberán recogerse también la petición que se realice al Jurado y las pruebas y documentos que corroboren los hechos denunciados.

la reclamación y se comprometa por escrito a cesar de manera definitiva la publicidad objeto de aquella. La segunda posibilidad se materializa mediante la actuación del Secretario de Jurado como mediador¹⁷⁶.

En caso de que no se consiga una resolución anticipada, la sección del Jurado a la que por turno corresponda conocer el asunto examinará los escritos y documentos aportados por las partes y adoptará la consiguiente resolución por mayoría de sus miembros. La resolución, que deberá ser motivada, contendrá alguno de los siguientes pronunciamientos: declaración de ilicitud de la publicidad; amonestación del anunciante; cesación definitiva de la publicidad o rectificación de la misma; comunicación de la resolución a los asociados en la forma que la Junta Directiva estime pertinente; publicación de la resolución en los medios de comunicación en la forma que la Junta Directiva estime pertinente. Todas las resoluciones del Jurado se harán públicas mediante su inclusión en el *Boletín mensual de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad*¹⁷⁷.

Contra la resolución adoptada por la sección correspondiente cabe un recurso de aclaración ante la propia sección o un recurso de alzada frente al pleno del Jurado. Con esta resolución finaliza el procedimiento ante el jurado. A partir de este momento (o, en su caso, a partir del momento de la firmeza de la resolución de la sección) la Junta Directiva de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad será la encargada de supervisar e imponer de manera eficaz la ejecución de la resolución¹⁷⁸. El cumplimiento

¹⁷⁶ En este sentido, según el artículo 20 del Reglamento del Jurado, “en el caso de existir la posibilidad de alcanzar un acuerdo amistoso entre las partes, se podrá resolver la reclamación presentada mediante la mediación de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, sin necesidad de que aquélla sea trasladada al Jurado. El Secretario del Jurado intentará la mediación entre las partes. Si el reclamado solicita la celebración de un acto de mediación, este se celebrará obligatoriamente, siendo convocado por el Secretario del Jurado. La no aceptación por parte del reclamante de la celebración del acto de mediación supondrá el archivo de la mediación”. Según informa A. TATO PLAZA, “El nuevo sistema de autodisciplina...”, op. cit., p. 161, de entre las 132 reclamaciones presentadas entre los meses de julio de 1995 y 1997, 36 quedaron resueltas por este sistema.

¹⁷⁷ También en los últimos números de la revista *Actas de Derecho Industrial* se publica una selección de las resoluciones del Jurado de Publicidad. Se supera así la incomprensible negativa de la sociedad “Autocontrol de la Publicidad S.A.” de publicar sus resoluciones, dando más efectividad y transparencia al sistema. En realidad, lo que se pretende con este mecanismo es reprender las conductas atentatorias a la lealtad con la arma del desprestigio y el descrédito de la imagen de la empresa anunciante que pone al mercado una campaña merecedora de sanción.

¹⁷⁸ Según el artículo 25 del reglamento del Jurado, las resoluciones de este órgano tendrán eficacia entre las partes contendientes, siendo también vinculantes para los demás asociados de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad y, de manera especial, a los medios de comunicación miembros de la Asociación. En consonancia con ello, el artículo 13 de los Estatutos establece que una de las obligaciones básicas de los asociados es la de cumplir las resoluciones que adopte el Jurado. El

de las resoluciones del Jurado es obligatorio para las partes y para los miembros de la AAP. Estos últimos asumen este compromiso en el momento en que adquieren la condición de asociados. Las empresas no asociadas y que no se sometan al procedimiento no quedan vinculadas por las resoluciones del Jurado¹⁷⁹. Sin embargo, lo cierto es que, dada la fuerza moral de las resoluciones, que siempre son motivadas y se hacen públicas, sus pronunciamientos suelen ser acatados.

La función arbitral del Jurado de Publicidad viene regulada en los artículos 29 y 30 del Reglamento del Jurado. En concreto, se prevé la posibilidad de que el Jurado ejerza funciones arbitrales adquiriendo la configuración de un arbitraje institucional. Para ello se requiere que las partes, de común acuerdo, decidan conveniente atribuir, para la solución de su conflicto, la cuestión al jurado. También serán las partes quienes deberán decidir si el órgano arbitral es unipersonal o colegiado. En todo caso los árbitros deberán ser nombrados por las partes entre los miembros que componen el jurado. Si no existiese acuerdo sobre el nombramiento de los árbitros y el arbitraje fuese de equidad, éste se realizará por la sección a la que por turno corresponda. En el desarrollo del procedimiento arbitral, el Reglamento se remite a la vigente Ley de arbitraje, de 5 de diciembre de 1988, de modo que los laudos emitidos por el Jurado poseerán fuerza de cosa juzgada¹⁸⁰. Todavía dentro del arbitraje ritual o institucional, también sería posible que las partes se sometieran al RD 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo, en cuyo caso los efectos serían jurídicamente iguales que en el supuesto anterior¹⁸¹.

incumplimiento de estas obligaciones está tipificado como falta en el artículo siguiente. Frente a tal incumplimiento se podrán imponer las siguientes sanciones: apercibimiento; suspensión temporal del cargo directivo hasta el límite de seis meses ampliable a un año en caso de reincidencia; suspensión temporal de los derechos electorales durante un año, ampliable a dos en caso de reincidencia; y expulsión, que procederá especialmente en los casos de reiteración de la falta.

¹⁷⁹ En lo que se refiere al valor de las Resoluciones emitidas por el jurado en reclamaciones presentadas contra empresas no asociadas, el propio Jurado de las AAP, entre otras, en las Resoluciones de la Sección Tercera de 2 de marzo de 1998, y de 15 de octubre de 1998, ha sostenido que éstas: “carecen de fuerza vinculante, pero tendrán el valor de una opinión sobre la corrección ética y deontológica de una campaña publicitaria, contrastada con los universales criterios deontológicos por los que se rige AAP, emitida por expertos en la materia y respaldada por la fuerza moral que de modo unánime se le atribuye a las decisiones emanadas de un órgano de autodisciplina”. (ADI, n.º???, 1999)

¹⁸⁰ Esta remisión implica que, si las partes no dicen nada al respecto, se considera que optan por un arbitraje de equidad, ya que de lo contrario deberán confirmar que el arbitraje lo es de derecho. El laudo arbitral solo podrá ser recurrido a través de recurso de anulación ante la Audiencia Provincial y por las causas enumeradas expresamente en el artículo 45 de la Ley de arbitraje. Solamente cuando el laudo ha devenido firme es posible plantear ante el Tribunal Supremo un juicio de revisión. En ningún caso se puede recurrir la decisión arbitral ante el pleno del Jurado.

¹⁸¹ S. BARONA VILAR, *Tutela civil y penal de la publicidad*, op. cit., pp. 191 y ss., se plantea si es también posible un arbitraje irritual ante el Jurado de Publicidad (esto es, un arbitraje no sometido a la

Las funciones arbitrales de la AAP en materia de consumo han sido objeto de un importante impulso, mediante su reconocimiento por parte de la Unión Europea. En concreto, la AAP ha sido incluida en el listado de organismos europeos que cumplen los requisitos y principios establecidos en la Recomendación de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo¹⁸².

Además del sistema expuesto de resolución extrajudicial de conflictos, la AAP ofrece también a sus asociados asesoramiento jurídico y deontológico y organiza actividades diversas de formación¹⁸³. Todo ello contribuye, indudablemente, a mejorar el grado de profesionalización de la actividad publicitaria y de los sujetos que se dedican a esta actividad.

Parece pues, que la instauración de un organismo de autodisciplina publicitaria en España, encargado de velar por el cumplimiento de la normativa publicitaria derivada de la Unión Europea -mediante autorregulación normativa y resolutoria en el ámbito de la publicidad-, descargando así al Estado de tal función, se encuentra en la línea de la política europea en esta materia. Esta apuesta por la autorregulación a nivel europeo responde a la constatación de las ventajas que ofrece este sistema. Frente a la regulación y el control públicos, la autodisciplina publicitaria ofrece un mecanismo ágil de resolución de conflictos, que facilita el acceso a los consumidores, y que está protagonizado por la participación de expertos y de especialistas cualificados, lo que da

Ley de 5 de diciembre de 1988). La respuesta, según esta autora, debe ser también afirmativa, siempre y cuando exista claramente la voluntad de los sujetos en conflicto de someter la controversia a la decisión heterocompositiva arbitral. Como es conocido, la diferencia entre el régimen jurídico de un arbitraje ritual y un arbitraje irritual estriba en la ejecutoriedad del laudo y el sistema de recursos. El arbitraje irritual no impide la utilización de la vía judicial correspondiente.

¹⁸² DOCE L 115/31, de 17 de abril de 1998. La relación de todos los organismos europeos reconocidos se encuentra disponible en la Web de la Dirección General de Salud y Consumo de la Comisión Europea (<http://europa.eu.int>) con el objetivo de facilitar dicha información al consumidor. Hasta el momento, en España, sólo las Juntas arbitrales de Consumo gozaban de este reconocimiento. La AAP ha sido el primer organismo de autorregulación publicitaria en formar parte de la relación contenida en la página web de la Comisión.

¹⁸³ En concreto, la AAP ofrece a sus asociados asesoramiento sobre la legislación vigente, la jurisprudencia y la autorregulación en materia publicitaria. Asimismo, desde enero de 2001, ofrece un nuevo servicio de “copy advice” o consulta previa no vinculante sobre anuncios o proyectos de anuncios antes de su emisión a solicitud del anunciante, su agencia o el medio donde se vaya a emitir. En los que se refiere a las actividades de formación, en los últimos tres años la AP ha venido organizando el “Curso de iniciación al Derecho de la Publicidad”, además de distintos cursos y seminarios técnicos sobre materias relacionadas con la regulación y la autodisciplina de la publicidad y las comunicaciones comerciales. Información. Para más información, véase: <http://www.aap.es>.

lugar a resoluciones de elevado nivel técnico. También se debe mayoritariamente al impulso de la Unión Europea el fomento de la autorregulación regulada en Internet. Sin embargo, en el ámbito de las nuevas tecnologías, las estructuras y los instrumentos de autorregulación, así como sus fundamentos, poseen rasgos distintos a los que venimos analizando hasta el momento.

IV. LA AUTORREGULACIÓN ANTE EL DESARROLLO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

Si fuese necesario identificar un ámbito, de entre los estudiados, en el que la autorregulación está ocupando posiciones de primacía en materias relacionadas con la defensa de los intereses generales que, dentro de un Estado, estarían indiscutiblemente vinculadas a la noción más estricta de policía, este ámbito sería, sin duda, Internet. Por sus características técnicas y por algunos de los múltiples usos a los que responde esta red de redes, Internet es considerada como el más revolucionario y novedoso medio audiovisual de comunicación. Ello no obstante, el impacto de esta técnica en la sociedad -en el mundo de los negocios destacadamente, en la publicidad, en los diversos campos de la investigación y, seguramente, en muchos otros ámbitos que todavía no logramos adivinar-, es mucho mayor que el de cualquier otro medio conocido hasta ahora. Asimismo, los problemas que genera y los espacios que quedan abiertos a la autorregulación en Internet desbordan también con mucho los que son propios de los medios tradicionales de comunicación.

La posibilidad de transmitir, recibir y consultar todo tipo de informaciones, imágenes y contenidos, a través de una red interconectada a nivel mundial, ha abierto las puertas a un mundo virtual en el que parece posible establecer las mismas relaciones -jurídicas, comerciales y personales- que en el mundo real. De este entramado de relaciones, gestado y desarrollado en un marco técnico-jurídico basado en la libertad y en el caos organizado, surge la denominada “sociedad de la información”, que se caracteriza por su ruptura definitiva con las barreras territoriales y temporales que condicionan la realidad externa a la red. Este espejo virtual de la realidad no se limita, sin embargo, a recoger los rasgos positivos de la sociedad sino que, a imagen de ésta,

reproduce también sus problemas, así como los conflictos básicos propios de cada una de las relaciones que permite establecer.

Estamos pues, ante una sociedad que existe gracias a la técnica, que -por su novedosa aparición- se encuentra escasamente regulada y que, sin embargo, requiere, como toda sociedad, una mínima regulación. Las limitaciones, técnicas y territoriales, de los Estados para afrontar los retos que plantea Internet son tan evidentes como reiteradamente resaltadas.

También constituye un lugar común desatacar que la sociedad de la información es una sociedad altamente autorregulada, y que el fomento de esta autorregulación constituye la mejor solución para resolver los problemas que plantea el uso de la red. No parece, sin embargo, que puedan generalizarse recetas. Si bien es cierto que la autorregulación ofrece soluciones puntuales a problemas sectoriales, no es menos cierto que su intensidad es variable, que su fomento es necesario y que, en cualquier caso, son los Estados quienes deben reconducir su potencial para salvaguardar derechos y valores cuya protección tienen encomendada.

Por lo demás, cuando hablamos de regulación -o autorregulación- en la red debemos tener en cuenta dos vertientes: la gestión y gobierno del sistema técnico de las redes informáticas y el control de las actividades que se desarrollan en la sociedad virtual, que establece sus relaciones a través de dichas redes. La primera de las vertientes está directamente relacionada con los orígenes de Internet y con las reglas técnicas que incorporaron sus creadores para garantizar el funcionamiento del sistema.

1. El origen de Internet y las estructuras de gobierno de la red.

Resulta evidente, casi insultante por su misma obviedad, afirmar que el origen de la “sociedad de la información” se encuentra en el desarrollo de nuevas tecnologías. Sin embargo, sólo reparando en dónde -en el seno de determinados grupos de investigación- y cómo -mediante la transmisión de sus conocimientos a otros grupos, integrantes del mismo subsistema científico y técnico- ha tenido lugar dicho desarrollo,

es posible entender los principios, la organización y el sistema de gobierno de Internet¹⁸⁴.

Los orígenes de Internet deben buscarse en los años sesenta y setenta, en el seno de diversos grupos de investigación y desarrollo de nuevas tecnologías. Dos líneas de investigación, relacionadas con proyectos financiados por instituciones públicas estadounidenses, gestados en centros diferentes y con objetivos aparentemente diversos, ofrecen las soluciones técnicas que sirven de base a la creación de una red mundial de comunicación entre ordenadores. El primer proyecto, desarrollado por un grupo de investigadores universitarios, tenía por finalidad estudiar las posibilidades de conexión entre ordenadores, mediante la implantación de una nueva tecnología denominada “conmutación de paquetes”¹⁸⁵. El segundo proyecto, desarrollado por un centro de investigación privada, se basaba también en un sistema de “conmutación de paquetes” que debía permitir que el sistema de conexión entre ordenadores fuese lo suficientemente descentralizado e independiente como para poder sobrevivir a un ataque nuclear que destruyese las líneas de comunicaciones¹⁸⁶.

Las primeras conexiones remotas entre ordenadores, basadas en el sistema de conmutación de paquetes, se realizaron con fines estrictamente universitarios, en un

¹⁸⁴ Los datos que introducimos en este apartado se encuentran extensa y detalladamente expuestos en M. CASTELLS, *La era de la información*, vol. I, *La sociedad red*, Alianza, Madrid, 2000, pp. 77 y ss.; y S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, pp. 30 y ss.

¹⁸⁵ La mayor parte de los estos investigadores trabajaba en centros universitarios de California (la popular *University of California at Los Angeles* –UCLA- y la Universidad de Stanford). Estos investigadores se encontraban relacionadas con proyectos de financiados por la Agencia de Investigación de Defensa Norteamericana (*Advanced Research Projects Agency*, ARPA). En aquellos años se estudiaban las posibilidades de conexión entre ordenadores. Parece que fue un estudiante del Instituto de Tecnología de Massachusetts (Leonard Kleinrock) quien se trasladó a la UCLA, con su tesis bajo el brazo, planteando la posibilidad de que la comunicación entre ordenadores no se produjese mediante la tradicional conexión telefónica, sino con una nueva tecnología denominada “conmutación de paquetes”.

¹⁸⁶ Se atribuye a Paul Baran, la idea de crear un sistema de conmutación de paquetes muy descentralizado, que no dependía de los tradicionales sistemas de comunicación y que podía sobrevivir a su destrucción parcial. El desarrollo de la idea de Paul Baran lo hizo la *Rand Corporation* a petición de *US Air Force*. Este es el origen de la creencia generalizada según la cual Internet es un producto de la guerra fría. Según explica S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red...*, op. cit., p. 31, el sistema ideado por Baran, “ (...) se basa en los principios y las ventajas de una estructura de malla muy descentralizada en la que están conectados muchos ordenadores. Dada esta estructura de red, en la que no existe ningún punto central estratégicamente decisivo para el gobierno del conjunto, es posible asegurar siempre el funcionamiento del sistema aunque una parte del mismo fuera destruido. En tal caso, los ordenadores restantes serían capaces de mantener la conexión entre ellos utilizando la parte de la red conservada, manteniendo plenamente su funcionalidad. El tejido de esta peculiar telaraña hace también prácticamente imposible la censura de los mensajes o el control o intervención de las informaciones que circulan por ella”.

intento de facilitar la transmisión de los conocimientos entre grupos de investigación. Es, precisamente, la conexión entre los ordenadores de diversas Universidades la que da lugar a la famosa red Arpanet¹⁸⁷.

En 1972, además de Arpanet, existían ya diversas redes que funcionaban con la conmutación de paquetes. Se planteó entonces el problema de conectarlas entre si -es el *Inter-Networking Problem*, de donde nace el vocablo Internet-. Este problema fue resuelto con la introducción de los protocolos TCP/IP (*Transfer Control Protocol/Internet Protocol*) que, todavía hoy, sigue siendo el lenguaje común que utilizan todos los ordenadores conectados a Internet. Las características técnicas de este lenguaje demuestran hasta qué punto la tecnología tiene un impacto directo en la sociedad. Los técnicos que resolvieron con su TCP/IP el problema de conectar las redes entre si adoptaron diversas decisiones importantes: cualquier red podría conectarse; el hecho de que una red se desconectase no debería afectar al resto; no había una autoridad centralizada que gestionase la red; cualquier ordenador en cualquier red podría conectarse con cualquier otro. Estas características técnicas, impresas en el propio funcionamiento de Internet, hacen que la estructura jerárquica propia de la sociedad industrial sea inaplicable al gobierno y a la gestión de la red: intentar controlarla, en el sentido clásico es, o bien imposible o bien inviable. Así pues, nadie controla ni gobierna la red. El propio funcionamiento de la red es el que la mantiene activa y en funcionamiento.

Los posteriores avances técnicos que han permitido extender el uso de Internet y sus funciones –en concreto, la mundialización de la red, la creación de la Word Wide

¹⁸⁷ Fue Kleinrock, proveniente del Instituto de Tecnología de Massachusetts (MIT), quien, una vez en la UCLA, lideró el impulso de la investigación para aplicar su idea teórica de la conmutación de paquetes. En 1965 convenció a un antiguo compañero suyo, ingeniero del MIT, Larry Roberts, para realizar la primera conexión remota entre dos ordenadores. Roberts se trasladó a trabajar en la ARPA e impulsó la idea de crear una red de ordenadores que permitiese a los investigadores de distintas universidades poder compartir los avances en conmutación sin necesidad de multiplicar gastos. Así se crea la famosa red Arpanet, precursora de Internet, que nace, como vemos, por intereses de optimización y por intereses académicos, más que por intereses militares. El 2 de septiembre de 1969 es la fecha clave en la que los dos primeros ordenadores de Arpanet, uno en la UCLA y el otro en Stanford se comunican por primera vez. A finales del mismo año se añaden dos más, en las Universidades de Santa Barbara y Utah. Arpanet pasa de proyecto a realidad. En los años siguientes el equipo de estudiantes de Kleinrock, entre los cuales se encontraba Vint Cerf, desarrollaron el protocolo de comunicaciones que permitiría la conectividad de todos los ordenadores de Arpanet.

Web y el perfeccionamiento del correo electrónico- no han supuesto modificación alguna a estos principios¹⁸⁸.

De acuerdo con estos antecedentes y con las características técnicas de Internet, fueron también los técnicos, sus creadores, quienes diseñaron las principales estructuras de gobierno de la red. A rasgos generales, podemos mencionar la existencia de tres grandes organismos de gobierno de la red: la *Internet Society* (ISOC); el *World Wide Web Consortium* (W3C); y el *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), que ha asumido las funciones del *Internet Assigned Number Authority* (IANA).

La ISOC es la mayor asociación mundial de personas preocupadas por el desarrollo armónico de Internet. Fue fundada por los investigadores, en su mayoría ingenieros pioneros de la red y se define como “una organización global e internacional destinada a promover la interconexión abierta de los sistemas de Internet”¹⁸⁹.

¹⁸⁸ En concreto, la mundialización de la red se produjo gracias a una nueva apuesta de una institución pública de investigación americana, en este caso la NSF (*National Science Foundation*). Dicha institución impulsó definitivamente el crecimiento de Internet, mediante la creación de la NSFNET. En 1986 la NSF creó cuatro grandes centros de supercomputación en Princeton, Pittsburg, San Diego y Cornell. Para comunicar estos centros entre si y para posibilitar el acceso de otros investigadores a sus recursos creó la NSFNET *backbone*, la espina dorsal de Internet. Los dos mil ordenadores conectados en 1985 se convirtieron en treinta mil a finales del 87 y doscientos mil a finales de 1989. Los países desarrollados, encabezados por los países nórdicos y Canadá se conectaron a NSFNET.

A fines de la década de los ochenta Internet era ya una red -en realidad una red de redes- consolidada. Fue entonces cuando un nuevo descubrimiento condujo a la explosión definitiva de Internet. Nos referimos a la creación de la World Wide Web, que permite buscar la información distribuida a través de Internet y componerla en el ordenador del usuario. La creación de la World Wide Web fue liderada por parte de Tim Berners-Lee, en 1990. El objetivo de este investigador del CERN (*Centre Europeen de Recherche Nucleaire*) era poner en práctica la idea del hipertexto distribuido. Se trataba de desarrollar un sistema que permitiese buscar la información distribuida en diferentes ordenadores de la red y componerla en el ordenador del usuario. Al poco tiempo Marc Andreessen creaba el primer navegador. Al igual que los protocolos TCP/IP, la web y el navegador eran de libre acceso y sus autores no cobraban nada ni por su uso ni por su implantación.

A partir de este momento Internet se extendió como la pólvora y su crecimiento potencial no se ha detenido. La expansión del sistema fuera del ámbito universitario se produjo gracias a las posibilidades abiertas por el correo electrónico en el mundo de los negocios. Con todo ello, Internet se ha convertido en un factor estratégico en el mundo actual.

¹⁸⁹ A la cabeza de la ISOC está un Consejo (Board of Trustees), elegido por miembros de la sociedad. La ISOC es el paraguas orgánico varios comités, entre los que destaca el IETF (*Internet Engineering Task Force*), que es una agrupación de miles de ingenieros, científicos y emprendedores que trabajan en la red y que, a partir de encuentros periódicos, elaboran el consenso técnico sobre el funcionamiento de la red. El resultado de sus trabajos se expresa en forma de “papeles blancos” accesibles a todo el mundo en la propia red. También dependen del Consejo la *Internet Research Task Force* (IRTF), dedicada a las investigaciones a largo plazo; la *Internet Law Task Force* (ILTF), para estudiar los problemas jurídicos planteados por el desarrollo de la red; y, hasta fechas recientes, el IANA, que se venía ocupando de la gestión de los números y códigos necesarios para la utilización de la red.

El *World Wide Web Consortium* (W3C), fue creado en 1994, por los técnicos que pusieron en práctica la idea del hipertexto distribuido, mediante la creación de la World Wide Web. Esta organización tiene encomendada la misión de velar para que la web continúe siendo una tecnología accesible a todo el mundo y para que, en su evolución, se sigan aplicando las mismas normas de consenso que han presidido siempre la cibernética¹⁹⁰.

El tercer gran organismo es el ICANN, que se encarga de coordinar la asignación de los nombres de dominio y las direcciones numéricas que identifican todo ordenador con el protocolo TCP/IP¹⁹¹. Hasta 1998 este proceso era supervisado por un grupo reducido de técnicos a través de Comité de la ISOC, IANA. Aquel mismo año dicho comité sugirió al gobierno norteamericano que la situación no podía mantenerse en los mismos términos -con el dominio de unos pocos sobre decisiones tan importantes para el funcionamiento de la red-. Por ello, el gobierno norteamericano emitió un *Green Paper* en el que hacía un llamamiento general a constituir una organización internacional, con participación pública y privada, que asegurase la libre competencia en este tema.

A pesar de que el ICANN se constituye como una asociación sin ánimo de lucro, sometida al derecho californiano, el artículo 3 de su estatuto deja claro que Internet “es una red de redes internacional, que no pertenece a ninguna nación particular, individuo o corporación”, y por ello se compromete a actuar siempre atendiendo a los intereses globales, sin consideración a las fronteras de los gobiernos¹⁹².

La asignación de nombres de dominio en Internet constituye una de las herramientas que ha hecho posible su masiva utilización, puesto que permite utilizar nombres, en vez de números, para identificar a los usuarios de los equipos conectados en la red. Técnicamente, el sistema de nombres de dominio de Internet se apoya en una gran base de datos distribuida jerárquicamente por toda la red. La organización

Pueden formar parte de la ISOC todas las personas interesadas en el porvenir de Internet. La información sobre la *Internet Society* puede encontrarse en <http://www.isoc.org>.

¹⁹⁰ Véase: <http://www.w3.org>.

¹⁹¹ Para más detalles sobre la estructura y funcionamiento de este organismo, así como sobre sus principales funciones, puede consultarse la dirección de Internet: <http://www.icann.org>

supranacional ICANN es responsable de la administración, en el ámbito mundial, de los nombres y direcciones numéricas de Internet. Dicha gestión, basada en una serie de normas técnicas elaboradas por un organismo privado de normalización, corresponde a un administrador central que, a su vez, la reparte entre distintos suministradores. Estos pueden repetir el proceso si la dimensión del dominio a administrar así lo aconseja. De esta forma, se pueden crear distintos niveles de dominios delegados, en los que cada administrador asigna nombres unívocos a su nivel, garantizando así la unicidad de cualquier nombre.

En el nivel más alto de la jerarquía de Internet se encuentran los dominios de primer nivel, uno por cada país -dominios de dos letras correspondientes al código ISO-3166 de cada territorio-, más algunos dominios genéricos –dominios de tres letras como «.com», «.net» u «.org»-.

En España, la labor de asignación de nombres de dominio, bajo el código de país «.es», es gestionada por una única entidad, que presta un servicio centralizado al resto de los agentes, sin entrar en competencia con ellos¹⁹³. En concreto, esta función es encomendada a la entidad empresarial “Red .es”, en virtud de la designación efectuada mediante Resolución de la Secretaría General de Telecomunicaciones, de 10 de febrero de 2001¹⁹⁴. En lo que se refiere al establecimiento de los criterios de concesión de los

¹⁹² Recientemente, en concreto, el pasado mes de octubre de 2000, se eligieron los miembros del Consejo de administración del ICANN mediante una votación on line, que estaba abierta a todos los usuarios de Internet que se hubieran registrado en su página web.

¹⁹³ La función de asignación de nombres de dominio se encuentra regulada en la Orden del Ministerio de Fomento, de 21 de marzo de 2000 [BOE de 30 de marzo de 2000], modificada por la de 12 de julio de 2001 del Ministerio de Ciencia y Tecnología [BOE de 21 de julio de 2001] por la que se regula el sistema de asignación de nombres de dominio de Internet bajo el código de país correspondiente a España. Según el artículo 4 de esta norma “la función de asignación consiste en la implantación, mantenimiento y operación de la base de datos necesaria para el funcionamiento del sistema de nombres de dominio de Internet, bajo el código de país correspondiente a España («.es»). Esta función conlleva la realización de las tareas y la toma de decisiones que sean precisas para asegurar el buen funcionamiento del sistema, incluyendo la aceptación y denegación motivada de peticiones de asignación y la adaptación de los equipos y procedimientos de gestión de acuerdo con la evolución tecnológica”. Esta disposición reconoce como responsable de la administración, en el ámbito mundial, de los nombres y direcciones numéricas de Internet a la “organización supranacional ICANN”.

¹⁹⁴ Sin embargo, se posibilita la entrada de intereses privados en el desarrollo de esta actividad mediante la creación de la figura de los agentes. La labor de los agentes consistirá en asesorar a los usuarios, tramitar sus solicitudes y actuar ante la autoridad de asignación para la consecución, con arreglo a las normas aplicables, de las inscripciones solicitadas. Ello no impide, sin embargo, que las solicitudes de asignación de nombres de dominio puedan ser tramitadas directamente por los interesados.

Sobre ello, véase: J. M. SALA ARQUER y S. A. BELLO PAREDES, “Los dominios de segundo nivel en Internet: una aproximación desde el Derecho Público, *Derecho sobre Internet*, Banco de Santander Hispano, <http://derechosobreinternet.com> [última consulta 17/4/2002]

nombres de dominio bajo el código “es”, se ha optado por una solución reglamentista. Se atribuye la función normativa al Ministerio de Fomento. Sin embargo, se reconoce un papel importante a los agentes involucrados en el funcionamiento de Internet en España, mediante su participación en la Comisión para la Supervisión del Servicio de Acceso a la Información, regulada en la Orden del Ministro de Fomento de 8 de septiembre de 1997. En cualquier caso, según el artículo 6 de la Orden de 12 de julio de 2001, “las decisiones de la autoridad de asignación podrán ser recurridas ante la Secretaría General de Comunicaciones, sin perjuicio de la posibilidad de someter los conflictos entre usuarios a procedimientos de arbitraje”. Con ello, el acto de concesión o denegación de un nombre de dominio parece adoptar la configuración de un acto administrativo.

Existen, sin embargo, algunos problemas conceptuales para sostener sin más esta concepción. Las normas aplicables para la concesión de nombres de dominio en España poseen carácter reglamentario, como hemos comentado, pero están subordinadas a las normas aprobadas por un organismo privado de ámbito internacional, como es el ICANN. Por lo demás, siendo idéntica la función del ICANN respecto los nombres de dominio de primer nivel y la de la entidad empresarial “Red. es” sería necesario reconocer también que el citado organismo privado goza de una potestad de eminente carácter público¹⁹⁵. Según ello, paradójicamente, estaríamos ante organizaciones internacionales de carácter privado que ejercen funciones públicas de carácter normativo, cuya ejecución corresponde a dichos organismos o, en su caso, a los Estados o a quienes éstos designen.

¹⁹⁵ Esta opción es defendida por Mark Gould, en un artículo titulado “An Island in the Net: Domain Naming and English Administrative Law”, cuya cita y contenido tomamos de J. A. MAESTRE RODRÍGUEZ, “Planteamiento de la problemática jurídica de los nombres de dominio”, publicado en <http://www.dominiuris.com/problemática/articulo.htm> [última consulta 28/1/2002]. Este autor sostiene que la función de asignación y registro de nombre de dominio puede entenderse como una función privada para una enorme red privada de ordenadores (esta sería la función originaria de la asignación de nombres de dominio), o, en cambio, como una función pública que se desarrolla, o se presta, dentro de una red que se ha convertido en ubicua. La ubicuidad de Internet, como una Red con vocación de agrupar todas las redes del mundo es determinante, según este autor, para caracterizar como pública la naturaleza de la función de asignación de nombres de dominio. Si se acepta esta propuesta estaríamos aceptando también que la autorregulación en Internet, en lo que afecta a las normas y actos de asignación de nombres de dominio, ha sufrido una transformación, un proceso de publicación, que convierte la autorregulación normativa desarrollada por el ICANN en fuente del Derecho y la autorregulación resolutoria de este organismo en un acto administrativo. Un análisis con profundidad de este tema desborda con mucho las posibilidades de este trabajo, puesto que este proceso de supuesta transformación

Si se atiende, sin embargo, al carácter técnico de estas normas parecería más acertado interpretar que éstas no son sino fruto de la autorregulación, como la mayor parte de reglas técnicas, como sabemos, y que lo que se produce, en su caso, es una publicación de las mismas en el ámbito estrictamente estatal. La absorción de reglas técnicas por el ordenamiento sería, en este como en otros casos, una opción posible. Dicha opción, sin embargo, no viene impuesta por una supuesta naturaleza pública de las reglas técnicas. Éstas, por si mismas, no son normas jurídicas. Su aprobación no comporta el ejercicio de una función pública, como tampoco es una función pública, a nuestro entender, su estricta aplicación. Y ello, a pesar de los paralelismos existentes e, incluso, las superposiciones constantes, entre las reglas técnicas y las reglas jurídicas.

2. El Estado frente al universo tecnológico de Internet.

La débil posición de los Estados ante el universo tecnológico no se manifiesta solamente en las decisiones técnicas relacionadas con el gobierno y la gestión de la red. También el control de las actividades que se desarrollan a través de este medio escapan en gran parte de sus manos.

Desde esta segunda vertiente, la red se presenta como un nuevo instrumento que se pone al alcance de los individuos, las empresas, las administraciones y la sociedad en general, para realizar múltiples actividades que antes se llevaban a cabo con otros medios o soportes. La lectura, la transmisión de información, las comunicaciones personales, la publicidad, o el comercio, son algunas de las numerosas actividades que tienen cabida en la red. Estas actividades están, cada una de ellas, sujeta a una regulación específica. Lo que no está previsto en ninguna norma, o no lo estaba hasta fechas muy recientes, son las consecuencias específicas de su realización a través de Internet. Es por ello que el debate entre regulación o autorregulación posee en este campo una significación muy peculiar.

Con Internet ha aparecido, pues, entre nosotros un mundo virtual capaz de reproducir, en sus principales aspectos y en todos sus problemas, el mundo real. Es un mundo que permite realizar el mismo tipo de actividades y establecer el mismo tipo de

estaría operando fuera de las posibilidades de control del Estado, a diferencia de lo que sucede, como veremos, con la transformación de la autorregulación en otros ámbitos.

relaciones que el mundo externo a la red pero que, a diferencia de éste, no está limitado por fronteras territoriales y posee la virtualidad de atravesar con gran rapidez las fronteras temporales. Las dificultades de regulación que se plantean en este ámbito tienen que ver, por un lado, con las limitaciones competenciales de las instituciones tradicionales de regulación –limitaciones que afectan no sólo a los Estados, sino también a instituciones de carácter regional, como la Unión Europea- así como, por otro lado, con la rapidez de los avances técnicos y con la complejidad y las características tecnológicas propias del entorno virtual.

Resulta claro que la regulación jurídica del fenómeno informático no puede circunscribirse a espacios locales o regionales. La existencia de redes mundiales, que permiten que la autoría de cualquier vulneración normativa, producida en un Estado, pueda tener sus resultados en otro, hace imprescindible que la regulación –o la autorregulación-, de la cibernética se genere y se aplique en el seno de la comunidad internacional¹⁹⁶. Esta forma de globalización supone un importante elemento a tomar en consideración en la crisis de la noción tradicional de Estado. Las comunicaciones y la tecnología de la información desbordan las posibilidades de control estatal en áreas donde, históricamente, los Estados ostentaban el monopolio y un dominio indiscutido.

No sólo las fronteras territoriales, sino también las fronteras técnicas, se alzan como un límite insalvable para la actuación estatal. En este caso, como mínimo, en un triple sentido. En primer lugar, los Estados no poseen el dominio directo de los conocimientos necesarios para establecer reglamentaciones y controles adecuados a las características técnicas de la red. En segundo lugar, el desfase de las normas de derecho positivo respecto las transformaciones sociales es, indudablemente, mucho más acusado en este terreno, cuya evolución tecnológica es especialmente dinámica. En tercer lugar, las características técnicas específicas de Internet, su estructura caótica, su carácter abierto y descentralizado, así como su configuración como un espacio de libertad,

¹⁹⁶ A grandes rasgos, reflexiona sobre las opciones entre el establecimiento de leyes con valor universal y la autorregulación, V. CARRASCOSA LÓPEZ, “La regulación Jurídica del fenómeno Informático”, *Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, n.º 20-21, 1998, pp. 39 y ss.

dificultan enormemente cualquier tipo de regulación y de control basados en estructuras jerárquicas y centralizadas¹⁹⁷.

Por si estas dificultades no fueran pocas, cabe mencionar también, entre las limitaciones de los poderes públicos para regular el universo de Internet, la resistencia de los propios cibernautas a cualquier injerencia pública con vocación reguladora. Destacadamente en sus comienzos, Internet apareció como un espacio de libertad que parecía ilimitado. En este espacio se generó una ideología propia, basada en una cierta anarquía y en una confianza utópica en la posibilidad de crear, en el ciberespacio, una sociedad ideal completamente libre¹⁹⁸.

Ante la ausencia de regulaciones públicas, de modo espontáneo, han surgido en la red mecanismos diversos de autorregulación. Han sido los propios operadores quienes, frente al gran vacío legal existente y debido a la necesidad de regular sus relaciones en la red, han establecido acuerdos, códigos y mecanismos de autocontrol de sus actividades. En vez de un marco oficial e institucional, se ha desarrollado una

¹⁹⁷ Son especialmente elocuentes las reflexiones apuntadas por S. MUÑOZ MACHADO, en *La regulación de la red...*, op. cit., pp. 34-35: “Desde nuestra perspectiva, en un análisis que pretende reflexionar sobre la regulación de la red, su estructura caótica es una característica que interesa sobremanera destacar. Las normas han tenido siempre funciones que parecen incompatibles con el desorden y el descontrol. Tiene que ver más bien con un orden racional y habitualmente jerarquizado. Por consiguiente, puede adivinarse, sin esperar los desarrollos que luego se harán en este estudio, que el tipo de regulación posible en la red, si existe alguno, tiene que ser tan variado y plural como lo es la propia estructura de aquélla, compuesto de decisiones centralizadas, también fuertemente descentralizadas, públicas y privadas, con orígenes en diferentes puntos de la constelación de la red y con contenidos tan múltiples como son los mensajes que circulan por las infovías”.

¹⁹⁸ Según S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red...*, op. cit., p. 35: “La red no sólo fue creada para el descontrol, sino que se desarrolló con entusiasmo por universitarios convencidos de que en ella estaba la base para el desarrollo de la contestación y de una nueva contracultura, fuera de los convencionalismos y del orden jerarquizado de la política y de la sociedad. Un entorno, en fin, para la libertad”.

En la misma línea, A. E. PÉREZ LUÑO, en “Internet y Derecho”, *Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, n.º 20-21, 1998, p. 726, señala que: “(...) en sus inicios, uno de los mayores alicientes de Internet residía en su carácter ácrata; se trataba de un espacio absolutamente libre, sin ningún tipo de autoridad o poder que lo regulara o acotara. Como elocuente ejemplo de esa concepción anárquica y libertaria de Internet puede citarse la Declaración de Independencia del Ciberespacio “promulgada” por Lohn Perry Barlow en Davos, Suiza, el 8 de febrero de 1996 (...). Consiste en un texto que, en mi opinión, se articula en torno a tres ideas guía: 1º) La afirmación de la total autonomía de los cibernautas respecto a cualquier tipo de autoridad estatal: “Gobiernos del Mundo Industrial... No son bienvenidos entre nosotros. No tienen ninguna supremacía donde nos juntamos...El ciberespacio está fuera de sus fronteras”; 2º) Negación de los conceptos y categorías jurídicas tradicionales: “Vuestros conceptos legales de propiedad, expresión, identidad, movimiento y contenido no se aplican entre nosotros. Aquellos se basan en la materia, pero en nuestro mundo la materia no existe”. 3º) Confianza utópica en un ciberespacio ideal: “Crearemos una civilización de la Mente en el Ciberespacio. Que sea más humana y justa que el mundo creado anteriormente por sus gobiernos”.

autorregulación espontánea. En este sentido puede decirse que Internet ha creado una comunidad propia, con normas y organismos propios. En este campo, más que en cualquier otro, son los operadores de la red, los suministradores de contenido y de acceso y, en su caso, los usuarios, quienes conocen y dominan los avances tecnológicos, quienes saben el uso que quieren hacer de tales avances y quienes tienen influencia directa en los contenidos que acabarán circulando por la red¹⁹⁹.

En un contexto como el descrito, los poderes públicos no han tenido más remedio que reconocer sus limitaciones. Es paradigmática en este sentido la intensa actividad de reflexión de la Unión Europea sobre los modos de abordar la regulación en Internet. En los numerosos documentos aprobados por la Unión al respecto puede señalarse la existencia de dos aspectos reiteradamente señalados.

En primer lugar se pone de manifiesto que, en el caso que sea necesaria una regulación, esta debe ser acordada a nivel mundial²⁰⁰. De acuerdo con esta estrategia, la Unión Europea participa, entre otros, en el Acuerdo WTO (*World Trade Organization*) sobre servicios de telecomunicación básicos, en el Acuerdo de la ITA (*International Trademark Association*) sobre tarifas en materia de productos de tecnología de la información, o en el Acuerdo WIPO (*World Intellectual Property Organisation*) sobre protección de la propiedad intelectual²⁰¹.

¹⁹⁹ A esa realidad, y a la inexistencia de una autoridad pública capaz de dominar este entorno, alude el Comité de las Regiones, cuando define Internet como un “mundo de usuarios” y como un “medio de comunicación que contribuye a la desaparición de la línea entre lo público y lo privado” y realza, como rasgos característicos de este medio el hecho de no estar bajo la responsabilidad de ningún organismo determinado y la “diversidad de operadores y funciones, como las de suministrador de contenidos, suministrador de acceso, operador de red y suministrador de infraestructuras”. Véase el Dictamen del Comité de las Regiones sobre: el “Libro Verde sobre la protección de los menores y la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información” y la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, sobre Contenidos ilícitos y nocivos en Internet” [DOCE, C 215, de 16 de julio de 1997, p. 37].

²⁰⁰ Entre la abundante documentación sobre esta línea de reflexión merece la pena, por su claridad, destacar la postura del Comité Económico y Social en lo que se refiere a la regulación de los intercambios electrónicos. Sobre esta materia se afirma que “el Marco reglamentario que regula los intercambios electrónicos no puede ser definido únicamente por la UE, sino que debe ser negociado a nivel mundial (bajo los auspicios de la ONU y de la OMC) para ser realmente efectivo, teniendo como rasgo principal la plena liberalización de las transacciones monetarias y la reducción al mínimo de la intervención del Estado en los casos en que se requiera por razones de orden público y de seguridad”: Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones acerca de la Iniciativa europea de comercio electrónico” (DOCE C n.º19, de 21 de enero de 1998, p. 71).

²⁰¹ Véase I. ÁLVAREZ-RICO GARCÍA, “Globalización y sociedad de la información desde la UE”, *Deontología y autorregulación informativa: ensayos desde una perspectiva comparada*, (Coord. H.

En segundo lugar se advierte que, para que el ámbito de libertad que es Internet no se convierta en un lugar sin ley, habrá que abordar una importante tarea de concienciación de los usuarios y operadores de Internet²⁰². En este sentido, es evidente la apuesta de las instituciones comunitarias por el establecimiento de una regulación de mínimos y por el fomento de la autorregulación regulada. En definitiva, se apuesta por la profesionalización de los operadores de la red.

3. Las exigencias de profesionalización de los operadores de la red.

Las reflexiones de la Unión Europea sobre la mejor manera de abordar la regulación en Internet toman como punto de partida la constatada necesidad de regular determinados aspectos de la red. Resulta evidente que las bondades de la globalización y de la sociedad de la información, abanderadas por los cibernautas, quiebran cuando nos enfrentamos a cuestiones tales como el riesgo a la pérdida de derechos por parte de los ciudadanos, a posibles vulneraciones de su intimidad, o a la imposibilidad de seguir manteniendo su tan preciada seguridad, física, económica y jurídica. En este sentido, es obvio que existen aspectos que no pueden dejarse en manos de los autorreguladores²⁰³.

El derecho a la intimidad, por ejemplo, se ve directamente afectado por las posibilidades que han abierto las nuevas tecnologías de almacenar, transmitir y, sobre todo, relacionar, todo tipo de información que se encuentre en un soporte informático. Todo tipo de instituciones, públicas o privadas, para el cumplimiento de sus funciones, recogen datos relativos a la personalidad de los ciudadanos que afectan, en mayor o menor medida, a su intimidad. La recopilación de todos estos datos permitiría, sin lugar a dudas, desarrollar una enorme capacidad de control sobre los individuos²⁰⁴.

Aznar y F. Aboud Zeid), Fundación Manuel Buendía/UNESCO/Universidad Iberoamericana, México, 2000, p. 127.

²⁰² “(...) muchos sectores de la sociedad de la información no pueden, por su índole, regularse por vía legislativa y normativa, por lo que las medidas pertinentes deberán tener ante todo por objetivo ofrecer una cuidadosa preparación a los ciudadanos para adaptarse a esta evolución”: Resolución sobre “Europa y la sociedad de la información. Recomendaciones al Consejo Europeo y sobre una comunicación de las Comunidades Europeas sobre *Europa en marcha hacia la sociedad de la información. Plan de actuación*” [DOCE C 1320, de 28 de octubre de 1996, p. 164].

²⁰³ Como acertadamente señala J. L. VILLAR PALASÍ, en “Implicaciones jurídicas de Internet”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n.º 28, 1998, p. 513: “el autocontrol o la apelación a los estándares de conducta razonables no debe suponer la abdicación de los Estados o de la soberanía internacional”.

²⁰⁴ Nos parecen acertadas, en este sentido, las advertencias de A. E. PÉREZ LUÑO, en *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*, Fundesco, Madrid, 1987, p. 132: “El ciudadano de la sociedad

Con el objeto de evitar estos peligros, la doctrina y la jurisprudencia germánicas han elaborado una categoría denominada “derecho a la autodeterminación informativa” (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), que se basa en el reconocimiento del derecho de todo individuo a conocer los datos de su personalidad a los que pueden acceder otros sujetos y decidir cuáles de ellos pueden ser conocidos y por quien²⁰⁵. El derecho a la autodeterminación informativa también ha sido reconocido por nuestro Tribunal Constitucional, sobre la base del artículo 18.1 CE. Se entiende, en este sentido, que el individuo debe poder disponer de la información sobre su intimidad, negándose a darla o decidiendo quién puede acceder a ella²⁰⁶.

tecnológicamente avanzada presiente que existen medios para que su formación escolar y universitaria, sus operaciones financieras, su trayectoria profesional, sus hábitos de vida, viajes y esparcimientos, sus preferencias adquisitivas comerciales, su historia clínica, o sus propias creencias religiosas y políticas se hallen exhaustivamente registradas en bancos de datos informatizados susceptibles de incorporarse en una red general de teleproceso (...) Lo más inquietante es que la telemática hace ya posible reunir todas esas informaciones sobre un mismo individuo, que esta tecnología se perfecciona continuamente y que, si las medidas jurídicas y políticas no lo remedian, el proceso puede degenerar en el más implacable fenómeno de control y manipulación social que pueda imaginarse”.

²⁰⁵ Según la tesis del Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) de Karlsruhe sobre *das Recht auf informationelle Selbstbestimmung*, en su célebre sentencia de 15 de diciembre de 1983 sobre la ley del censo de la población (*Volkzählungsgesetz*), el principio básico del ordenamiento jurídico establecido por la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) de la República Federal de Alemania es el valor de la dignidad de la persona: “De la dignidad y de la libertad, entendida como libre autodeterminación, deriva la facultad de la persona de “deducir básicamente por sí misma cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida”. Por ello, el Tribunal entiende que sería contrario a dicha facultad de autodeterminación “un orden social y un orden jurídico que hiciese posible al primero, en el que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo sabe algo sobre él... Esto no sólo menoscabaría las oportunidades del desarrollo de la personalidad individual, sino también el bien público, porque la autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos”. La traducción castellana de esta sentencia ha sido realizada por M. DARANAS, en *BJC*, n.º33, 1984. Nosotros tomamos esta referencia de A. E. PÉREZ LUÑO, “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”, en M. G. LOSANO, A. E. PÉREZ LUÑO y M. F. GUERRERO MATEUS, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, CEC, Colección Cuadernos y Debates, n.º 21, 1989.

²⁰⁶ Véase, entre otras muchas, las SSTC 110/1984, 231/1988 y 197/1991. Estas sentencias han sido analizadas por J. PARDO FALCÓN, “Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *REDC*, n.º 34, 1992, pp. 141 y ss. En la misma línea se sitúa la STC 254/1993, según la cual “la llamada libertad informática es un derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)”. Sobre esta sentencia véase M. ÁLVAREZ RICO, “Consideraciones sobre el proyecto de Ley de modificación de la Lortad (Ley 5/1992, de 29 de octubre, de tratamiento automatizado de datos de carácter personal)”, *Sociedad y Utopía*, número extraordinario, 1999, pp. 45 y ss.

Comentando también el contenido de estas sentencias, I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, en *Los derechos del público*, op. cit., p. 126, sostiene: “La intimidad delimita qué parte de su esfera puede convertirse en información y quién puede acceder a ella. Esto implica, pues, que el individuo debe poder conocer en todo momento de qué información disponen los terceros sobre su intimidad, esto es, no sólo puede impedir el acceso a la información relativa a la intimidad, sino acceder a la información que un tercero tenga sobre ella, habida cuenta del potencial lesivo que la posesión incontrolada de esa información por un tercero puede conllevar”.

El problema planteado por la libre transmisión de datos fue abordado tempranamente por las instituciones europeas. En la Resolución del Consejo de Ministros de la CEE, aprobada en 1971, se creó Euronet, que es un sistema de comunicación de datos entre los países miembros. En la citada Resolución se afirmaba el principio de libre circulación de informaciones científicas, técnicas, económicas y sociales en el interior de la CEE. Con el fin de posibilitar el derecho a la autodeterminación informativa de los individuos se aprobó, en 1980, por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el “Convenio para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal”²⁰⁷. La incorporación de los principios de este Convenio se han plasmado en España en el establecimiento de un sistema público de control, -que fue articulado en la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, Reguladora del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD), modificada por la vigente Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal-, protagonizado por una administración independiente: la Agencia de Protección de Datos²⁰⁸.

Sin embargo, tanto la antigua LORTAD como la vigente Ley orgánica 15/1999, a pesar de tratar de proteger un ámbito directamente relacionado con los derechos fundamentales a través de la creación de la Agencia de Protección de Datos, realizan también una apuesta por el establecimiento de una regulación de mínimos, dejando abierto un ámbito de autorregulación que será, a su vez, controlada por la citada Agencia.

²⁰⁷ Los rasgos generales de este Convenio pueden resumirse en los siguientes aspectos. El objeto de la norma consiste en garantizar a cualquier persona física el respecto a sus derechos fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada con respecto al tratamiento automatizado de los datos que puedan afectarle. Con este fin se establece una serie de límites para que los datos de carácter personal puedan ser almacenados, registrados y tratados. Se establecen también una serie de garantías jurídicas, que permiten la defensa de los ciudadanos frente a los ficheros públicos y privados y se reconoce el derecho al acceso por parte de los interesados en las informaciones que le conciernen, con la posibilidad de cancelarlas o corregirlas cuando se hayan procesado indebidamente.

²⁰⁸ Sobre los antecedentes de estas normas pueden consultarse las aportaciones de M. G. LOSANO, A. E. PÉREZ LUÑO y M. F. GUERRERO MATEUS, en *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, op. cit. Para un análisis de la Ley orgánica 5/1992, reguladora del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, véase E. PESO NAVARRO y M. A. RAMOS GONZÁLEZ, *LORTAD. Análisis de la Ley*, Díaz de Santos, Madrid, 1998. La reciente Ley de Protección de Datos es analizada, en M. Dávila Rodríguez (Coord.), *XIII Encuentros sobre Informática y Derecho, 1999-2000*, Universidad Pontificia Comillas, Aranzadi, Madrid, 2000, especialmente en pp. 15 a 109.

Esta opción se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos de la LORTAD²⁰⁹ y se vehicula mediante la previsión de que sean los organismos, públicos o privados, que trabajen con ficheros automatizados de datos, quienes establezcan, mediante códigos de conducta, la concreción de las previsiones de las citadas normas²¹⁰. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que estas normas serán aprobadas normalmente por aquellos sectores u organizaciones profesionales que utilizan habitualmente bases de datos en el ejercicio de sus actividades. Estas normas, que adoptarán la forma de códigos de conducta contendrán, al mismo tiempo, reglas éticas –donde se confirmen los principios básicos para garantizar el respeto a la intimidad de las personas- y reglas técnicas –que permitan almacenar los datos y transmitir solamente la información éticamente admisible-. La autorregulación normativa exige, en este ámbito, una mayor

²⁰⁹ En la citada exposición de motivos se destaca la necesidad de proteger la privacidad de las personas frente a la utilización de las modernas técnicas de transmisión de datos. En este sentido, se crea la Agencia de Protección de Datos, como organismo encargado de velar por el cumplimiento de esta Ley. Sin embargo, se reconocen las limitaciones de la Ley y de la Agencia, frente a la evolución tecnológica, y se prevén mecanismos de autorregulación, que se consideran más eficaces para la protección de los datos de carácter personal: “El inevitable desfase que las normas de derecho positivo ofrecen respecto de las transformaciones sociales es, si cabe, más acusado en este terreno, cuya evolución tecnológica es especialmente dinámica. Ello hace aconsejable, a la hora de normar estos campos, acudir a mecanismos jurídicos dotados de menor nivel de vinculación, susceptibles de una elaboración o modificación más rápida de lo habitual y caracterizados por que es la voluntaria aceptación de sus destinatarios la que les otorga eficacia normativa. En esta línea la Ley recoge normas de autorregulación, compatibles con las recomendaciones de la Agencia, que evitan los inconvenientes derivados de la rigidez de la Ley Orgánica que, por su propia naturaleza, es inidónea para un acentuado casuismo. La propia experiencia de lo ocurrido con el Convenio del Consejo de Europa, que ha tenido que ser objeto de múltiples modificaciones (...) aconseja recurrir a las citadas normas de autorregulación. De ahí que la Ley acuda a ellas para aplicar las previsiones legales a los distintos sectores de actividad. Tales normas serán elaboradas a iniciativa de las asociaciones y organizaciones pertinentes y serán aprobadas, sin valor reglamentario, por la Agencia, siendo precisamente la iniciativa y participación de las entidades afectadas la garantía de la virtualidad de las normas”.

²¹⁰ Esta previsión conecta en realidad con el contenido de los arts. 25 a 27 Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, relativa a la protección de datos de las personas físicas. En concreto, el artículo 25.2 establece que el nivel de protección que ofrece un país tercero se evaluará atendiendo a todas las circunstancias que concurran en una transferencia o en una categoría de transferencias de datos. Entre tales circunstancias se hace referencia específica no sólo a la existencia de normas jurídicas que regulen los niveles de protección exigibles, sino también a las “normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países”. Con ello se alude a la función de la autorregulación industrial. A estos efectos se entiende por código de autorregulación “cualquier conjunto de normas de protección de datos que se apliquen a una pluralidad de responsables del tratamiento que pertenezcan a la misma profesión o al mismo sector industrial, cuyo contenido haya sido determinado fundamentalmente por miembros del sector industrial o profesión en cuestión”. Esta es una definición amplia que abarcaría desde un código de protección de datos voluntario desarrollado por una pequeña asociación industrial con pocos miembros hasta los detallados códigos de ética profesional aplicables a profesiones enteras, tales como médicos o banqueros, que suelen tener una fuerza cuasi jurídica. Sobre este tema véase el “Documento de Trabajo de la Comisión europea sobre la protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, de 14 de enero de 1998, relativo a la evaluación de la autorregulación industrial: ¿En qué casos realiza una contribución significativa al nivel de protección de datos en un país tercero?” [DG XV D/5057/97 final WP7]; y los comentarios de A. I. HERRÁN ORTIZ, “Problemas jurídicos del flujo internacional de datos personales en la legislación española”, en M. Dávila Rodríguez (Coord.), *XIII Encuentros sobre Informática y Derecho 1999-2000*, op. cit., p. 85.

profesionalización de quienes manejan bases de datos y constituye, al mismo tiempo, una apuesta o una declaración de confianza en dicha capacidad profesional.

La forma de adopción de estos códigos, sus principales contenidos e, incluso, su naturaleza jurídica –en concreto, su calificación como códigos deontológicos o de buena práctica profesional–, se encuentran regulados en el artículo 32 de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal²¹¹. Para garantizar que realmente cumplen con la función de protección que se les encomienda, el contenido de estos códigos es controlado y registrado por la Agencia de Protección de Datos. Se fía, pues, en primera instancia, a los profesionales que operan con bancos de datos la protección de los nuevos derechos que tales profesionales pueden poner en peligro mediante su actividad.

Las nuevas tecnologías, sin embargo, no sólo hacen necesaria la ampliación del ámbito de protección de determinados derechos –derecho a la intimidad– o el reconocimiento de nuevos derechos –derecho a la autodeterminación informativa–, sino que afectan, en general, a todos los derechos de corte tradicional. El derecho a la imagen, la dignidad y el honor de las personas, por ejemplo, se ven también afectados por las nuevas tecnologías, puesto que éstas facilitan la propagación universal de difamaciones, calumnias e injurias, o la incitación al odio o a la discriminación raciales. La propagación de imágenes o informaciones que entrañen formas de exhibicionismo, provocación sexual, o que fomenten la pornografía entre menores de edad, también requiere el establecimiento de medidas específicas para la protección de los usuarios de Internet y, en especial, para la protección de los menores. Precisamente,

²¹¹ Según el mencionado precepto, que reproduce el artículo 32 de la LORTAD de 1992: “1. Mediante acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresa, los responsables de tratamientos de titularidad pública y privada, así como las organizaciones en que se agrupen, podrán formular códigos tipo que establezcan las condiciones de organización, régimen de funcionamiento, procedimientos aplicables, normas de seguridad del entorno, programas o equipos, obligaciones de los implicados en el tratamiento y uso de la información personal, así como las garantías, en su ámbito, para el ejercicio de los derechos de las personas con pleno respeto a los principios y disposiciones de la presente Ley y sus normas de desarrollo; 2. Los citados códigos podrán contener o no reglas operacionales detalladas de cada sistema particular y estándares técnicos de aplicación. En el supuesto de que tales reglas o estándares no se incorporen directamente al código, las instrucciones u órdenes que los establecieran deberán respetar los principios fijados en aquél; 3. Los códigos tipo tendrán el carácter de códigos deontológicos o de buena práctica profesional, debiendo ser depositados o inscritos en el Registro General de Protección de Datos y, cuando corresponda, en los creados a estos efectos por las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el artículo 41. El Registro General de Protección de Datos podrá denegar la inscripción cuando considere que no se ajusta a las disposiciones legales y

los menores no sólo se ven afectados por los contenidos específicos que circulan en la red, sino incluso por los programas de *software* de los videojuegos, distribuidos, indistintamente, por Internet o susceptibles de ser incorporados al ordenador, a la televisión o a las videoconsolas. Estos programas, a pesar de tener como destinatarios, precisamente, a los menores, suelen incorporar escenas y contenidos altamente violentos. El Parlamento Europeo ha manifestado en diversas ocasiones su preocupación por este aspecto²¹².

Ya en 1996 el Parlamento Europeo aprobó una Resolución en la que se decantaba por no intervenir de modo represivo en las actividades de la red, con el fin de no frenar el desarrollo de este medio. De este modo, se posicionaba respecto a un debate posterior: ante la alternativa entre la regulación y la autorregulación, la Unión se decanta por esta última²¹³. En la citada Resolución, la Unión Europea entiende que los contenidos ilícitos deben ser objeto de una prohibición general, sea cual sea el soporte utilizado, mientras que la circulación de contenidos nocivos puede ser objeto de planteamientos diferentes en función de los soportes utilizados. En este sentido, parece que se considera lo más adecuado dejar en manos de la autorregulación los aspectos relacionados con los contenidos nocivos en internet²¹⁴.

reglamentarias sobre la materia, debiendo, en este caso, el Director de la Agencia de Protección de Datos requerir a los solicitantes para que efectúen las correcciones oportunas”.

²¹² En la Resolución sobre “Europa y la sociedad de la información. Recomendaciones al Consejo Europeo y sobre una comunicación de las Comunidades Europeas sobre *Europa en marcha hacia la sociedad de la información. Plan de actuación*” [DOCE C 230, de 28 de octubre de 1996, p. 164], puede leerse que el Parlamento Europeo: “Expresa su convencimiento de que se han de concretar rápidamente las normas e instrumentos destinados a proteger a los usuarios, y en particular a los menores de edad, frente a programas de contenido violento y pornográfico”.

Estas preocupaciones se han concretado, entre otras medidas en la Decisión n.º276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999 por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales [DOCE L 33, de 6 de febrero de 1999, p. 1].

²¹³ Resolución sobre la Comunicación de la Comisión relativa a los contenidos ilícitos y nocivos en Internet: “El Parlamento europeo, considerando que un planteamiento exclusivamente represivo de las redes informáticas, de las cuales Internet sólo es la prefiguración, perjudicaría gravemente la contribución de estas últimas al desarrollo de la sociedad, se decanta a favor de la utilización de formas eficaces de autorregulación” [DOCE C 150, de 19 de mayo de 1997, p. 38].

²¹⁴ En la misma línea, según el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el “Libro Verde sobre la protección de los menores y la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información” [DOCE C 287, de 22 de septiembre de 1997, p. 11]: “Los contenidos que sean considerados ilegales en los nuevos servicios audiovisuales y de información requerirán una legislación y sanciones específicas bien mediante la introducción de una nueva legislación (o normativa) o mediante la modificación de la legislación o normativa existente para extender su ámbito de aplicación a la publicación, distribución o posesión de contenidos ilegales en los nuevos servicios audiovisuales y de información (...) A diferencia de los contenidos ilegales, los contenidos perjudiciales no estarán sujetos a prohibiciones absolutas, sino que únicamente se aplicarán restricciones en determinadas circunstancias

En lo que se refiere al control de la aplicación de estas normas también se hace una apuesta por la autorregulación. En lo relativo a los contenidos ilícitos se plantea la posibilidad de crear un organismo independiente, basado en la autorregulación, con facultades sancionadoras²¹⁵. Para resolver los problemas relacionados con los contenidos nocivos se apuesta por la introducción de mecanismos de autorregulación de marcado carácter técnico, que deberán ser proporcionados por los proveedores de servicios de la red o por los profesionales que pongan al mercado tales servicios²¹⁶.

De acuerdo con la apuesta realizada a favor de la autorregulación, el Consejo se dirige a los Estados miembros para que pongan en marcha medidas de fomento de la autorregulación²¹⁷; y pide a las industrias y a las partes interesadas que colaboren en la

como la protección de menores o la dignidad humana. Debido a la diversidad de normas sociales y culturales, la autorregulación (requisito estatutario para un organismo independiente) facilitará las soluciones más adecuadas para la regulación de los contenidos perjudiciales.”

²¹⁵ Según el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el “Libro Verde sobre la protección de los menores y la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información” [DOCE C n °287, de 22 de septiembre de 1997, p. 11]: “La regulación de los nuevos servicios audiovisuales y de información debería realizarse mediante un marco común (es decir, comunitario) que se apoye en un nuevo organismo regulador independiente a nivel europeo con el fin de velar por la aplicación de la legislación, reglamentos y sanciones referentes al contenido de los nuevos medios; actualmente no existe ningún organismo de este tipo. Examinar los entes reguladores existentes podría servir de orientación. Este organismo regulador debería tener facultades para imponer sanciones rigurosas a fin de permitir la observancia de la legislación (...) De no constituirse un ente regulador, un marco legislativo y un consenso por iniciativa de la industria, es probable que se impongan controles nacionales menos aceptables y más rígidos que den lugar a la fragmentación de la industria de servicios audiovisuales y de información y a conflictos entre los operadores de redes, proveedores de servicios, proveedores de acceso y usuarios (...) A escala europea, deberían constituirse organismos autorreguladores supervisados o regidos por un ente internacional. Estos organismos autorreguladores independientes tendrían como funciones: resolver reclamaciones sobre contenidos ilegales y perjudiciales, localizar a los infractores, solicitar la eliminación de los contenidos delictivos y, en caso de falta de cooperación por parte de los infractores, actuar legalmente contra ellos”

²¹⁶ Según el Dictamen del Comité de las Regiones sobre el “Libro Verde sobre la protección de los menores y la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información” y sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre *Contenidos ilícitos y nocivos en Internet*” [DOCE C 215, de 16 de julio de 1997, p. 37]: “La autorregulación puede contemplarse como una puesta en práctica de los mecanismos destinados a identificar los contenidos ilícitos y garantizar que no sean accesibles. Ya se han formulado varias propuestas en relación con Internet, a favor de la creación de “puntos de encuentro”, cuyo contenido consiste en centralizar la información sobre los contenidos ilícitos. En cuanto a la existencia de contenidos nocivos, especialmente en Internet, la utilización de programas de filtrado en forma de PICS (*Platform for Internet Content Selection*, plataforma de selección de contenidos de Internet), acompañada de una descentralización del etiquetado de contenidos, parece ser la solución más respetuosa”.

²¹⁷ En la Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de 17 de febrero de 1997 sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet [DOCE C 70, de 6 de marzo de 1997, p.1], el Consejo de la UE y los representantes de los EE miembros, con el fin de combatir los contenidos ilícitos y nocivos en Internet, “Instan a los Estados miembros a que pongan en marcha medidas de fomento de sistemas de autorregulación, que incluyan instancias representativas de los consumidores y usuarios de los servicios de Internet, códigos de conducta eficaces y, eventualmente, mecanismos de información de emergencia accesibles al público”.

elaboración de estos instrumentos, fundamentalmente en la elaboración de normas de conducta²¹⁸.

Recogiendo los contenidos de esta Resolución y ampliando su ámbito de aplicación a todos los servicios audiovisuales, se aprueba la Recomendación del Consejo de 24 de septiembre de 1998, relativa al desarrollo de la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana (98/560/CE). Esta norma contiene un anexo en el que se recogen las “directrices indicativas para la aplicación, a escala nacional, de un marco de autorregulación para la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información en línea”²¹⁹. Resulta interesante conocer las previsiones de esta Resolución respecto a los códigos destinados a la protección de la dignidad humana. Éstos deberán contener: información destinada a los usuarios;

En la misma línea, en la Recomendación del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, relativa al desarrollo de la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana [DOCE L 270, de 7 de octubre de 1998, p. 49], el Consejo “recomienda que los Estados favorezcan un clima de confianza que contribuya al desarrollo de la industria de los servicios audiovisuales y de información” y fomenta “como complemento del marco regulador, el establecimiento de marcos nacionales de tipo voluntario para la protección de los menores y la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información por medio de: a) la promoción, de acuerdo con las tradiciones y prácticas nacionales, de la participación de las partes interesadas (como usuarios, consumidores, empresas y autoridades públicas) en la definición, aplicación y evaluación de medidas nacionales en ámbitos cubiertos por la presente recomendación; b) el establecimiento de un marco nacional de autorregulación por parte de los operadores de servicios en línea, teniendo en cuenta los principios indicativos y el método descritos en el anexo; y c) la cooperación a escala de la Comunidad para definir métodos comparables de valoración.

²¹⁸ También en la Recomendación del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, relativa al desarrollo de la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana [DOCE L 270, de 7 de octubre de 1998, p. 49], el Consejo recomienda que las industria y partes interesadas que: “Cooperen, de acuerdo con las tradiciones y prácticas nacionales, con las autoridades competentes para dotarse de estructuras representativas del conjunto de las partes interesadas a nivel nacional con el fin, entre otras cosas, de facilitar la participación en la coordinación a nivel europeo e internacional en los ámbitos cubiertos por la presente recomendación”; y “Colaboren en la elaboración de códigos de conducta para la protección de menores y la dignidad humana aplicables a la prestación de servicios en línea”.

²¹⁹ El objetivo de las mencionadas directrices consiste en “favorecer un clima de confianza en la industria de servicios audiovisuales y de información en línea garantizando dentro de la Comunidad una coherencia general en la elaboración por los operadores y otras partes interesadas de marcos nacionales de autorregulación para la protección de menores y de la dignidad humana”. Para conseguir este objetivo se fomenta que los operadores aprueben voluntariamente un código o unos códigos de conducta que, de acuerdo con el fin público perseguido deberá tener los siguientes contenidos. Los códigos destinados a la protección de menores deberán contener: información a los usuarios, mediante la presentación de contenidos legales que pueden ser nocivos para los menores; medidas técnicas de apoyo al ejercicio del control parental o regulación de los PICS (aspectos técnicos para que los padres puedan decidir); y el establecimiento de un sistema de gestión de reclamaciones (líneas directas).

sistemas de gestión de reclamaciones (líneas directas); mecanismos de cooperación con las autoridades judiciales y policiales; y tipificación de las infracciones y sanciones por incumplimiento de los códigos de conducta. La Unión Europea entiende que este contenido mínimo es necesario para “promover la credibilidad del código o códigos de conducta teniendo en cuenta el carácter voluntario de su aplicación mediante el establecimiento de medidas disuasorias proporcionadas a la naturaleza de las infracciones. Con esta perspectiva, deberían preverse, en su caso, procedimientos de recurso y de mediación. Los códigos de conducta deberían incluir normas apropiadas en la materia”²²⁰.

También según la Recomendación que venimos comentando, en el proceso de elaboración de estos códigos debe garantizarse la consulta y la representatividad de las partes interesadas. “El objetivo es garantizar que la definición, aplicación y evaluación del marco nacional de autorregulación se hagan con plena participación de las partes interesadas, tales como los poderes públicos, los usuarios, los consumidores y las empresas que intervienen de forma directa o indirecta en la industria de los servicios audiovisuales y de información en línea. Deberán establecerse claramente las responsabilidades y funciones respectivas de las partes interesadas, tanto públicas como privadas. El carácter voluntario de la autorregulación supone que la aceptación y la eficacia de un marco nacional de autorregulación dependerán del nivel de colaboración activa de todas las partes en su definición, aplicación y evaluación”.

²²⁰ Es interesante tener en cuenta que esta recomendación no ha atendido la propuesta del Comité de las Regiones, relativa a que los códigos contuviesen una información sobre la responsabilidad penal, civil o administrativa en la que se puede incurrir por su incumplimiento. Reflexión del Comité de las regiones: “Por lo que atañe a los códigos de conducta, es conveniente recordar, ante todo, que constituyen un útil mecanismo de autorregulación preventivo, que garantiza que las normas sean aceptables y permite reaccionar ágil y rápidamente ante comportamientos presumiblemente nocivos o ilícitos. Sentado estos, la autorregulación no debe tener como consecuencia la supresión del principio de responsabilidad de las partes implicadas, sino que debe posibilitar la evaluación de los esfuerzos hechos por las partes para cumplir con sus obligaciones. Se recordará en este orden de cosas, que un mecanismo de autorregulación no sustituye un marco normativo sino que se inscribe siempre en éste (...) Los códigos de conducta podrían contener asimismo una información dirigida a las partes afectadas sobre la naturaleza de la responsabilidad -penal, civil, administrativa- en que incurrirían respecto de los marcos normativos nacionales, así como sobre la naturaleza de las sanciones que se les podrían imponer en caso de violación de las normas”: Dictamen del Comité de las Regiones sobre: la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones relativa al seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los menores y la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información”; y la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones -Plan de fomento de la seguridad en la utilización de Internet” (98/C 251/10).

Con el fin de conseguir la efectividad de estas recomendaciones, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron la Decisión 276/1999/CE, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un Plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales²²¹. Según reza el artículo 2 de la citada Decisión, el Plan de acción tiene el objetivo de propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet y fomentar a nivel europeo la creación de un entorno favorable para el desarrollo de la industria vinculada a Internet. Para cumplir este objetivo se fomenta la autorregulación de los profesionales del sector y los mecanismos de supervisión de los contenidos –con especial atención a los relativos a la pornografía infantil, así como a aquellos que inciten al odio por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad u origen étnico-.

Las principales líneas de actuación de este plan de acción recogen, en realidad, los principales contenidos de las Resoluciones que hemos mencionado hasta el momento. Entre ellos cabe citar, en primer lugar, la previsión de crear una red de líneas directas a las que puedan acceder los usuarios de Internet para informar a las autoridades competentes sobre la circulación de contenidos ilícitos y nocivos en la red. Para que estas líneas sean operativas se fomenta, en este sentido, la coordinación entre autoridades nacionales, suministradores y operadores de la red. En segundo lugar, se prevé la elaboración de sistemas de filtro y clasificación (PICS). Puesto que son los profesionales quienes pueden crear estos filtros, se apela a su responsabilidad. En tercer lugar, se fomenta la cooperación de las empresas que operan en la red para la creación de códigos de conducta que regulen sus actividades en Internet. En esta línea de actuación se prevé también el desarrollo de directrices en el ámbito europeo para la elaboración de códigos de conducta, a fin de lograr un consenso para su aplicación y apoyar su ejecución. De acuerdo con el apartado 1.2 del Anexo de este plan plurianual, “la acción se llevará a cabo a través de un concurso cuya finalidad será seleccionar organizaciones que puedan ayudar a los organismos de autorregulación a crear y poner en práctica los códigos de conducta”. En cuarto lugar, y en estrecha relación con el establecimiento de códigos de conducta, se fomenta también la creación de un sistema de “etiquetas acreditativas de sitios web de calidad”, con el fin de que los usuarios

²²¹ DOCE L 33, de 6 de febrero de 1999, p. 1.

puedan identificar a los proveedores que operen de conformidad con dichos códigos de conducta.

Resumiendo los principales aspectos que hemos analizado puede comprobarse que la Unión Europea apuesta decididamente por la profesionalización, por un lado, de los titulares de bancos de datos de carácter personal y, por el otro, de los operadores de la red, principalmente los proveedores de servicios de Internet. Estos últimos, no sólo deben velar por los contenidos que circulan en Internet, sino que deben también facilitar el acceso a todos los usuarios. En este sentido, la protección del derecho de igualdad, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a los servicios de la red, también es objeto de preocupación por parte de la Unión Europea. Desde sus instituciones se ha puesto de manifiesto que la rapidez del avance de las tecnologías, los costes económicos de las mismas y, por tanto, las dificultades de acceso que puede suponer para muchos colectivos sociales, podrían vulnerar el mencionado derecho²²².

En último término, y sin pretensión de agotar todos los problemas que plantea el uso de las nuevas tecnologías, parece que también es necesario proteger a los consumidores de las “amenazas invisibles” que se ciernen sobre ellos debido a la sustitución de los “componentes físicos” por los “componentes lógicos o virtuales”²²³.

²²² Esta problemática es planteada también, entre otras, en la Resolución sobre “Europa y la sociedad de la información. Recomendaciones al Consejo Europeo y sobre una comunicación de las Comunidades Europeas sobre *Europa en marcha hacia la sociedad de la información. Plan de actuación*” [DOCE C 230, de 28 de octubre de 1996, p. 164]. En ella podemos leer consideraciones como la que aquí se transcribe: “(...) se está produciendo un distanciamiento creciente entre el ritmo de la innovación tecnológica, la amplitud de las transformaciones que ésta introduce y la capacidad del sistema para absorberlas; [se solicitan], por tanto, normas que respondan a la ética social y a los principios democráticos”.

En la misma línea, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre: *La mundialización y la sociedad de la información. Necesidad de reforzar la coordinación internacional*” [DOCE C 284, de 14 de septiembre de 1998, p. 6]. En este Dictamen “el Comité señala que habrá que cuidar que la autorregulación no introduzca discriminaciones de carácter social o exclusiones que vayan en detrimento de determinados grupos de usuarios”.

²²³ Se refiere a la “amenaza invisible” que se cierne sobre el consumidor de la sociedad de la información S. CAVANILLAS MÚGICA, en “La protección del consumidor y la sociedad de la información: una revisión estratégica”, *RGLJ*, n.º 4, 1999, p. 435. Según este autor, esta “amenaza invisible” se produce en dos campos principales. “El primero de estos campos es el de las páginas de comercio electrónico, que representan a un vendedor o suministrador carente de sede física. La contratación se produce “en algún lugar del universo” invisible para el consumidor”. El segundo de estos campos está relacionado con la existencia misma de la empresa con la que se contrata: “la empresa y la organización virtuales, entendida la primera como una empresa del sector terciario o cuaternario que combina el teletrabajo con un sistema de comercialización a distancia y la segunda como un grupo de empresas, generalmente relacionadas verticalmente, que comparte la plataforma tecnológica de comercio

Más en concreto, los consumidores deben ser protegidos, por ejemplo, de la difusión por Internet de contenidos publicitarios ilegítimos y es necesario garantizarles una mínima seguridad en sus transacciones comerciales a través de la red. Los usuarios del espacio virtual que decidan vehicular sus negocios comerciales a través de Internet, deben convencerse, por ejemplo, de que la información que reciben es confidencial y de que el sistema de pagos es seguro. Dichos usuarios necesitan también garantías sobre el mantenimiento de la integridad de los documentos electrónicos y la de los datos que utilizan, y deben poder confiar asimismo que tales documentos pueden utilizarse como evidencia legal, y que están suficientemente protegidos de cualquier vulneración o transformación maliciosa. Se trata, en definitiva, de ofrecer mecanismos que permitan garantizar la seguridad en la utilización de Internet, que ofrezcan la confianza necesaria a los usuarios²²⁴. Así pues, quedan por analizar las acciones emprendidas por la Unión Europea en materia de protección de consumidores y usuarios y en materia de seguridad de las transacciones electrónicas.

Respecto a la protección de consumidores y usuarios, el Parlamento Europeo observa que en los distintos Estados, con este fin, existen regulaciones distintas que afectan al régimen jurídico de las profesiones liberales. Observa también que estas regulaciones pueden provenir de los mismos Estados, de organismos de autoadministración o de organismos de autorregulación. Para lograr la armonización de estos aspectos se ha aprobado Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior²²⁵. Esta norma establece una regulación de mínimos y, en una clara acción de fomento de la autorregulación normativa, en la medida en que considera que el mejor instrumento de protección de los consumidores y usuarios reside en la aprobación de códigos de conducta que regulen las relaciones entre las empresas, los profesionales y

electrónico (gestión de producción y almacén de comercialización) y se presenta al cliente como si se tratara de una única empresa”.

²²⁴ Según M. A. DÁVARA RODRÍGUEZ, “Firma electrónica y autoridades de certificación: el notario electrónico”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2000, p. 149: “El gran problema que impide en la práctica la utilización masiva de Internet es la falta de conocimientos, formación e información que permita otorgar la confianza necesaria para su uso; se trata de un problema de confianza basado en la falta de seguridad que rodea a la denominada red de redes; falta de seguridad física, falta de seguridad lógica y, cómo no, falta de seguridad jurídica.”

²²⁵ DOCE L 178, de 17 de julio de 2000. Esta Directiva ha sido recientemente incorporada a nuestro ordenamiento, mediante la aprobación de la Ley de Servicios de la sociedad de la información [BOE de 12 de julio de 2002].

los destinatarios de su actividad y anima a los Estados miembros a que fomenten este tipo de iniciativas²²⁶. Aunque se impone, pues, la participación de consumidores y usuarios en la elaboración de los códigos de conducta éstos responden, principalmente, a las manifestaciones, ya analizadas en otros ámbitos, de autorregulación de los profesionales.

Por su parte, la propia UE se propone fomentar la elaboración de un código tipo, consensuado entre la industria y las organizaciones de consumidores, mediante la creación de un sello de calidad que podrán obtener las empresas que cumplan con las normas establecidas en el mismo. Este código deberá recoger normas estrictas sobre confidencialidad, reembolso y condiciones contractuales de venta o de prestación de servicio en las transacciones comerciales²²⁷.

Para la resolución de los conflictos entre consumidores y usuarios, artículo 17 de la Directiva sobre comercio electrónico, se refiere a la “solución extrajudicial de litigios” y obliga a los Estados miembros a establecer fórmulas que permitan “utilizar de forma efectiva mecanismos de resolución extrajudicial, incluso utilizando vías

²²⁶ Así, según el artículo 16.1 de la citada Directiva, “los Estados miembros y la Comisión fomentarán (a) la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario a través de asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores”, con el fin de que se apliquen correctamente determinados preceptos de esta norma. Cuando resulte adecuado, a fin de tener en cuenta sus necesidades específicas, deberá consultarse a las asociaciones que representen a los discapacitados y a los malvidentes.

Según S. CAVANILLAS MÚGICA, en “La protección del consumidor y la sociedad de la información...”, op. cit., p. 488: “La UE supera así el modelo de mera autorización de la autorregulación, contenido, por ejemplo, en el art. 5 de la Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, y se adscribe a una política decididamente promotora de la autorregulación, siguiendo el ejemplo de la Directiva sobre protección de datos personales (art. 27)”.

²²⁷ Se prevé que el contenido del código, auspiciado por la Comisión europea, sea consensuado entre la industria y las organizaciones de consumidores. Se trata de una apuesta por la autorregulación de los sectores implicados, que tendrán la posibilidad de suscribir el código de conducta para aumentar la confianza en los consumidores. El primer paso conseguir estos objetivos consistió en encomendar a EASA que hiciese una recopilación de los códigos de autorregulación existentes en la materia y fomentar la participación de los sectores interesados en la redacción del código.

Sobre ello véase la Resolución sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social relativa al seguimiento del Libro Verde sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior [DOCE C 104, de 14 de abril de 1999, p. 130]. Esta resolución analiza algunos de los problemas de imposición de sanciones por infracciones realizadas en el ámbito de las comunicaciones comerciales. Intenta fomentar el principio del reconocimiento mutuo de las legislaciones nacionales en la materia. No obstante la Comisión se pronuncia a favor de que, cuando las sensibilidades nacionales sean demasiado divergentes para aplicar el principio de reconocimiento mutuo, el problema se aborde en la medida de lo posible mediante la autorregulación; por ello pide a la Alianza Europea para la Ética en la Publicidad (EASA, *European Advertising and Standard Alliance*) que cree y gestione una base de datos sobre códigos de autorregulación.

electrónicas adecuadas”²²⁸. Los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios de consumo deben respetar el ordenamiento jurídico comunitario y deben aplicar los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia del procedimiento, legalidad de la decisión, libertad de las partes y representación²²⁹. Estos instrumentos de autorregulación resolutoria deben responder, asimismo, a un elevado nivel de profesionalidad de los terceros que resuelven, o que ayudan a resolver, los conflictos entre los particulares.

En un ámbito más concreto, específicamente, en materia de pagos transfronterizos, la Comisión inició una apuesta por la autorregulación, fomentándola, con la intención de que el sector bancario se dotase, como efectivamente ha ocurrido, de un código de actuación, con el objeto de evitar con ello la necesidad de aprobar una directiva sobre este tema²³⁰.

²²⁸ En la misma línea de fomento de instrumentos de autorregulación resolutoria, la Directiva de 20 de mayo de 1997, sobre Protección de los Consumidores en materia de Contratos a Distancia, también remite a los Estados el establecimiento de sistemas de resolución de conflictos de carácter administrativo y extrajudicial. En el ordenamiento interno español, en desarrollo de otras muchas normas comunitarias, la remisión a fórmulas extrajudiciales se ha convertido en una práctica reiterada. Puede citarse aquí, entre otros: el artículo 54 de la Ley de General Telecomunicaciones de 1988, que remite a las Juntas Arbitrales reguladas en la Ley de Protección de Consumidores para la resolución de determinadas controversias; el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre de 1999, sobre Firma Electrónica, que también apela a este tipo de procedimientos; así como la Orden de 21 de marzo de 2000, por la que se regula la asignación de nombres de dominio de Internet bajo el código “.es”, que también se remite, en su artículo 6, a la posibilidad de someter los conflictos entre usuarios a procedimientos de arbitraje.

²²⁹ Véanse al respecto la Comunicación de la Comisión relativa a “la mejora del acceso de los consumidores a mecanismos alternativos de solución de litigios” [DOCE C 161, de 4 de abril de 2001]; y la Recomendación 2001/310/CE, de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo [DOCE L 109, de 19 de abril de 2001].

²³⁰ A instancias de la Comisión, las principales organizaciones del sector del crédito al nivel comunitario (la Federación Europea de Banca, la Federación Europea de Cajas de Ahorro y la Asociación de Bancos Cooperativos de la Unión Europea) habían elaborado directrices para la información destinada a los clientes sobre los sistemas de pago transfronterizos. Dichas organizaciones se declararon en consecuencia dispuestas a esforzarse en la aplicación de las citadas directrices. Se elaboró un estudio y se emitieron diversas comunicaciones por las que se apelaba a dichas instituciones que obtuviesen determinados resultados en materia de transparencia y eficacia por medio de la autorregulación. El 17 de diciembre de 1992, tales organizaciones crearon en Bruselas un organismo común, el ECBS (*European Committee for Banking Standards*) para la normalización del servicio de pagos transfronterizos.

Las directrices iniciales que habían adoptado estas organizaciones parecían un paso importante para llegar a un acuerdo sobre las especificaciones y normas técnicas bancarias y para la aprobación de un código de conducta. Sobre dichas directrices se recabó en audiencia la opinión de los usuarios de los sistemas de pago transfronterizos (consumidores, comercio, PYME) representados en el Grupo de trabajo PSULG de la Comisión. Las directrices podrían desarrollarse en forma de Código o Carta, en los cuales los responsables de la prestación de servicios en el sector de los pagos transfronterizos asuman determinadas obligaciones. Entre las obligaciones que se impusiese un código deontológico debería figurar la de asignar a las entidades de crédito el cometido especial de informar a sus clientes sobre las ventajas e inconvenientes de cada medio de pago (transferencia, cheque, tarjeta), el tiempo que se exige habitualmente el realizarla y los costes aproximados. Para los clientes las condiciones deben ser transparentes y debe existir la posibilidad de comparar entre las ofertas de entidades bancarias

El segundo de los aspectos mencionados, esto es, la necesidad de ofrecer mayores niveles de seguridad en las transacciones comerciales, es objeto de reflexión por parte de la Unión Europea en los diversos documentos preparatorios de la Directiva sobre la firma digital y el cifrado²³¹. La firma digital tiene por objeto garantizar la identidad de las partes contratantes y el origen de los mensajes (autenticación). Con el cifrado se pretende proteger los mensajes frente a intrusiones indebidas (integridad) y garantizar la confidencialidad de las comunicaciones.

La regulación vigente en esta materia se encuentra, en el ámbito estatal, en el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre de 1999, sobre la firma electrónica²³². En términos generales, esta norma prevé la existencia de unos organismos de certificación, que deben garantizar la seguridad de las transacciones comerciales. La certificación, por parte de estos organismos, del cumplimiento de las normas técnicas sobre firma digital y cifrado gozan de una presunción de conformidad a los requisitos de seguridad fijados por la misma norma²³³. Los organismos de certificación deben tener

competidoras. Ya que cada vez existen más clientes con cuentas en varias entidades simultáneamente, en lo que a la transparencia se refiere se puede tener confianza en la competencia.

Este proceso se encuentra parcialmente reflejado en el Dictamen sobre la Comunicación y el Proyecto de propuesta de Directiva sobre la transparencia y eficacia de los pagos transfronterizos a distancia [DOCE C 388, de 31 de diciembre de 1994, p. 32].

²³¹ A título de ejemplo, en el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, relativo al fomento de la seguridad y la confianza en la comunicación electrónica. *Hacia un marco europeo para la firma digital y el cifrado*” [DOCE C 157, de 25 de mayo de 1998, p. 1], se considera, en primer lugar, que, para garantizar un uso seguro de las redes, la Comisión debe animar a la industria y a los organismos internacionales de normalización para que elaboren normas técnicas y de infraestructura. En segundo lugar, se reconocen las limitaciones de la intervención legislativa o reglamentaria de la UE o de los Estados miembros en esta materia. En este sentido el CES considera que, exceptuando las disposiciones necesarias para dar valor legal a los contratos, debe dejarse un amplio margen a la autorregulación (códigos de conducta). Esta última debería abarcar, en particular, la compatibilidad de los nuevos sistemas con los anteriores, la garantía de que los sistemas cerrados y abiertos se rigen por los mismos principios y normas de seguridad, así como la igualdad de condiciones entre participantes de países diferentes. La intervención de las autoridades públicas debería limitarse al control del funcionamiento de los sistemas y de su conformidad con los principios generales del mercado único.

En otro orden de consideraciones, en la Resolución sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre una iniciativa europea de comercio electrónico [DOCE C 167, de 1 de junio de 1998, p. 203], puede leerse que: “(...) el Parlamento apoya la creación de un mecanismo internacional de arbitrio, autorregulado por la industria, para resolver los litigios sobre las transacciones de comercio electrónico cuando los órganos actuales demuestren no ser adecuados.”

²³² Este Decreto deberá ser adaptado, en alguno de sus contenidos, a las previsiones de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, del Parlamento y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior [DOCE L 178, de 17 de julio de 2000].

²³³ En concreto, el artículo 19 del Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre de 1999, sobre la firma electrónica establece los requisitos que deben poseer los dispositivos de creación de firma

unas especiales capacidades técnicas, un grado de profesionalización suficiente que les de credibilidad en su función de comprobación de la adecuación de un producto de firma digital o de cifrado a las normas técnicas. Para garantizar esta profesionalización se establece, con una regulación algo confusa, un sistema de acreditación de estos organismos. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los organismos de certificación de productos en el ámbito industrial, la acreditación es, en este caso, de carácter voluntario²³⁴.

A pesar de la diversidad de contenidos y manifestaciones de la autorregulación regulada en el ámbito de las nuevas tecnologías, todas ellas poseen ciertas características comunes. La autorregulación, en primer lugar, se encuentra fomentada por la Unión Europea. Sin embargo, junto con esta acción de fomento, se establecen también ciertas garantías relacionadas con el contenido de la autorregulación normativa -los fines que debe satisfacer o los sujetos que deben intervenir en su aprobación-, o con los principios que deben regir la autorregulación resolutive –transparencia, objetividad, entre otros-. Se pretende aumentar el grado de profesionalización de los operadores de la red, atribuyendo a éstos la responsabilidad directa de gestionar los riesgos derivados

electrónica para ser considerados dispositivos seguros. A su vez, según el artículo 20 de la misma norma establece una presunción de conformidad de los productos de firma electrónica que se ajusten a las normas técnicas cuyos números de referencia hayan sido publicados en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Sin perjuicio de esta presunción, los números de referencia de esas normas se publicarán en el Boletín Oficial del Estado. Asimismo, el artículo 21 reza como sigue: “Los órganos de certificación a los que se refiere el artículo 6 podrán certificar los dispositivos seguros de creación de firma electrónica, previa valoración de los informes técnicos emitidos sobre los mismos, por entidades de evaluación acreditadas. En la evaluación del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 19, las entidades de evaluación podrán aplicar las normas técnicas respecto de los productos de firma electrónica a las que se refiere el artículo anterior u otras que determinen los órganos de acreditación y certificación, y cuyas referencias se publiquen en el “Boletín oficial del Estado”.

²³⁴ En este sentido, en primer lugar, el art. 6.1 del RDL 14/1999 establece un sistema voluntario de acreditación: “El Gobierno podrá establecer sistemas voluntarios de acreditación de los prestadores de servicios de certificación de firma electrónica, determinado, para ello, un régimen que permita lograr el adecuado grado de seguridad y proteger debidamente los derechos de los usuarios”. A renglón seguido, el art. 6.2. remite, en lo que atañe a los organismos de certificación, a la regulación general contenida en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones y en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria “y en la demás legislación vigente sobre la materia”. El art. 6.3 establece que: “Las normas que regulen los sistemas de acreditación y de certificación deberán ser objetivas, razonables y no discriminatorias. Todos los prestadores de servicios que se sometan voluntariamente a ellos, podrán obtener la correspondiente acreditación de su actividad o, en su caso, la certificación del producto de firma electrónica que empleen”. En la obtención de la acreditación o certificación, se tendrán en cuenta los informes técnicos que emitan las entidades de evaluación: “Los órganos competentes para el ejercicio de las funciones a que se refiere el apartado anterior valorarán los informes técnicos que emitan las entidades de evaluación sobre los prestadores de servicios que hayan solicitado su acreditación o los productos para los que se haya pedido certificación” (art. 6.4). Según el artículo 6.5: “A los efectos de este Real decreto Ley, sólo podrán actuar como entidades de evaluación aquellas que hayan sido acreditadas por el organismo independiente al que se haya atribuido esta facultad por el Real decreto al que se refiere el apartado primero de este artículo”.

de su actividad. Para ello se pretende que los profesionales que operan en Internet se doten de diversos instrumentos de autorregulación normativa. Así, por un lado, tales profesionales deben desarrollar y aplicar las normas técnicas necesarias para garantizar aquellos derechos que podrían poner en peligro mediante su actividad; y, por el otro, deben dotarse de códigos de conducta que garanticen su profesionalidad, su sometimiento a los deberes que les competen en tanto que profesionales de un determinado sector. Como complemento, se establecen algunos mecanismos de certificación del cumplimiento de tales normas –autorregulación declarativa- y se prevén asimismo mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos basados, normalmente, en el contenido de los códigos –autorregulación resolutiva-.

Estas iniciativas comunitarias pueden encontrar un respaldo inmediato en la actividad de la “Agencia de Calidad y de Autorregulación de Internet”, que se constituirá en breve en España, bajo los auspicios de diversas instituciones, públicas y privadas, con el objeto de fomentar la autorregulación de la red²³⁵.

4. Estructuras e instrumentos de autorregulación.

La propia estructura de la red implica que las estructuras de autorregulación sean difíciles de delimitar con exactitud. Existen múltiples organizaciones formales e informales, que operan en Internet y que se autorregulan de algún modo.

²³⁵ Según informa “La Vanguardia Digital” de 10 de julio de 2002, la iniciativa de creación de esta Agencia proviene de un proyecto presentado por el “Consell de l’Audiovisual de Catalunya”, al cual se han adherido: la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones; la Secretaría de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información de la Generalitat; diversas Administraciones locales –el Ayuntamiento de Barcelona y las Diputaciones provinciales catalanas-; diversos los Colegios oficiales catalanes –de Notarios, de Ingenierías en Informática, de Ingeniería Técnica en Informática, de Ingenieros de Telecomunicaciones y de Ingenieros Técnicos de Telecomunicaciones-; el PuntCat (organismo gestor del portal de “Administració oberta de la Generalitat”); el “Centre de Supercomputació de Catalunya” (CESCA); la “Fundació Catalana per a la Recerca”; la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE); y la “Universitat Oberta de Catalunya” (UOC).

La Agencia, que puede estar en pleno funcionamiento en septiembre de 2002, tendrá encomendada la misión de promover criterios de autorregulación de contenidos; mediar en conflictos entre proveedores de acceso, proveedores y distribuidores de servicios y usuarios; contribuir a crear patrones contractuales, sistemas de evaluaciones y certificados de calidad; controlar la calidad y la cantidad de la publicidad; impulsar la implantación voluntaria de tecnologías y filtros de protección del usuario; y redactar informes sobre la red. Sus perfiles parecen responder, según estos datos, a los propios de una Administración independiente cuya función se centrará, básicamente, en la regulación de la autorregulación.

Puesto que muchos de los problemas de Internet poseen un elevado componente técnico en muchos casos, son, como hemos señalado, los propios técnicos quienes se encargan de buscarles solución. Hemos analizado ya cómo se estructuraron en su momento las principales organizaciones de gobierno de la red. Con unos fines mucho más modestos, existen también asociaciones de técnicos e ingenieros que tienen por objeto informar a los asociados y desarrollar medios técnicos de seguridad en Internet.

A título de ejemplo, la creciente piratería informática ha impulsado a un grupo de líderes empresariales y de la industria tecnológica a lanzar una campaña para la seguridad en Internet. El grupo, que se autodenomina “Alianza de Seguridad en Internet”, anunció en Washington que proyecta integrar a miembros de todo el mundo. El propósito principal de la alianza consiste en proporcionar a sus miembros informes, lo más actualizados posible, sobre amenazas informáticas, normas sobre prácticas generales y estrategias para el control de riesgos²³⁶.

Entre tales estrategias existen diversas soluciones de marcado carácter técnico. De este modo, en el ámbito de Internet, además de los instrumentos de autorregulación normativa, declarativa o resolutive, podemos hablar también de la utilización de medios estrictamente técnicos de autorregulación. La utilización de protocolos técnicos y de tecnologías de cifrado en la seguridad en las transacciones electrónicas son un ejemplo de ello²³⁷. También la utilización de sistemas de filtro, como medio proporcionado por

²³⁶ Los principales promotores de la campaña son la Asociación de Industrias Electrónicas, con 2.300 miembros en Estados Unidos, y el Instituto de Ingeniería de Programas, que funciona con fondos federales. La campaña utilizará principalmente al Centro de Coordinación CERT que se dedica prioritariamente al análisis de fallos de programas, redes y sistemas informáticos. Según manifestó en una conferencia de prensa Rich Pethia, director del Centro de Coordinación CERT, su entidad advertirá sobre amenazas a la seguridad informática. Dijo que con esa labor se impedirá intrusiones de piratas informáticos, que el año pasado paralizaron las operaciones de empresas de Internet como e-Bay, Yahoo, ZDnet y la cadena de televisión CNN: “Hemos comenzado a advertir la existencia de una tecnología inquietante” para la realización de esos ataques informáticos, expresó Pethia. Dijo que esos ataques han tomado la forma de invasiones de sistemas y transmisión de virus, y de los 900 registrados en 1999 aumentaron a 21.000 el año pasado. La Alianza de Seguridad en Internet señaló en un comunicado que proyecta incluir “a todas las industrias y sectores del mercado con el fin de desarrollar un enfoque verdaderamente global ante los problemas inherentes al comercio y las comunicaciones electrónicas”, indicó.

²³⁷ Por lo visto, existen diversos protocolos de seguridad, fundados en la normalización aplicada al ámbito de Internet. Entre ellos puede citarse el protocolo SSL (*Secure Sockets Layer*), que responde al requisito de seguridad SET (*Secure Electronic Transaction*), promovido por VISA y MasterCard. Estos protocolos, así como la tecnología de cifrado que está en la base de las firmas electrónicas, se fundamentan en algoritmos de claves simétricas o asimétricas, privadas y públicas. Los algoritmos más extendidos son el DES (*Data Encryption Standard*), que es un algoritmo simétrico de clave privada, y el RSA (*Rivest-Shamir-Adelman*), que es un algoritmo asimétrico de clave pública. Sobre ello véase

los empresarios o proveedores de Internet, puede caracterizarse como un mecanismo técnico de autorregulación. Los sistemas de filtro están basados en programas informáticos selectivos que bloquean el acceso a determinados documentos, pero no a otros, permitiendo así limitar el acceso de determinados usuarios –como los menores- a determinados contenidos. Naturalmente, el establecimiento de estos sistemas técnicos requiere una actividad previa de autorregulación normativa, tendente a la clasificación de los contenidos. La Unión Europea, viene apoyando, en esta línea, el desarrollo de la denominada PICS (*Platform for Internet Content Selection*). La PICS consiste en “un servicio para seleccionar contenidos en Internet que lanzó oficialmente la World Wide Web Consortium. Estos filtros pueden programarse en un triple sentido: 1) Lista blanca, dejando pasar solamente aquellos servicios o informaciones que previamente han sido registrados; 2) Lista negra, bloqueando aquellos servicios o programas a los que no se desea tener acceso. Se ha hecho famosa la lista CyberNot, que abarca unos siete mil programas clasificados como nocivos por sus contenidos de violencia, obscenidad, racismo, cultos satánicos, drogas...; 3) Etiquetado neutro, permitiendo construir un menú de servicios personalizados para cada usuario”²³⁸.

En lo relativo a la autorregulación normativa, las normas técnicas de protección de datos y los códigos éticos constituyen, claramente, el sistema más extendido en Internet. La mayoría de estos códigos son aprobados por asociaciones que agrupan a profesionales de un determinado sector e incorporan, para garantizar su eficacia, el establecimiento de sistemas de autorregulación resolutive, mediante la previsión de sanciones aplicables en caso de incumplimiento. Se crean, pues, en el marco de un ordenamiento privado, que posee la peculiaridad de configurarse como un sistema abierto, con vocación de extender su aplicación al mayor número posible de subscriptores del código.

Estas características pueden advertirse, por ejemplo, en el Código Ético sobre Publicidad en Internet de la AAP, aprobado el mes de abril de 1999. Dicho Código contiene una serie de normas generales aplicables a las comunicaciones comerciales

“Seguridad en las transacciones electrónicas”, *Banca & Finanzas*, n.º 24, 1997; y R. JULIÀ BARCELÓ y T. VINJE, “Hacia un marco europeo sobre firmas digitales y criptografía. La Comisión Europea da un paso adelante en pro de la confidencialidad y seguridad de las comunicaciones electrónicas”, *RDM*, n.º 228, 1998, pp. 696-697.

²³⁸ A. E. PÉREZ LUÑO, “Internet y Derecho”, op. cit., p. 275.

realizadas en Internet²³⁹. El Jurado de la AAP es el órgano encargado de resolver las posibles reclamaciones que se puedan presentar contra anuncios concretos por infracción de este Código²⁴⁰. Sin embargo, este código no tiene vocación de ser aplicado solamente a los socios de la AAP. Los interesados en suscribirlo pueden hacerlo mediante la incorporación de sus datos en un *link* creado al efecto en la página web de esta asociación. Las empresas que suscriban este código pueden utilizar el Sello de Confianza de Autocontrol, que es una imagen digital que -insertada en la página Web de la empresa-, enlaza con el Código Ético sobre publicidad²⁴¹.

La mayoría de Códigos de autorregulación en Internet poseen una estructura similar. Recogen los principios y normas que deben respetar quienes se adhieran al mismo, facilitan que sus firmantes puedan utilizar un Sello o una marca que acredite su vinculación a tales normas, y prevén algún tipo de sanción por su incumplimiento²⁴².

²³⁹ Entre tales normas destacan: la necesidad de identificación del anunciante y de la publicidad como tal; la protección de datos personales; la información que se debe proporcionar a sus destinatarios; así como normas de protección a los menores; normas de respeto a los derechos de propiedad industrial e intelectual; y normas de competencia desleal. El Código Ético sobre Publicidad en Internet de la AAP también establece una serie de normas aplicables a la publicidad por chat y correo electrónico, y a la publicidad en grupos de noticias, charlas y similares.

²⁴⁰ La primera actuación del Jurado de la AAP en Internet tuvo lugar en noviembre de 1999, según el Diario “Cinco Días”, de 29 de noviembre de 1999. Según la noticia publicada en el citado rotativo, el Jurado de la AAP solicitó la retirada de un anuncio en Internet de la empresa Publipunto que hacía promoción de un producto adelgazante, por entender que se trataba de un supuesto de publicidad engañosa. La empresa Publipunto anunció, a los pocos días, que ya había retirado el anuncio de la red.

²⁴¹ Sobre este código puede consultarse el artículo de M. GALLARDO MESEGUER, “Código Ético de Publicidad en Internet”, *Carta Mercantil*, n.º 16, 2000, pp. 9 a 15, así como la página web de la AAP (www.aap.es)

²⁴² Este es el caso, por ejemplo, del Código deontológico de la empresa ASIMELEC para proveedores de servicios de Internet. La suscripción y aceptación de lo establecido en este código permite al firmante el uso de un logotipo de garantía, así como la sumisión a un sistema de sanciones por incumplimiento del Código –que pueden ir del simple apercibimiento a la privación del uso del citado logotipo o, incluso, la expulsión de la Comisión de Internet de ASIMELEC-. En este caso, las sanciones serán impuestas por un Comité creado *ad hoc*, formado por el Director de esta empresa, el Presidente de la Comisión de Internet de la misma, y dos miembros de la citada Comisión elegidos entre sus componentes. (Véase: <http://www.asimelec.es>).

Entre los códigos que regulan algún aspecto puntual de las actividades realizadas en Internet, gestados en España, pueden citarse: el “Código de Protección de Datos Personales en Internet”, de la Asociación Española de Comercio Electrónico (@ECE). Se trata de un código que regula, básicamente, la privacidad de los datos personales suministrados on-line (<http://www.@ece.es>); o el Convenio de autorregulación para el buen uso de Internet en España, impulsado por la Asociación de Usuarios de Internet (AUI) (<http://www.aui.es>).

Cabe señalar también que, como respuesta a la desmesurada influencia de los videojuegos en la formación de los menores, y los contenidos mayoritariamente violentos de los mismos, la Asociación Española de Distribuidores de Software de Entretenimiento (ADESE) a aprobado, a propuesta del Instituto Nacional de Consumo y como consecuencia de la Moción del Pleno del Senado de 23 de febrero de 1999, un “Código de autorregulación sobre el etiquetado y publicidad de los productos de software de entretenimiento”. El código tiene vocación de aplicarse a todos los productos de software de entretenimiento, cualquiera que sea su formato o plataforma de uso. Su objetivo básico consiste en proporcionar a los consumidores la información sobre las edades para las que un producto se considera

Tanto en España como en nuestros países vecinos, han sido los proveedores de servicios de Internet quienes han asumido mayores responsabilidades en la autorregulación de sus actividades, creando asociaciones y organismos de autocontrol y aprobando códigos de conducta que responden, en sus rasgos generales a la estructura que venimos comentando²⁴³.

En lo que se refiere a los sistemas específicos de autorregulación resolutoria cabe señalar la existencia de dos modelos. En algunos casos, las sanciones por incumplimiento de códigos de conducta o el sometimiento a sistemas arbitrales de resolución de conflictos obliga a recurrir a las organizaciones privadas que han aprobado los códigos y que se atribuyen la función de resolver los conflictos planteados en aplicación de los mismos. Sin embargo, se están desarrollando también sistemas de arbitraje virtual, cuya utilización está ampliamente extendida en Estados Unidos.

Estos mecanismos virtuales son fundamentales para que los consumidores, al igual que las empresas, dispongan de instrumentos necesarios para resolver sus diferencias mediante mecanismos alternativos a la vía judicial, sobre todo si las partes se encuentran en jurisdicciones diferentes. Entre tales mecanismos no sólo se prevé el arbitraje, sino también la evaluación neutra previa, el peritaje, la conciliación y la mediación. Sobre la base de estos instrumentos de resolución extrajudicial de controversias están en marcha ya diversas experiencias –Webtrader, ECODIR,

apto. Para ello, se establece un sistema de clasificación y etiquetado y se constituye un Comité de seguimiento, con representación de todos los operadores relacionados con la producción y el uso de estos productos. Este código puede ser consultado en <http://www.consumo-inc.es/codigoetico.htm>

Entre los Códigos de autorregulación gestados por organizaciones internacionales pueden citarse, a título de ejemplo las *ICC Guidelines on Advertising and Marketing on the Internet (principles for responsive advertising and marketing over the Internet, world wide web, online services and electronic networks)* (<http://www.aap.es>); y al Código de Conducta Profesional de CEPIS (*Council of European Professional Informatics Societies*), que es asumido también, por formar parte de esta organización europea, por la Asociación de Técnicos de Informática de España (ATI) (<http://www.ati.es>).

²⁴³ Pueden citarse al respecto: el “Código de Conducta de la Asociación Nacional de proveedores telemáticos (Anprotel)” (<http://www.anprotel.org>) (España); el “Código de conducta de la Asociación de proveedores de servicios de Internet de Bélgica” (<http://www.ispa.be/en/c030201.html>) (ISPA Belgium) (<http://www.ispa.be/en/c020000.html>); el “Código de conducta para proveedores de servicios de Dinamarca” (<http://www2.echo.lu/legal/de/internet/wp2de-cap.html>); la “Charte de l’Internet” francesa, (<http://www.planete.net/code-internet/ccode2.html>), directamente relacionada con la actividad de la *Association Française des professionnels de l’Internet* (AFPI); y el “Código de conducta de la Associazione Italiana Internet Providers (AIIP)” (<http://www2.echo.lu/legal/de/wp2de.cahp.html>). En el Reino Unido es destacable la creación, en 1995, de la Internet Service Providers Association (ISPA) y, un año después de la Internet Watch Foundation (IWF), formada por proveedores de internet, asociaciones de comercio, gobierno y policía, como organismo de autocontrol de la economía. (<http://www.internetwatch.org.uk>). La mayor parte de estas organizaciones están agrupadas en la Asociación Europea de Proveedores de Servicios (EuroISPA).

Cybercourt, e-Mediator y ODR.NL- que combinan los métodos tradicionales con las ventajas de las nuevas tecnologías²⁴⁴.

En la misma línea, en España, la empresa Aryme, especializada en arbitrajes y mediación, ha creado una sala virtual en la que compañías de diferentes países pueden solucionar sus disputas desde sus propios despachos²⁴⁵. Al entrar en la página web de este despacho, un árbitro virtual da la bienvenida y aparece un menú para los trámites previos. Los usuarios disponen de unas “salas privadas”, de acceso restringido, en las que despachan con sus abogados. Establecida su postura, pasan a la sala principal, donde exponen sus alegaciones. Además, pueden conocer las alegaciones de la otra parte, porque son avisados cuando tiene lugar esta fase. Todo el aparato documental, incluidas las pruebas, se almacenan en la sala de documentos. El árbitro valora las pruebas y las alegaciones presentadas por ambas partes y emite el laudo. Este laudo tiene el mismo valor que los resultantes de un proceso convencional. Si una de las partes recurre el laudo el juez puede entrar en la página web y valorar el desarrollo del proceso.

Estos ejemplos, y muchos otros que se podrían citar, como el servicio de “ventanilla única” diseñado por la Asociación de Usuarios de Internet²⁴⁶, ponen de manifiesto que, indiscutiblemente, Internet es un universo protagonizado por la autorregulación. Ello no presupone, en ningún caso, que esta autorregulación sea efectiva. Lo único que podemos constatar, después del análisis realizado, es que, por un lado, los poderes públicos, ante su limitada capacidad de incidencia directa sobre las estructuras de gobierno y los contenidos de la red, han apostado decididamente por ella, y que, por otro lado, los particulares están realizando notables esfuerzos por responder a

²⁴⁴ Véase al respecto la Comunicación de la Comisión relativa a “la mejora del acceso de los consumidores a mecanismos alternativos de solución de litigios” [DOCE C 161, de 4 de abril de 2001].

²⁴⁵ Véase la página www.aryme.com

²⁴⁶ La Asociación de Usuarios de Internet (AUI) ha diseñado un nuevo servicio, denominado “ventanilla única”, en el que los usuarios de este medio pueden presentar quejas relacionadas con el funcionamiento de Internet. Los usuarios que quieran presentar una queja deben rellenar un formulario, que se encuentra en la página de la AUI. Esta asociación, siempre que lo autorice el usuario, remite copia de la queja, por un lado, a los organismos, instituciones y asociaciones implicados con el desarrollo de Internet y en la defensa de los consumidores y, por el otro, a la empresa, Web o institución que ha originado la queja, adjuntándosele también la relación de los organismos e instituciones a los que se ha notificado. Se pretende con ello que, con esta información, los diferentes agentes sociales y administrativos actúen “de oficio”, dando solución adecuada al problema. Sobre el funcionamiento de este servicio y las garantías adicionales de fiabilidad de la información ofrecidas por el mismo, puede consultarse la página Web de la asociación: <http://www.aui.es>.

las expectativas creadas, como demuestra la multiplicación de las asociaciones privadas, básicamente de profesionales, y de empresas, que se deciden a utilizar estos instrumentos.

V. LA AUTORREGULACIÓN EN LA BÚSQUEDA DE INSTRUMENTOS DE PROFESIONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Después de haber analizado la autorregulación en el ámbito de los medios de comunicación, la publicidad, e Internet, y de haber comprobado que ésta tiene lugar en el seno de organizaciones privadas -asociaciones en su mayor parte- que se dotan voluntariamente de códigos éticos y de sistemas de autocontrol, puede sorprender que se aborde el análisis de la autorregulación en el ámbito de una profesión integrada, por definición, en una organización pública. Puede parecer, incluso, una contradicción, sostener, por un lado, que la principal característica de la autorregulación es su origen privado y defender, por el otro, que la función pública es uno de los ámbitos donde es cada día más destacable la presencia de la autorregulación. Nuestra posición es clara al respecto. Como hemos señalado con anterioridad, la autorregulación es una manifestación de la profesionalización, de la capacidad de los profesionales de dotarse de las reglas técnicas necesarias para desarrollar su actividad y de construir el universo ético en el que se definen sus correspondientes deberes y obligaciones. En este sentido, la autorregulación en el ámbito de la función pública responde a la búsqueda de instrumentos que redunden en la profesionalización de los empleados al servicio de la Administración. En esta línea, existen claros indicios que permiten prever que, en los próximos años, la autorregulación va a tener un destacado protagonismo en el ámbito interno de la función pública.

Con ello no pretendemos culpar a los funcionarios de su falta de profesionalidad. Las razones que explican el desarrollo de la autorregulación en el ámbito de la función pública son paralelas a las que venimos analizando en relación con otros ámbitos. El personal de las Administraciones públicas se encuentra inmerso en, y directamente afectado por, el proceso de desmantelamiento del Estado, la falta de confianza en las instituciones públicas y la globalización. La ineficacia de las técnicas de regulación de

policía administrativa incide también en el desarrollo de la autorregulación normativa de los profesionales de la Administración.

Quienes defienden y fomentan la autorregulación en el ámbito de la función pública están directamente influenciados por los análisis de la ética aplicada. El desarrollo de la ética en el seno de cualquier profesión se caracteriza, según ponen de manifiesto tales análisis, por la presencia de un proceso de autorreflexión y de autorregulación. En otras palabras, la autorregulación consiste, precisamente, en la dinámica de formación, aprendizaje, definición, cumplimiento y control, de los valores y las pautas de conductas éticamente correctas y voluntariamente aceptadas por una profesión. Habitualmente esta autorregulación se materializa en forma de códigos éticos, que recogen los valores y las pautas mencionadas. En esta línea, empieza a ser notable la proliferación de códigos éticos que definen y concretan los deberes y obligaciones del personal al servicio de la Administración, como complemento a la tradicional definición estatutaria y reglamentista de tales deberes. Ello no obstante debemos ser realistas en este punto: no todos los códigos éticos de la función pública, ni siquiera una pequeña parte de ellos, responden, hoy en día, a la existencia de un proceso previo de autorregulación. Existe todavía, en la actualidad, una notable confusión sobre la utilización de este tipo de instrumentos, lo cual no es obstáculo, a nuestro entender, para seguir manteniendo que se observa, también en el ámbito de la función pública, su creciente protagonismo.

1. El estatuto jurídico de la función pública.

Como punto de partida ineludible para analizar la autorregulación en este ámbito debemos tomar en consideración el régimen jurídico público al que se encuentra sometido el personal de la Administración, poniendo el acento en los aspectos del mismo que presentan mayores dificultades de aplicación. Este régimen jurídico posee dos vertientes distintas y, a la vez, complementarias. Los funcionarios públicos se encuentran sometidos, en primer lugar, a un régimen estatutario peculiar, en el que se definen sus deberes y obligaciones y se prevén las correspondientes sanciones disciplinarias, que serán impuestas por la Administración, en caso de incumplimiento de tales deberes. En segundo lugar y por definición, en la medida que el personal de la Administración pública está integrado en una organización que debe actuar sometida al

principio de legalidad, las funciones y, en su caso, las prerrogativas de las que goza dicho personal, necesariamente deben venir definidas por la legislación. Este entorno jurídico público está marcado por una enorme complejidad y por ciertas contradicciones. La consecuencia inmediata de ello es su notable déficit de ejecución.

A) *La función pública como profesión.*

El funcionario o empleado público, desde la perspectiva que nos interesa ahora, es, ante todo, un profesional de la Administración pública²⁴⁷. Es obvio que dentro de la profesión de “empleado público” caben otras profesiones, como la de los ingenieros, los médicos, o los abogados que prestan sus servicios a la Administración. Sin embargo, podemos acordar que, lo que distingue el desempeño de un cargo público del ejercicio privado de una actividad es “la práctica del aprendido arte de la promoción del interés público”²⁴⁸. Dicho en los términos del artículo 103.1 de nuestra Constitución, la función de los profesionales de la Administración no es otra que la de servir con objetividad a los intereses generales. La posición constitucional de la Administración determina, así, el *ethos* de los profesionales a su servicio. De ello se deriva que la ética de los funcionarios públicos debe impregnarse de la vocación de servicio público y de los valores democráticos contenidos en la Constitución²⁴⁹.

²⁴⁷ En este texto utilizaremos indistintamente los términos “funcionario” y “empleado público” porque pretendemos englobar bajo esta denominación a todos los profesionales que trabajan al servicio de la Administración Pública. Esta identificación se encuentra avalada por la progresiva aproximación entre el estatuto funcionarial y el estatuto laboral de los trabajadores de las Administraciones públicas. El Derecho Administrativo impone hoy en día reglas especiales para la selección del personal laboral, con el objeto de que se respeten los principios de mérito y capacidad, aplica a todos los empleados del sector público, por ejemplo, el mismo régimen de incompatibilidades y de declaración de bienes, y los somete también a todos a la potestad disciplinaria de la Administración. Como pone de manifiesto N. J. VASCONCELOS ALBUQUERQUE SOUSA, en *La función pública como relación especial de Derecho Administrativo*, Almeida & Leitao, Porto, 2000, p. 109, aunque siguen existiendo algunas especificidades, se ha producido una atracción entre las ventajas respectivas de los regímenes funcionarial y laboral: “El empleo público ha influido en el privado en lo que concierne a la seguridad del empleo, garantía contra despidos, enfermedad, servicio militar obligatorio, seguridad social, jubilación, horario de trabajo, derecho a vacaciones. Por otro lado, el empleo privado ha influido en el empleo público en lo concerniente al derecho a la sindicación, negociaciones colectivas, y derecho a la huelga”. El proyecto de Estatuto Básico de la Función Pública [Proyecto de Ley 121/000177 Estatuto Básico de la Función Pública. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie: A: 5 de julio de 1999. Núm 177-1 Proyectos de Ley] acentúa más, si cabe, esta proximidad, al establecer su aplicación subsidiaria al personal laboral.

²⁴⁸ D. W. STEWART, N. A. SPRINTHALL y D. SHAFER, “Moral Development in Public Administration”, T. L. Cooper (Ed.), *Handbook of Administrative Ethics*, Marcel Dekler, Nueva York, 2001, p. 457 y ss.

²⁴⁹ Por ello, se puede afirmar sin necesidad de mayores precisiones que la ética pública (entendida aquí como la ética de los empleados de la Administración) “es el servicio del bien común y, por tanto, la conducta imparcial, objetiva e íntegra de los funcionarios en la gestión de los asuntos

Los empleados públicos constituyen, pues, un cuerpo especializado al servicio de los fines del Estado. A través de este cuerpo deberían hacerse efectivas la mayor parte de las obligaciones de protección que la Constitución encomienda a los poderes públicos. El efectivo cumplimiento de tales fines es, precisamente, lo que justifica el crecimiento del aparato burocrático del Estado, que fue adquiriendo volumen a medida que el Estado fue asumiendo la gestión directa de funciones de carácter prestacional, como la educación o la sanidad, y vio ampliadas sus funciones de policía, mediante la asunción también directa del cumplimiento de nuevas obligaciones, como la protección del medio ambiente. No resulta fácil, sin embargo, generar las condiciones necesarias para que los profesionales de la Administración se sientan identificados con estos fines y sepan cómo deben materializarlos en su quehacer diario. Menos aún teniendo en cuenta que, en el estatuto de la función pública, sin consideración alguna a la multiplicación y diversificación de los ámbitos de intervención del Estado, se han ido consolidando aquellas instituciones pensadas para evitar que los profesionales de la Administración se aparten del servicio a los intereses generales y han quedado relativamente relegados los instrumentos que deberían indicar a dichos profesionales cómo gestionar con eficacia dichos intereses.

En concreto, el estatuto de los funcionarios, empleados y cargos públicos viene integrado por la definición legal y reglamentaria del sistema de acceso a la función pública, los principios que deben regir su actividad y los deberes y obligaciones inherentes al cargo²⁵⁰. En nuestro ordenamiento jurídico ello deriva del mandato expreso contenido en el artículo 103 de la Constitución²⁵¹.

públicos”: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *Ética institucional. Mercado “versus” Función Pública*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 22.

²⁵⁰ Aunque la noción estatutaria de la función pública es propia de los denominados sistemas cerrados de función pública, los requisitos, deberes y principios que componen dicho estatuto constituyen un lugar común en todos los países de nuestro entorno. También es habitual que el régimen de la función pública se encuentre pormenorizadamente regulado por leyes y reglamentos. Sobre ello pueden consultarse, entre otros, los manuales de M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Curso de Ciencia de la Administración*, Alianza, Madrid, 1985; R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 1992, y M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 1996.

²⁵¹ Art. 103.2: “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio del derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

Veamos pues, a grandes rasgos, cuáles son los elementos integrantes del estatuto de la función pública, centrándonos en aquellos aspectos más relevantes en la determinación de la existencia de un cuerpo profesional preparado para servir con eficacia los intereses generales.

En primer lugar, el acceso mismo a dicho cuerpo debe venir precedido de unos conocimientos especializados, de una formación específica en determinados saberes ajustados a la función que se va a desarrollar²⁵². Esta exigencia, básica y consustancial a propia noción de función pública, se ha venido desvirtuando paulatinamente, hasta el punto de convertirse en una pura construcción formal, bastante alejada de la realidad²⁵³. Ello es debido al propio desarrollo de la previsión constitucional de acceso a la función pública “de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”, que se dirige más a

²⁵² Ya en el siglo XVIII las denominadas “ciencias cameralistas y de policía” generan una conciencia de que el servicio al Estado requiere unos conocimientos técnicos y unas habilidades específicas. La creación de escuelas técnicas dedicadas a la formación de cuerpos especiales de funcionarios responde también a la misma filosofía. En definitiva, la concepción maxweberiana de la burocracia profesional no es sino una reacción a una concepción de la función pública altamente profesionalizada. Sobre los concretos procesos de formación de una burocracia profesional, tanto en España como en los países de nuestro entorno, pueden verse, entre muchos otros: R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II...*, op. cit., pp. 363 y ss.; y M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, op. cit., pp. 25 y ss.

²⁵³ Existen, a nuestro entender, como mínimo, tres razones que fundamentan la afirmación mantenida en el texto. La primera de ellas tiene que ver con la falta de profesionalización de los altos cargos de la Administración, que siguen cubriéndose por el criterio de la confianza política. Para profundizar en este tema siguen siendo vigentes la mayor parte de las afirmaciones de L. MORELL OCAÑA, en *El sistema de confianza política en la función pública*, Madrid, 1994.

La segunda razón está relacionada la existencia de una “burocracia paralela”, que también accede a esta condición por el criterio de la “confianza” política. En los términos utilizados por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 2000, p. 80: “La duplicación de la burocracia profesional por una burocracia paralela, bien sometida a la legislación laboral, bien a la pura discreción política (asesores, consejeros, gabinetes), con frecuencia con competencias alternativas y sustituibles, es una expresión manifiesta del mismo fenómeno. Simultáneamente, el régimen y carrera de los funcionarios profesionales está hoy, en algunas de sus condiciones esenciales, entregado a la pura discreción política, en mengua manifiesta de su independencia e imparcialidad”.

La tercera razón tiene que ver con la preparación previa que se exige para entrar a formar parte de la función pública, que dista mucho del ideal de dotar a los futuros empleados públicos de las herramientas necesarias para el desarrollo de sus funciones. Si bien es cierto que la formación específica de cuerpos de funcionarios especializados condujo a un corporativismo que era deseable eliminar, el vigente sistema de acceso no toma suficientemente en consideración la formación previa de los profesionales de la Administración. C. BOSSE, “A formación dos axentes de nivel superior das entidades territoriais de Europa”, en J. Rodríguez-Arana Muñoz (Coord.), *Ética pública e formación de funcionarios. Relatorios do V Seminario europeo de centros de formación de persoal de entidades territoriais, realizado en abril de 1993 na Escola Galega de Administración Pública*, Escuela Gallega de Administración Pública, Junta de Galicia, Santiago de Compostela, 1993, p. 127, después de un análisis pormenorizado por países de los sistemas oficiales de reclutamiento, formación de base y preparación para los concursos, señala que en España no existe ninguna previsión al respecto. Ni que decir tiene que la formación ética de tales profesionales no se exige en ningún programa de oposición.

evitar formalmente el *spoil system* que a garantizar una preparación efectiva de los futuros funcionarios²⁵⁴.

En segundo lugar, y puesto que la definición de los intereses generales se concreta en leyes y reglamentos, se ha venido considerando que la función de los empleados públicos debe consistir, básicamente en la aplicación automática del Derecho, de acuerdo a los principios de eficacia y jerarquía. Esta concepción responde a un determinado modelo de Estado y de Administración bastante alejados de la realidad actual. Si alguna vez ha sido cierto que los fines generales se han concretado hasta el mínimo detalle en una relación de normas administrativas ordenadas jerárquicamente, la aplicación automática de los reglamentos, como función específica a los empleados de la Administración, hubiese constituido un método eficaz de satisfacción de tales fines. En un panorama en el que estos presupuestos no existen, seguir caracterizando del mismo modo la función ejecutiva plantea más inconvenientes que ventajas. Los hechos parecen demostrar que la vinculación de la Administración al Derecho, entendida como una vinculación positiva, ha constituido un obstáculo para el cumplimiento eficaz de unos objetivos que, lejos de encontrarse detalladamente concretados, deben deducirse de la maraña de reglamentaciones que rodea la actividad de los funcionarios. A pesar de ello, nuestra tradición ha llevado a prestar más atención a las garantías y los procedimientos y, en definitiva, a la sumisión de los funcionarios al Derecho, que al desarrollo de los mecanismos necesarios para satisfacer los objetivos con ello propuestos²⁵⁵. Solo recientemente se ha empezado a plantear un proceso de reforma en el seno de la función pública que parece entrar en una dinámica distinta, para responder

²⁵⁴ A lo largo de toda la historia encontramos, no solo episodios, sino prácticas generalizadas de acceso a la función pública sin más méritos que la vinculación a un régimen o partido político. La separación de las esferas política y administrativa y la preocupación por el mérito y la igualdad en el acceso en la función pública se convierte en la principal asignatura del siglo XIX. Incluso en Estados Unidos, donde el *spoil system* consiguió su institucionalización, mediante la *Tenure of Office Act*, la corrupción y la ineficacia del sistema dio lugar a la introducción de exámenes abiertos y competitivos para el acceso. La introducción legal del *merit system* en Estados Unidos tuvo lugar mediante la *Pendleton Act* de 1883, que creó también una *Civil Service Commission* independiente de los partidos políticos para controlar y aplicar el proceso selectivo. Véase M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, op. cit., pp. 32 y ss.

²⁵⁵ La preocupación garantista ha llevado a exigir, no sólo el sometimiento de la Administración a la ley, sino que todas las decisiones vayan precedidas de una norma general. Los inconvenientes de este planteamiento han sido lúcidamente destacados por Nieto: “lo que no está previsto, no puede hacerse; y lo previsto ha de hacerse de acuerdo con condiciones abstractas predeterminadas. Las circunstancias del caso concreto no son tomadas en cuenta. La actuación administrativa se rigidifica y se convierte en algo automático sin capacidad de razonamiento. Entre la seguridad y la eficacia, el sistema se ha inclinado por la primera. Lo que importa es el control”: A. NIETO GARCÍA, *La organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 54.

a las demandas de una Administración más eficaz y más eficiente, más ágil y receptiva, responsabilizada de los resultados de la gestión y no meramente atenta al cumplimiento de la legalidad²⁵⁶.

En tercer lugar, el estatuto de la función pública se cierra con el establecimiento de una serie de deberes y obligaciones tendentes a garantizar la imparcialidad de los empleados de la Administración en el ejercicio de sus funciones y el servicio efectivo al Estado²⁵⁷. Tales deberes y obligaciones se fundamentan, en su configuración tradicional, en la relación de subordinación existente entre los funcionarios y el Estado²⁵⁸, impregnando el estatuto de la función pública de unos valores totalmente

²⁵⁶ A esta estrategia responde el proceso de reforma de la función pública iniciado en los años noventa por el Ministerio de las Administraciones Públicas (MAP), que se plasmó en un documento de trabajo titulado *Reflexiones para la modernización de la Administración del Estado* y que fue publicado por dicho Ministerio en 1990. Sobre la incidencia de este documento en los principios clásicos de actuación administrativa, véase J. PRATS CATALÀ, “Derecho y management en las Administraciones Públicas. (Notas sobre la crisis y la renovación de los respectivos paradigmas)”, *Reforma y Democracia*, n.º 3, 1995.

²⁵⁷ De acuerdo con la sistematización elaborada por M. S. Marienhoff (*Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, t. III-B, pp. 222 y ss.), que sigue siendo vigente en sus rasgos generales, estos deberes serían los siguientes: a) dedicación al cargo; b) fijación de la residencia en función del lugar de prestación de los servicios; c) acatamiento del orden jerárquico; d) obediencia; e) dignidad de la conducta; f) urbanidad y eficiencia en el trato con el público; g) fidelidad y observancia del secreto; h) lealtad al orden jurídico-público del Estado; i) comunicación de incompatibilidades.

La regulación legal de estos deberes se encuentra, en nuestro ordenamiento jurídico, en la misma Constitución; la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la función pública; la Ley 11/1995, de 11 de mayo, en virtud de la cual se regula la utilización y control de los créditos destinados a los fondos reservados; la Ley 12/1995, de 11 de mayo, relativa a las incompatibilidades de los miembros del gobierno y de los funcionarios de alta jerarquía de la Administración; el Real Decreto 1410/1995, regulador del registro de actividades y otros bienes para altos cargos; la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado; y en muchas otras normas dispersas, aplicables sólo a determinados grupos de funcionarios. Se trata, pues, de una regulación fragmentada, tanto en su formulación –como se deriva de la multitud de normas aplicables– como en su aplicación –puesto que muchos de los empleados de las Administraciones públicas están exentos de la sumisión a tales normas–. Y es también una regulación que se caracteriza por recoger principios que tienen su origen en el siglo pasado, en el seno de una Administración muy distinta a la actual.

²⁵⁸ Esta relación de subordinación es la que justifica el ejercicio del poder disciplinario del Estado, tendente a garantizar el cumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos a los funcionarios. Según expone F. A. CASTILLO BLANCO, en *Función pública y poder disciplinario del Estado*, CEMCI/Civitas, Madrid, 1992, pp. 189 y ss., [siguiendo, a su vez, las aportaciones de A. NIETO GARCÍA, en “Problemas capitales del Derecho disciplinario”, *RAP*, n.º 63, 1970, pp. 39 a 83] el fundamento dogmático del derecho disciplinario, en las corrientes civilista y administrativista, está basado, precisamente en las relaciones de subordinación que median entre los funcionarios y el Estado. Entre las corrientes civilistas estos autores destacan la postura sostenida por Paul LABAND, para el cual el concepto de derecho disciplinario debe alcanzarse por su relación con el Derecho civil, “puesto que el Derecho disciplinario es el correlato de unas relaciones contractuales y de unas relaciones de poder. Lo decisivo es que las consecuencias disciplinarias de la infracción de los deberes funcionariales no se basan en el poder sancionatorio público del estado sino en la supremacía de servicio o funcional, o sea, en las relaciones de poder que median entre el Estado y sus servidores”. Entre las corrientes administrativistas destacan las aportaciones de Otto MAYER en la construcción de una teoría del Derecho disciplinario

desfasados en la actualidad²⁵⁹. Solo recientemente se añaden a estos deberes algunos relacionados con la consideración de la Administración como complejo organizativo al servicio de la sociedad y, por tanto, al servicio de los ciudadanos²⁶⁰. Nada dice esta regulación, sin embargo, acerca de la concreta aplicación de estos principios, ni de las soluciones posibles ante la frecuente colisión entre ellos.

B) El control disciplinario de la función pública.

Para garantizar el cumplimiento del estatuto de los funcionarios se prevén diversos controles, la mayoría de ellos de carácter represivo. A rasgos generales, existe un control disciplinario, mediante el cual la Administración puede sancionar el incumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos estatutariamente al personal a su servicio, y un control judicial. El control judicial puede dar lugar a la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa²⁶¹, la jurisdicción penal²⁶² o la jurisdicción civil²⁶³.

basada en la noción de relaciones especiales de sujeción, que ha tenido una destacada influencia en la doctrina y en la jurisprudencia alemana y española.

²⁵⁹ M. BALDUCCI, “Funcionarios das colectividades locais: crise de identidade e busca dunha nova ética”, en J. Rodríguez-Arana Muñoz (Coord), *Ética pública e formación de funcionarios...*, op. cit., p. 38, achaca, precisamente, al carácter probablemente desfasado del sistema de valores de la función pública, el actual incumplimiento del mismo por parte de los funcionarios y su falta de motivación en la realización de sus funciones.

²⁶⁰ Entre los deberes de los funcionarios respecto la sociedad, desataca la obligación de transparencia en la actuación de los poderes públicos. Dicha transparencia se ha visto mejorada en la nueva regulación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas –que ha sido modificada parcialmente por la Ley 53/1999, de 29 de diciembre- y en la regulación del derecho a acceso de archivos y registros, contenida en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. También son destacables, en esta línea, algunas de las previsiones de la LOFAGE, donde, además de los principios tradicionales que rigen la actividad de los funcionarios al servicio del Estado, se añaden otros, como los relativos a la responsabilidad de la gestión, la racionalización y agilidad, el servicio efectivo y la ética. Completando estas previsiones, el proyecto de Estatuto Básico de la Función Pública, en su artículo 7, establece como valores éticos del servicio público: “la integridad, la neutralidad, la imparcialidad, la transparencia en la gestión, la receptividad, la responsabilidad profesional y el servicio a los ciudadanos”. Véase: Proyecto de Ley 121/000177 Estatuto Básico de la Función Pública. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie: A: 5 de julio de 1999. Núm 177-1 Proyectos de Ley. Este precepto no ha tenido buena acogida en el Dictámen del Consejo de Estado recaído sobre el Anteproyecto [Recopilación de Doctrina Legal, año 1998]. Con independencia del acierto en la relación de “valores éticos” que deben inspirar el comportamiento del personal al servicio de la Administración –dicho acierto es cuestionado por el Consejo de Estado-, este órgano consultivo no advierte la potencialidad de este precepto, en su eventual relación con determinados instrumentos de autorregulación normativa -códigos de conducta-.

²⁶¹ La jurisdicción contenciosa, obviamente, se encarga de controlar que se cumplan las normas relacionadas con el acceso a la función pública, las incompatibilidades de funcionarios y demás previsiones estatutarias.

²⁶² La intervención de esta jurisdicción se debe a que los funcionarios pueden incurrir también en responsabilidad penal por la comisión de hechos constitutivos de delito, mediando dolo o imprudencia El

En este apartado plantearé solamente algunas reflexiones sobre el control disciplinario. Como es sobradamente conocido, en su consideración tradicional, el estatuto de la función pública está basado en la relación del empleo o servicio público, de modo que los deberes que se imponen a los funcionarios son deberes exigibles por el Estado, según la doctrina que mayor aceptación ha tenido hasta las últimas décadas, en base a una relación especial de sujeción²⁶⁴. Con ello se desarrolla, desde sus mismos

texto del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, establece una regulación más extensa, y en parte novedosa, de los delitos atribuibles directamente a los funcionarios. Muchos de estos delitos están directamente relacionados con la vulneración, por parte de autoridades y empleados públicos, de los deberes que les vienen estatutariamente impuestos en su calidad de profesionales al servicio de los intereses generales. En esta línea podemos citar los delitos de prevaricación y otros comportamientos injustos (arts. 404 y 405 CP), el cohecho (arts. 419, 420, 421, 425 y 426 CP), el tráfico de influencias (art. 428 CP), la malversación (arts. 432 a 434 CP), las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y los abusos de su función (arts. 439 a 444 CP). La vulneración de los deberes profesionales por parte de funcionarios puede constituir también una agravante de tipos delictivos de general aplicación. Tal es el caso del descubrimiento y revelación de secretos de particulares (art. 198 CP), los delitos contra la salud pública (arts. 368.8 y 372 CP) o la estafa y apropiación indebida con abuso de cargo (art. 438 CP). Para profundizar sobre ello véase: CONDEPUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, op. cit., particularmente, pp. 3883 y ss.

²⁶³ Además de la responsabilidad disciplinaria en que pueda incurrir, el funcionario, al igual que las autoridades y el resto del personal al servicio de la Administración, está sujeto a responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios que pueda ocasionar en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad es exigible directamente por la Administración -previa instrucción de los procedimientos reglamentariamente previstos- o por los particulares -mediante el ejercicio de las acciones civiles correspondientes-, siempre que los daños hayan sido causados por dolo, culpa o negligencia grave: Arts. 145 y 146 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común.

²⁶⁴ Esta concepción proviene de la teoría de las relaciones especiales de sujeción elaborada por Otto Mayer (con precedentes en la obra de Paul Laband) y ha mantenido su vigencia y aceptación hasta hace un par de decenios. Según esta teoría, el funcionario, en virtud de su ingreso en el servicio (que es un acto voluntario), queda situado en una relación con el Estado distinta de la que tiene el ciudadano común. Esta relación faculta al Estado para imponer al funcionario un estatuto, restrictivo incluso de ciertos derechos fundamentales, con el fin de garantizar la eficacia de la maquinaria administrativa. Como garantía del sometimiento a este régimen el Estado gozaba también de un poder disciplinario que no se encontraba sometido a los mismos principios que la potestad sancionadora general de la Administración.

El mantenimiento de la categoría de la relación de especial sujeción, entendida como forma de ejercitar el poder, es defendida por R. GARCÍA MACHO, en *Las Relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992. Por su parte, M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y Presupuestos Constitucionales de las relaciones especiales de Sujeción*, Madrid, 1994, p. 41, entiende que el mantenimiento de esta categoría constituye un mecanismo necesario para garantizar la eficacia administrativa. Otros autores, como I. LASAGABASTER HERRARTE, en *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, 1994, proponen el abandono del concepto de relación de especial sujeción del derecho positivo español. Por su parte, N. J. VASCONCELOS ALBUQUERQUE SOUSA, en *La función pública como relación especial...*, op. cit., como se desprende del título citado, propone una sustitución de la categoría de las relaciones de especial sujeción por la de las relaciones especiales de Derecho Administrativo.

En todos los casos los autores citados, entienden que, a diferencia del contexto en el que surgió, dicha categoría no permite excepcionar la aplicación de los derechos fundamentales a los sujetos que se encuentran sometidos a una relación tal. En Alemania, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1 de octubre de 1972, se admite sin reservas, por ejemplo, la vigencia de la reserva de ley i respecto de los individuos sometidos a una relación especial de poder. Como pone de manifiesto M. J. MONTORO CHINER, en *La Funció Pública en el federalisme alemany*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1986, p. 49: "Segons la moderna interpretació, el que varia és la causa de la

orígenes, un control disciplinario de los funcionarios públicos que no se rige por los mismos principios que regulan la potestad sancionadora general de la Administración²⁶⁵. En la actualidad, gracias a la labor de la doctrina y de la jurisprudencia, se ha reconocido que el poder disciplinario se inscribe en ámbito de la potestad punitiva del Estado, de modo que le son aplicables, cada vez con mayor rotundidad, los principios establecidos en los artículos 24 y 25 de la Constitución²⁶⁶. Ello no obstante, siguen existiendo importantes matices en la aplicación estricta del principio de legalidad, puesto que se admite la intervención del reglamento en la tipificación de infracciones y sanciones disciplinarias -siempre que dicha intervención se limite a concretar preceptos legales previamente establecidos-²⁶⁷.

limitació, ja que mentre amb anterioritat a la sentència referida la limitació es fonamentava en les pròpies relacions especials de poder en què el funcionari es trobava davant l'Administració, amb posterioritat a la referida sentència, aquesta limitació tan sols podia venir imposada per llei o per causa d'una llei (nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes)". Respecto a la sentencia citada y a la afirmación de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones especiales de sujeción puede verse también R. GARCÍA MACHO, "En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción", *REDA*, n.º 64, 1989, pp. 521 a 531.

²⁶⁵ La incidencia de la doctrina de las relaciones especiales de sujeción permitía una cierta relajación en la aplicación de los grandes principios del orden punitivo del Estado: legalidad, tipicidad, culpabilidad, e incluso del principio de audiencia. Sobre este tema véase J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 81 y ss.

²⁶⁶ La doctrina administrativista y la doctrina penalista han convenido mayoritariamente en sostener la existencia de una identidad sustancial entre la naturaleza el fundamento de las sanciones disciplinarias y la de las sanciones previstas en el Derecho penal. Dicha identidad lleva aparejada, necesariamente, la aplicabilidad de los principios propios de las sanciones penales (legalidad, tipicidad, *non bis in idem*, etc.), al ámbito no sólo de la potestad administrativa sancionadora general, sino también al ejercicio de la potestad disciplinaria. En esta línea se sitúan numerosos autores, entre los que cabe citar, según la sistematización ofrecida por F. A. CASTILLO BLANCO, en *Función pública y poder disciplinario del Estado*, op. cit., pp. 193 y ss.; J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, Madrid, 1999; J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal Español. Parte General I*, Tecnos, Madrid, 1981; y M. BAJO FERNÁNDEZ, *El Derecho Penal Económico*, Madrid, Civitas, 1978.

²⁶⁷ Esta perspectiva es plenamente asumida por el Tribunal Constitucional, a partir de la importante STC 99/1987, de 11 de julio, consecuencia de un recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 1984. En el Fundamento Jurídico Tercero, el Tribunal ubica el régimen disciplinario de los funcionarios en el marco del régimen estatutario de los mismos. En consecuencia, y de acuerdo con los artículos 103.3 y 25.1 CE, se establece una reserva de ley para toda esta esfera. Dicha materia queda así sustraída a la regulación reglamentaria. Sin embargo, ello no impide que las disposiciones del Gobierno puedan colaborar con la ley para complementar o particularizar, en los aspectos instrumentales, la ordenación legal de la materia reservada. La aceptación de este tipo de colaboración entre ley y reglamento se encuentra, por lo demás, cada vez más generalizada, gracias a la labor de interpretación de la doctrina y la jurisprudencia.

Sobre este tema resulta básica la lectura, entre otros, de: R. GARCÍA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988; M. REBOLLO PUIG, "Juricidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", *RAP*, n.º 125, 1991, pp. 7 a 170; J. TORNOS MAS, "La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", *RAP*, n.º 101-102, 1983, pp. 471 a 505; F. A. CASTILLO BLANCO, *Función pública y poder disciplinario del Estado*, op. cit.; R. GARCÍA MACHO, "Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción", *REDA*, n.º 72, 1991, pp. 515 a 527; A.

En este contexto, el derecho disciplinario, fundado en el principio jerárquico-autoritario y basado en las relaciones especiales de sujeción está en profunda crisis. Esta crisis deriva, principalmente, de la ruptura de las relaciones de jerarquía como base de la organización administrativa²⁶⁸. Pero, a nuestro entender, también está en crisis el poder disciplinario, con carácter general. Esta crisis se manifiesta en tres frentes. En primer lugar, la necesidad de recurrir a la vía reglamentaria para la concreción de las infracciones y sanciones introduce una importante quiebra en la reconducción de la potestad disciplinaria a las bases constitucionales del poder punitivo del Estado²⁶⁹. En segundo lugar, el ejercicio de la potestad disciplinaria, como manifestación del poder estatal, dificulta, cuando no impide, tomar en consideración el marcado carácter ético y deontológico de las infracciones disciplinarias, puesto que el reconocimiento de dicho carácter puede suponer una vulneración al principio de tipicidad, sobre todo si se mantiene una concepción de la ética anclada en criterios de base iusnaturalista²⁷⁰. En

NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994; y J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *Manual de Derecho disciplinario...*, op. cit.

²⁶⁸ Según señala F. A. CASTILLO BLANCO, en *Función pública y poder disciplinario del Estado*, op. cit., p. 148: “(...) al decir de numerosos estudiosos, nos encontramos ante una crisis del sistema de responsabilidad disciplinaria, precisamente al quebrar el fundamento de ésta, la jerarquía administrativa que, aunque recogida en el artículo 103.1 de la Constitución, ha visto, a través de las sucesivas reformas de la función pública española en su tránsito de un sistema cerrado a un sistema abierto, quebrar su estructuración con la supresión de grados y categorías operada en primer término con la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 y más recientemente con la ley 30/1984, de 2 de agosto”.

²⁶⁹ A. NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, op. cit., p. 94.

²⁷⁰ Este significado ético ha sido puesto de manifiesto incluso por la jurisprudencia. En este sentido es especialmente expresiva la STS de 23 de octubre de 1984, según la cual “(...) el derecho disciplinario, como ha reconocido reiteradamente en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, tiene un significado eminentemente ético (...)”. Ello no obstante, relacionar la conducta de la Administración en base a una dualidad de criterios –éticos y jurídicos- lleva aparejado el peligro de vincular la actividad administrativa a criterios metajurídicos, de base iusnaturalista, eliminando el requisito de la tipicidad de las infracciones, aumentando la discrecionalidad de la Administración, dando entrada a la tipificación de infracciones en base a términos abiertos y, en definitiva, introduciendo la posibilidad de un cierto retroceso hacia el reconocimiento de los tribunales de honor, expresamente vetados por nuestra Constitución.

Sobre los tribunales de honor puede verse: M. BAENA DEL ALCAZAR, *Los Colegios profesionales en el Derecho Administrativo español*, Madrid, 1968; J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, III, 2, Edersa, Madrid, 1970, pp. 1000 a 1003; F. GARRIDO FALLA, “Comentario al artículo 26”, en *Comentarios a la Constitución*, dirigida por el mismo Garrido Falla, Civitas, Madrid, 1985, p. 537; A. GUAITA MARTORELL, “La Administración Militar”, *RAP*, n.º 7, 1952, pp. 105 y ss.; Del mismo autor, “Comentario al artículo 26 CE”, en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, Colección dirigida por O. Alzaga Villaamil, Tomo III, Edersa, Madrid, 1988, p. 108.

Sobre la utilización de términos abiertos o “aparentemente deontológicos”, resulta indispensable el artículo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, *REDA*, n.º 10, 1976, pp. 399 a 430, así como las reflexiones contenidas en E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, op. cit., vol II, pp. 165 y ss. Estos autores proponen la necesidad de reconducir la tipificación de infracciones disciplinarias basada en “enunciados en términos aparentemente deontológicos”, en “tipos jurídicos perfectamente tecnificados”, esto es, en su conversión en “conceptos jurídicos indeterminados de conducta que habrán de ser concretados o rellenados a través de una análisis

tercer lugar, y éste es quizás el argumento de mayor peso, la corrección de las infracciones disciplinarias en base al ejercicio de poder resulta manifiestamente inoperante²⁷¹.

Para superar esta situación entendemos que debe recorrerse un largo camino, que ya ha empezado a ser andado. En primer lugar, debería admitirse sin reservas el marcado carácter deontológico de las infracciones disciplinarias. En segundo lugar, deberían introducirse en el seno de la Administración las enseñanzas de la ética aplicada en la formulación y el control de la deontología profesional.

En lo que se refiere al primero de los aspectos señalados, esto es, el reconocimiento del carácter deontológico de las infracciones disciplinarias, cabe señalar que la doctrina viene admitiendo, cada vez con más contundencia, la vinculación de los deberes estatutarios a criterios éticos²⁷². El reconocimiento de la intervención del reglamento en la tipificación de las infracciones y sanciones disciplinarias y la admisibilidad de cláusulas abiertas también puede ser interpretado en esta misma línea. Se estaría así admitiendo que quien posee mayor capacidad para tipificar las conductas reprobables en el seno de la Administración y, en su caso, para imponer las sanciones

pormenorizado de los hechos y de una interpretación de los mismos desde los valores que en dichos concetos (y en su negativo exacto, que son los deberes –jurídicos- de conducta positivos cuya infracción define el tipo) se formulan”.

²⁷¹ Los estudios empíricos demuestran, según A. NIETO GARCÍA, *La burocracia I. Pensamiento democrático*, Instituto de Estudios Administrativos, ENAP, Madrid, 1976, pp. 532 y ss., que el ejercicio de poder y el intento de mantener el orden dentro de la Administración en base a instrucciones imperativas y sanciones disciplinarias son manifiestamente ineficaces. Además, este mismo autor señala que la potestad disciplinaria apenas se ejerce dentro de la Administración y, cuando ello ocurre, no es normalmente con la finalidad de imponer realmente el cumplimiento de los deberes y obligaciones estatutarias de los funcionarios, sino con otro tipo de fines, que permiten calificar el uso de dicho poder como arbitrario.

²⁷² En esta línea, véase: M. FERIA ROMERO, *Aplicabilidad de las normas éticas en la Administración pública gallega*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1999; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La ética en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 2000; y del mismo autor, “Ética en la Administración Pública”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 73, 1996, pp. 117 a 158; J. L. MEILÁN GIL, “Ética pública e formación de funcionarios”, *RGAP*, n.º 7, 1994, p. 227 [Este artículo recoge la intervención realizada por este autor en la presentación del libro coordinado por J. Rodríguez-Arana Muñoz, *Ética pública e formación de funcionarios...*, op. cit., que recoge las diversas aportaciones al V Seminario europeo de centros de formación de personal de entidades territoriales, realizado en abril de 1993, en la Escuela Gallega de Administración Pública]; J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Ética institucional...*, op. cit.; del mismo autor, *La dimensión ética*, Dykinson, Madrid, 2001; “Ética y gobernabilidad”, *AA*, n.º33, 1998, p. 697; y “La ética en la modernización de las Administraciones Públicas”, *AA*, n.º7, 1999, p. 173; y M. VILLORIA MENDIETA, M., *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*, Tecnos, Madrid, 2000.

correspondientes debe ser alguien que conozca la profesión, que domine su *ethos* particular²⁷³.

Poniendo el acento en el carácter deontológico de la potestad disciplinaria de la Administración podemos observar que el modelo seguido por nuestro ordenamiento respecto a la deontología profesional de los funcionarios, posee un claro paralelismo con el modelo deontológico propio de los profesionales integrados en un Colegio Profesional, el cual es, a su vez, radicalmente distinto del modelo propio de los países anglosajones.

En nuestro país, la tipificación de las infracciones y las sanciones aplicables a los profesionales se encuentra fijada, básicamente, en normas de carácter reglamentario. El cumplimiento del estatuto profesional radica en manos de un órgano dotado de la potestad sancionadora. El *ethos* de la profesión es, en ambos casos, aplicado por alguien que también forma parte de la profesión. Sin embargo, este *ethos* no deriva de la autorregulación, sino que es un *ethos* impuesto mediante el ejercicio de autoridad pública, de prerrogativas de poder público, en definitiva, mediante el ejercicio de las potestades reglamentaria y sancionadora. Unas potestades, sin embargo que, debido a las características propias del ámbito en el que deben ser aplicadas, permiten una relajación de los principios de legalidad y tipicidad²⁷⁴.

²⁷³ Ello explica que algunos funcionarios estén sometidos a un doble control disciplinario, el derivado de su relación con la Administración pública y el que les es exigible por parte del Colegio Profesional al que pertenecen. En este sentido, podemos traer a colación aquí la STC 69/1985, de 30 de mayo, que declaró la no necesidad de colegiación de los letrados al servicio de las CCAA, aplicando por analogía el criterio que recoge la normativa específica para los abogados del Estado. Por el contrario, la STC 131/1989, de 19 de julio, en el supuesto de un médico que prestaba sus servicios en el INSALUD, entendió que la relación funcional no exime de la obligación de colegiación correspondiente. La solución depende, pues, de la respuesta que haya dado el legislador. Ahora bien, esta respuesta solamente se encuentra justificada si se atiende a la falta de capacidad de la Administración, frente a la adecuación de los colegios correspondientes, para valorar adecuadamente la *lex artis* de la profesión médica. Incide en este aspecto, A. FANLO LORAS, en *El debate sobre los Colegios profesionales y las Cámaras Agrarias*, Civitas, Madrid, 1992, p. 138.

²⁷⁴ El carácter reglamentario de las normas deontológicas de los colegios profesionales y el carácter abierto de las infracciones tipificadas en ellos ha sido considerada por el Tribunal Supremo como perfectamente compatible con la calificación de las sanciones impuestas como sanciones administrativas. Así, en la STS de 15 de febrero de 1982 (Arz 966) puede leerse: “Que si el acuerdo recurrido, por su contenido (imposición de una sanción al accionante) pertenece a un *genus* derecho sancionador administrativo, en el que, si no con la misma rigidez que en el derecho penal, sí que se exige la concurrencia del presupuesto de un hecho perfectamente tipificado y subsumible en los supuestos sancionables previstos en el correspondiente ordenamiento (...), sin embargo, dentro de este género, corresponde a una especie del mismo (derecho disciplinario de profesionales), regido por unas normas deontológicas de actuación profesional, en el que los deberes impuestos a los colegiados están transidos

Las enseñanzas de algunos modelos de derecho comparado permiten poner de relieve que las normas, y destacadamente las normas éticas, poseen un mayor grado de cumplimiento cuando están basadas en relaciones de autoridad y no en relaciones de poder. Esta eficacia es todavía mayor si tales normas surgen de un proceso previo de autorregulación, de modo que los destinatarios de las mismas se sientan identificados con ellas²⁷⁵.

La autorreflexión de los profesionales de la Administración sobre la definición de sus deberes y obligaciones llevaría aparejado, seguramente, una transformación notable de los contenidos actuales del estatuto de la función pública. Dicho estatuto no puede seguir basándose en la responsabilidad de los funcionarios frente al Estado, sino que debe hallar su fundamento en su autorresponsabilidad en la satisfacción de los fines de interés general y, en definitiva, en su función de servicio a los ciudadanos y a la sociedad. A este nuevo modelo responden las principales preocupaciones y las más novedosas propuestas de reforma de la función pública, que se caracterizan por el destacado protagonismo que adquiere en ellas el fomento de la autorregulación.

2. Explicaciones al impulso de la autorregulación en la función pública.

Si bien los modelos de derecho comparado y los análisis de la ética aplicada tienen una incidencia directa en el desarrollo de la autorregulación en la función pública, también algunos de los presupuestos que explican el desarrollo de la autorregulación en algunos de los ámbitos analizados hasta ahora se reproducen en este caso. En concreto, la necesidad de recurrir a la profesionalización de los funcionarios y

de un hondo sentido ético (...), circunstancia que naturalmente implica una tipificación de las conductas sancionables más laxa que la establecida en los restantes derechos sancionadores”.

En una línea parecida, aunque más respetuosa con el principio de tipicidad, puede verse la STC 219/1989, de 21 de diciembre en la que, una vez establecida, con carácter general, la admisión de conceptos jurídicos indeterminados para la tipificación de las infracciones administrativas señala, en su F. J. 5: “(...) que la remisión a los acuerdos de las juntas definidores de los deberes sociales, profesionales o legales relacionados con la profesión debe entenderse referida, muy especialmente a las normas deontológicas que dichas juntas puedan aprobar y se hallen vigentes en cada momento”.

²⁷⁵ No podemos sino compartir las conclusiones de G. DELLIS y S. A. PAPPAS, en “Desde la mera disciplina hasta una verdadera deontología”, *DA*, n.º 241-242, 1995, p. 514: “Para alcanzar el objetivo de eficiencia y pasar de la disciplina a la deontología, es necesario considerar al empleado público y, sobre todo, al alto funcionario como un actor y no como un simple destinatario de órdenes. Para que esto sea posible, como parte de los cambios institucionales, es preciso que tanto el “creador del

de apelar a su autorresponsabilidad está relacionado con un déficit de ejecución de la normativa que intenta evitar la existencia de conductas éticamente reprobables en el seno de la función pública y dice también relación con la complejidad ética que entraña la aplicación de la citada normativa. Estas dificultades explican, a su vez, el aumento de la corrupción y se encuentran relacionadas, entre otros fenómenos, con la influencia de la globalización y el desmantelamiento del Estado social.

A) Influencia del desmantelamiento del Estado en la función pública.

El proceso de desmantelamiento de los Estados obliga a los funcionarios públicos a realizar idénticas tareas a las que tenían asignadas hasta ahora, en un contexto completamente distinto, caracterizado por la falta de recursos económicos y la privatización de las formas de gestión pública. No sólo se privatiza la forma y el régimen jurídico de organizaciones que tienen encomendada la materialización de funciones públicas, sino que se introducen también, en el seno de tales organizaciones, principios y técnicas propias del *management*, es decir, de la organización científica del trabajo propia del ámbito empresarial²⁷⁶.

La introducción de mayores espacios de discrecionalidad, la previsión legal de márgenes de actuación negociada y el crecimiento de la actividad informal, son algunos de los rasgos que describen el ambiente que rodea la función pública en la actualidad. La búsqueda de la eficiencia y de la eficacia a través de estos caminos, sin que se hayan introducido simultáneamente las medidas necesarias para que se produzca una transformación cultural en el seno de la Administración Pública, ha sido una fuente de nuevos problemas. Se ha puesto de manifiesto que este nuevo contexto de gestión, por un lado, no ha facilitado en nada el cumplimiento de los estándares de conducta propios

sistema”, es decir, el ejecutivo y el legislativo, como las personas “que hacen parte del sistema”, es decir, los empleados públicos, cambien de mentalidad y miren la Administración desde un ángulo diferente”.

²⁷⁶ La influencia del *management* se acentúa durante la década de los ochenta, al hilo de la difusión de las ideologías neoliberales y en la perspectiva de una reforma de la Administración que toma en consideración tanto una retracción del Estado (Estado mínimo) como una modernización administrativa de signo antiburocrático. Una sociedad que se encuentra en permanente transformación no puede aceptar una burocracia inercialmente vinculada a rutinas y procedimientos preestablecidos. Los ciudadanos reclaman respuestas personalizadas e inmediatas, y no la remisión a la normativa pertinente. Todo ello favorece una dinámica caracterizada por la defensa de una Administración gestionada como una empresa y con criterios de mercado. Algunas de estas ideas se encuentran reflejadas en el documento de trabajo elaborado por Ministerio de Administraciones Públicas, *Reflexiones para la modernización de la Administración del Estado*, MAP, INAP, BOE, Madrid, 1990.

de la función pública y, por el otro, según algunos autores, ha contribuido a la proliferación de los supuestos de corrupción²⁷⁷.

En un estudio elaborado por el Comité de Gestión Pública de la OCDE, se pone de manifiesto que estos cambios han colocado a los funcionarios ante situaciones nuevas para ellos, de conflicto de intereses o de objetivos, sin que se les hayan ofrecido a cambio concretas directrices sobre la forma de proceder²⁷⁸. Al mismo tiempo, los funcionarios deben enfrentarse a un aumento de la presión y de las exigencias de los ciudadanos, que reclaman unos servicios públicos de mejor calidad. Esta presión se ve exacerbada por los propios intentos de los gobiernos de establecer públicamente mayores niveles de calidad en la gestión y de exponer a los funcionarios al examen público de su actuación²⁷⁹.

B) Problemas derivados de la falta de ejecución de las normas.

En un contexto como el expuesto, la regulación actual del estatuto de la función pública no parece ser suficiente para garantizar la existencia de un cuerpo de profesionales preparados para afrontar el reto de servir con objetividad los intereses generales. La formación de los empleados públicos es inadecuada a las exigencias de su profesión, cuando no manifiestamente insuficiente²⁸⁰. Las normas que deberían

²⁷⁷ La doctrina viene advirtiendo que la intensificación de la corrupción en España se explica, en gran parte, por la propia modernización de la economía y de la Administración -que asume principios de desregulación, descentralización y privatización-. Todo ello, unido a un mayor control político de la actividad económica y al bloqueo de los controles institucionales, debido a la relativa huida del Derecho Administrativo, favorece una relativa impunidad de la gestión de los intereses públicos en beneficio de determinados particulares. En esta línea, pueden leerse las reflexiones de M. SÁNCHEZ MORÓN, “La corrupción y los problemas de control de las Administraciones públicas”, en F. J. Laporta y S. Álvarez (Eds.), *La corrupción política*, Alianza, Madrid, 1977.

²⁷⁸ Entre los cambios en el contexto de la función pública que poseen una relación directa con esta situación, el mencionado estudio destaca la asunción de “nuevas responsabilidades como consecuencia de la delegación de funciones y la mayor discrecionalidad de gestión; la mayor comercialización del sector público; la cambiante interrelación entre los sectores público y privado y los cambiantes mecanismos de rendición de cuentas”: Comité de Gestión Pública de la OCDE: *La ética en el servicio público*, MAP, INAP, BOE, Madrid, 1997, p. 22 [También publicado como *L'ètica en el servei públic. Pràctica i temes actuals*, OCDE, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Generalitat de Catalunya, Diputació de Barcelona, Barcelona, 1998].

²⁷⁹ Los mismos informes que prevén mayor flexibilidad en la gestión administrativa introducen, esta flexibilidad porque parten de la consideración del ciudadano como cliente, e intentan imponer, precisamente, una mayor transparencia en la gestión, que incluye la identificación de los funcionarios y el acceso a la información pública por parte de los ciudadanos y los medios de comunicación. Sobre ello véase, AA.VV., *Reflexiones para la modernización...*, op. cit.

²⁸⁰ Es inadecuada, como regla general, porque no se ha adaptado el sistema de oposición a las exigencias reales de las tareas que van a desarrollar los profesionales de la Administración en el ejercicio

indicarles qué deben hacer y cómo, no forman un marco legal coherente, están repletas de garantías y se encuentran ayunas de soluciones²⁸¹. Si, además, estas normas se incumplen, no solo no se alcanzan los fines propuestos, sino que se causan graves perjuicios al Estado y a la sociedad²⁸².

Pues bien, esto es lo que a menudo sucede²⁸³. El déficit de ejecución normativa trae causa, a veces, de la falta de colaboración de los funcionarios²⁸⁴. En otras ocasiones este problema deriva del exceso de normas, la multiplicación de las garantías procedimentales y la burocratización²⁸⁵. Pero también se produce una transgresión del ordenamiento cuando, para materializar ciertas políticas, estos mismos funcionarios deciden prescindir de las garantías tan machacona y reiteradamente incrustadas en su estatuto²⁸⁶. El incumplimiento de estas garantías es todavía más grave cuando la actuación de los funcionarios ni siquiera se dirige a la consecución de un fin público²⁸⁷.

de sus funciones. Es manifiestamente insuficiente cuando la ocupación de los empleos trae causa de razones distintas al mérito y la capacidad. Por lo demás, una vez han accedido a sus respectivos cargos, como regla general, los cursos de formación destinados a los funcionarios están destinados a actualizar sus conocimientos en función de la evolución de las normas legales y reglamentarias que deben ser objeto de aplicación por ellos, y no dedican apenas ninguna atención a la formación ética, a la actividad de autorreflexión sobre cómo deben desempeñar correctamente esta tarea de ejecución y aplicación del Derecho en el marco organizativo concreto en el que ejercen su profesión.

²⁸¹ Hemos hecho referencia ya al perfil marcadamente garantista de las normas reguladoras de la función pública -propio, por lo demás, de la concepción tradicional del Derecho Administrativo- y al déficit de pautas positivas de conducta. Queremos destacar ahora otro de los problemas que aquejan el buen funcionamiento de las administraciones públicas: la hiperregulación. Con este término se alude fundamentalmente al volumen incontrolado de normas, pero también a la diversa procedencia de las mismas, las complicadas relaciones entre ellas, y sus contradicciones. Este panorama es predicable tanto de las normas que forman parte del estatuto de la función pública como de las normas que tienen por objeto la concreción de fines públicos.

²⁸² Nos permitimos recordar aquí que las normas que condicionan la actuación de los funcionarios pueden ser, básicamente, de dos tipos: normas que pretenden implementar determinadas políticas y normas que forman parte del estatuto de la función pública. En ambos casos, su incumplimiento perjudica fines públicos, debilita la credibilidad del Estado y constituye un atentado contra las legítimas expectativas de la sociedad.

²⁸³ Estamos convencidos del acierto del profesor Alejandro Nieto en el diagnóstico de los principales problemas que aquejan a la Administración española. Puesto que este diagnóstico, y todos sus fundamentos, han sido explicado por este autor con insuperable claridad, nos remitimos en toda su extensión a su monografía, diversas veces citada, *La organización del desgobierno*. Las reflexiones vertidas en el texto sobre el déficit de ejecución de la legislación están tomadas de las ideas contenidas en la citada monografía.

²⁸⁴ La falta de colaboración de los empleados públicos puede responder a motivaciones muy diversas: desde el posicionamiento político de dichos empleados frente al partido que ostenta el poder, hasta la desidia de emprender una tarea costosa, que se conoce de antemano que no va a dar ningún fruto, pasando por el inmovilismo general, tantas veces destacado, de los funcionarios frente a cualquier cambio en su actividad cotidiana.

²⁸⁵ A menudo es precisamente el exceso de celo en el cumplimiento de las garantías lo que desvía al personal de la administración de los fines realmente propuestos por las normas y, por tanto, de los fines para los que ha sido concebida su actividad.

²⁸⁶ Este tipo de incumplimiento puede adoptar formas muy diversas: desde la toma de decisiones prescindiendo de los procedimientos -cuya formalización se realiza *a posteriori* para cubrirse frente a

En cualquiera de los casos, la falta de diligencia, la falta de transparencia u objetividad, el incumplimiento de las normas procedimentales, el trato desigual a los ciudadanos, el favorecimiento de los intereses de concretos administrados, o incluso de los intereses propios, constituyen infracciones disciplinarias e incluso pueden ser actuaciones constitutivas de delito. Ocurre, sin embargo, que este tipo de actuaciones sólo puntualmente salen a la luz y, cuando lo hacen, se ventilan ante los tribunales. Ello indica una clara insuficiencia del control disciplinario, un ejercicio deficiente de este tipo de control y una larvada complicidad de políticos y funcionarios públicos en la aceptación de ciertas conductas dudosamente legales²⁸⁸. Esta judicialización explica también la percepción pública, claramente negativa, de la Administración. Buena parte de los ciudadanos presumen que la actuación de los empleados públicos mayoritariamente es contraria a los intereses generales y, por ende, ilegal. Esta impresión es confirmada, a veces incluso generada, por los medios de comunicación.

Con la intervención de los medios, en muchas ocasiones, aumenta considerablemente la dimensión de la realidad, no sólo en lo que respecta a su impacto, sino también en lo relativo a su consideración moral²⁸⁹. Con esta combinación, los grandes escándalos han cristalizado en la conciencia de la sociedad, generando un verdadero déficit de confianza en la función pública y en los poderes públicos en general²⁹⁰.

posibles impugnaciones - hasta los supuestos de inaplicación generalizada de una legislación, para utilizar luego su carácter vinculante como amenaza, pasando por todas las desviaciones y formas de corrupción imaginables.

²⁸⁷ El incumplimiento de las garantías propias del estatuto del personal al servicio de la administración al servicio de fines privados constituye el supuesto más evidente de corrupción.

²⁸⁸ La notoria falta de aplicación del derecho disciplinario fue tempranamente puesta de manifiesto, entre otros, por A. NIETO GARCÍA, “Problemas capitales del Derecho disciplinario”, op. cit., pp. 40 y ss.; y es reiterada recientemente por otras generaciones de autores, como F. A. CASTILLO BLANCO, en *Función pública y poder disciplinario del Estado...*, op. cit., pp. 181 y ss.

²⁸⁹ Los medios de comunicación, respaldados por importantes intereses políticos o económicos contribuyen a la creación de una serie de realidades virtuales, en las que los hechos, presentados con una u otra carga valorativa, pasan ante nosotros a gran velocidad, sin que podamos controlar sus orígenes ni sus referentes. Los intentos de relativizar la importancia de determinados hechos delictivos, junto con su extremo opuesto, esto es, la criminalización de comportamientos sólo reprobables éticamente, marcan los polos de un espectro de actitudes que sólo consigue, en el tema que nos ocupa, desmotivar a la opinión pública y a la ciudadanía en general.

²⁹⁰ A los ojos de la ciudadanía, funcionarios y cargos electos tienden a ser considerados una misma cosa. Son elocuentes al respecto las palabras de Gilman que se transcriben en el estudio del Comité de Gestión Pública de la OCDE, *La ética en el servicio público*, publicado por MAP, en 1997: “La cuestión es determinar contra quién se dirigen las iras del ciudadano. Por ejemplo, al hablar del gobierno federal, la mayoría de los estadounidenses no distinguen entre los poderes legislativo y

Así pues, la imagen de la función pública se ha visto desgastada por la proliferación de casos de corrupción y soborno, que son los más recurrentes en los tribunales, y por la impresión generalizada de que las burocracias estatales sirven más a los intereses particulares de políticos y funcionarios que a los intereses generales²⁹¹. Ello no obstante, la corrupción no se limita a los comportamientos de carácter ilegal. También denotan prácticas corruptas los comportamientos que podríamos calificar de no éticos, por ser contrarios a las directrices, principios o valores éticos, y los comportamientos improcedentes, esto es, aquellos contrarios a la costumbre o a la práctica habitual²⁹².

A diferencia de lo que ocurre con algunos de los problemas detectados hasta ahora, el de la corrupción no es un problema propio de una época ni de un determinado modelo de Estado²⁹³. Sin embargo, su percepción actual es más manifiesta. Y no es solamente obra de los medios de comunicación. También influye su aumento efectivo, en algunos ámbitos, y la mayor eficiencia en el descubrimiento de situaciones

ejecutivo; ni tampoco, en el seno del poder ejecutivo, entre los políticos y los funcionarios...; no es de extrañar, por tanto, que a menudo se tache de corrupto al gobierno en su conjunto". El texto citado por el Comité de Gestión Pública procede del artículo de S. GILMAN y C. LEWIS, "Public Service Ethics: A Global Dialogue", *Public Administration Review*, 1996.

²⁹¹ La corrupción así entendida dice relación con comportamientos vinculados al abuso de cargo público o al incumplimiento de normas jurídicas por parte de los responsables públicos. En una visión general del fenómeno, corrupción sería toda acción adoptada por un empleado público en el ejercicio de su cargo, que se desviara de las obligaciones jurídicamente establecidas por razones de interés privado. El espectro de fenómenos incluidos en esta aproximación es muy diversa y va desde aquellos supuestos en los que el empleado público decide favorecer a quien le proporciona un beneficio económico hasta aquellos otros en los que se vale de su posición para conseguir ilegítimamente beneficios pecuniarios o de status para él o sus familiares.

²⁹² Esta aproximación supone en realidad una aproximación sociológica a la corrupción, que permite poner de manifiesto que conductas consideradas actualmente corruptas eran perfectamente válidas en Europa occidental varios siglos atrás. Algunos autores han traído a colación ejemplos tan ilustrativos como la general aceptación de la venta de cargos dos siglos atrás y la defensa de este método de acceso a la función pública por autores tan poco sospechosos como Montesquieu o Bentham. En base a estas consideraciones se ha establecido una gradación de la corrupción, en función de la valoración social de las actividades que pueden calificarse como corruptas. La "corrupción negra" incluiría aquellas acciones condenadas tanto por las elites de un país como por la ciudadanía; la "corrupción gris" correspondería a aquella situación ambigua que, a pesar de no existir consenso, es condenada por sectores relevantes de la población; la "corrupción blanca" define aquellas situaciones de corrupción toleradas o aceptadas implícitamente por la sociedad. Sobre ello M. VILLORIA MENDIETA, *Ética pública y corrupción...*, op. cit., p. 26 y bibliografía allí citada. Desde otra perspectiva, en cambio, se afirma con claridad que toda conducta corrupta es una conducta ilegal en la medida en que se dirige contra el derecho a contar con una administración que sirva con objetividad los intereses generales. En esta línea, A. SABAN, *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, 1991, citado por J. RODRÍGUEZ-ARANA, *Principios de ética pública. ¿Corrupción o servicio?*, Montecorvo, Madrid, 1993, p. 91.

²⁹³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, op. cit.

irregulares²⁹⁴. En este sentido, el déficit de confianza en los poderes públicos se ha visto notablemente afectado. Esta falta de confianza deriva tanto de la generalizada inejecución de las normas jurídico-públicas, como de la difusión pública de los casos de corrupción, que no se han detenido en las fronteras de los Estados.

C) *La internacionalización de la corrupción.*

La globalización ha aumentado los contactos entre cargos públicos y empresas multinacionales con sede en el extranjero. Parece que en este ámbito existe una práctica, por lo visto bastante generalizada, según la cual, las empresas que pretenden conseguir algún tipo de contrato en un país extranjero tienen que pagar sobornos a los gobiernos o a los funcionarios de dicho Estado. En algunos de estos casos la corrupción de un empleado público puede derivar de su fidelidad a un régimen que de por sí es corrupto. Pero también se advierten este tipo de prácticas en Estados respecto a los cuales no nos atreveríamos a utilizar este calificativo. En este contexto, un tema como el de la ética pública, tan directamente relacionado con Derecho Administrativo, ha dejado de ser un asunto interno de cada país²⁹⁵.

A nivel internacional se vienen impulsando algunas acciones concretas que responden a este fenómeno. Las primeras iniciativas surgieron de la Asamblea General

²⁹⁴ La vinculación del aumento de los casos de corrupción con el desarrollo del Estado social posee una explicación que parece plausible. Según J. RODRÍGUEZ-ARANA, *Ética institucional...*, op. cit., p. 79: “Un Estado que interviene en todos los recodos de la vida social, alienta necesariamente la creación de grupos de interés que desean sacar beneficios directos de los poderes públicos”. A los efectos del discurso que venimos manteniendo, no es excesivamente relevante determinar si han aumentado realmente los supuestos de corrupción, o si, por el contrario, se han puesto sobre la mesa los instrumentos necesarios para que estos salgan a la luz y, a pesar de su disminución, la percepción es la contraria. Lo que si parece ser cierto es que, a los ojos de la opinión pública, la Administración no ha demostrado su capacidad para gestionar con eficacia los fines públicos que tiene encomendados. En concreto, no se tiene la impresión de que la Administración sea capaz de gestionar tales fines sin generar dilapidación y corrupción. Esta percepción tiene como consecuencia inmediata una importante quiebra de confianza en el Estado y en las instituciones públicas en general, que, de un modo u otro, debería ser restaurada. Reflexionan con mayor profundidad sobre estos aspectos: J. PÉREZ ROYO, “Crisis del Estado social: un falso debate”, en J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera (Eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 45; y J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, en *Nuevas claves del Estado del Bienestar (Hacia la Sociedad del Bienestar)*, Temas Básicos de Derecho Administrativo, Comares, Granada, 1999, pp. 58 y ss.

²⁹⁵ En otros países esta dimensión global de algunos aspectos relacionados con el Derecho Administrativo ha llevado a una reformulación de la disciplina. Así lo señala M. C. CAPUTI, *La ética pública*, Depalma, Buenos Aires, 2000, citando a A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, t. I. Por lo visto este manual, en la definición de la disciplina, incluye una sección titulada, precisamente: “No es solamente derecho interno”.

de las Naciones Unidas, que fomentó la adopción de un Acuerdo Internacional sobre Pagos Ilícitos, con el objeto de evitar la corrupción transnacional. También se pretendía aprobar un Código Internacional de Conducta para funcionarios públicos que recogiera la sensibilidad de la ONU sobre esta materia²⁹⁶. El fracaso de estas iniciativas de la ONU condujeron a la OCDE a retomar, a petición de Estados Unidos, las acciones necesarias para sancionar los pagos ilícitos. El primer paso consistió en la creación de un grupo de trabajo dependiente del Comité de Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales (CIME), de la OCDE, compuesto por expertos de distintos países miembros. Tras tres años de estudios y negociaciones, en mayo de 1994, el Consejo de la OCDE aprobó la “Recomendación sobre Pagos Ilícitos en las Transacciones Económicas Internacionales”²⁹⁷. Los trabajos de este organismo han dado lugar también a la “Convención para combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las

²⁹⁶ En diciembre 1975, la Asamblea General de Naciones Unidas discutió la cuestión de las prácticas corruptas en las transacciones comerciales internacionales, centrándose específicamente en el papel de la corrupción transnacional. La Asamblea general pidió al Consejo Económico y Social que se dirigiera a la Comisión sobre Empresas Transnacionales (UNCTC) para que analizara un modo de poner freno a dichas prácticas. En 1976 se creó un grupo de trabajo *ad hoc* dentro de esta Comisión para afrontar el problema. Los resultados del trabajo de este grupo dieron lugar a una propuesta de Acuerdo Internacional sobre Pagos Ilícitos. No obstante, en 1979, el Comité Segundo de la Asamblea General discutió estas propuestas de resolución, acordando no llevar a cabo ninguna acción. El día 5 de diciembre de 1980 la Asamblea General de la ONU “tomó nota” del informe del Comité Segundo, sin que desde entonces se haya resuelto hacer nada.

Aproximadamente por las mismas fechas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos aprobó un “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, que no contiene ninguna mención expresa a la corrupción. El contenido de este código puede consultarse en la dirección de Internet: <http://www.unhchr.ch/spanisch/html>.

Unos años más tarde, la Organización Internacional Naciones Unidas reemprendió sus actuaciones de lucha contra la corrupción, centrándose en la Administración Pública. En 1990 se estableció un programa de acción para que los países miembros revisaran el derecho penal y formularan mecanismos administrativos y reglamentarios para prevenir las prácticas corruptas y el abuso de poder, o para que adoptaran procedimientos para la detección, investigación y condena de funcionarios corruptos. En el seno del IX Congreso de las Naciones Unidas que tuvo lugar los días 3 y 4 de mayo de 1995, sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, se presentó un proyecto de Código Internacional de Conducta para funcionarios públicos.

²⁹⁷ Esta Recomendación consta de cinco partes. La primera parte consiste en un llamamiento a los países miembros de la OCDE para que actúen en la lucha contra los sobornos a los funcionarios extranjeros relativos a las transacciones económicas internacionales. Cabe destacar que sólo se está refiriendo a pagos ilícitos a funcionarios públicos, sin hacer mención a los mismos en el sector privado. A continuación se define qué se entiende por pago ilícito o soborno. A efectos de la Recomendación se considera por tal el pago u ofrecimiento indebido, tanto de una forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero, en violación de sus deberes oficiales legales, con la finalidad de obtener o retener negocios. La segunda parte de la Recomendación recoge las áreas en las que los países miembros deben llevar a cabo una revisión de su ordenamiento legal para ver si contribuye al cumplimiento del objetivo general de la recomendación. La tercera parte se refiere a la cooperación internacional. La cuarta parte se refiere a las relaciones con países no miembros. Finalmente, la recomendación OCDE incluye una última parte relativa a los mecanismos de seguimiento, en la que se dan instrucciones al Comité de Inversiones y Empresas Multinacionales para que observe el seguimiento de la recomendación por los países miembros. Para más información puede consultarse: M. MADRID JUAN, “Recomendaciones de la OCDE sobre pagos ilícitos en las transacciones económicas internacionales”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 741, 1995, p. 47 a 54.

transacciones del comercio internacional”, adoptada el 21 de noviembre de 1997 y al primer “Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción”, de febrero de 1999²⁹⁸. Desde entonces se han multiplicado los encuentros, regionales e internacionales, sobre esta cuestión²⁹⁹.

A nivel europeo, a raíz de la Conferencia de Ministros de Justicia del Consejo de Europa se ha constituido un grupo multidisciplinario sobre la corrupción³⁰⁰. También son destacables dos iniciativas de la Unión Europea en esta materia: la apertura de un diálogo con los grupos de interés presentes en Bruselas tendente a adoptar códigos de conducta aplicables a los funcionarios de las diversas organizaciones y agencias de la Unión³⁰¹; y la aprobación del “Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea”³⁰².

²⁹⁸ El texto completo, así como diversos comentarios al mismo, figuran en el sitio Internet de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico: <http://www.ocde.org>.

²⁹⁹ En el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA) destaca la aprobación, en la Conferencia de Caracas de marzo de 1996, de la “Convención Interamericana contra la corrupción”. Los orígenes de este Convenio se remontan a las preocupaciones manifestadas por el uno de los Comités Consultivos de la Organización de Estados Americanos, el Comité Jurídico Interamericano. Gracias a su actuación, mediante la Resolución 1294/94 de la OEA, se creó un grupo de trabajo denominado “Probidad y Ética Cívica”. En la Cumbre de las Américas que tuvo lugar en Miami, en diciembre de 1994 se aprobó un plan de acción contra la corrupción. En diciembre de 1994 el representante de Venezuela presentó ante el Consejo Permanente de la OEA un proyecto de Convención, que fue aprobado por la Asamblea General de este organismo en junio de 1995 y por una Conferencia Especializada en marzo de 1996. Más información sobre este proceso, así como el texto de esta Convención (en la versión ratificada por Argentina), puede encontrarse en: M. C. CAPUTI, *La ética pública*, op. cit.

En esta misma línea pueden citarse también las “Reglas de Conducta de la Cámara de Comercio Internacional para combatir la extorsión y el soborno”, aprobadas en 1996. “Estas Reglas de Conducta, tal y como las ha concebido la comunidad internacional de negocios, aspiran a promover la autodisciplina profesional y por ello deberían beneficiarse del apoyo de los gobiernos. Aceptadas voluntariamente por las empresas, no sólo estimularán a alcanzar altos niveles éticos en las operaciones comerciales, ya sea entre empresas y organismos públicos, ya sea entre empresa y empresa, sino que crearán un útil sistema defensivo para las empresas expuestas a intentos de corrupción”: Texto extraído de la dirección de Internet: <http://www.usinfo.state.gov/journals/ites/1198/ijes/facticc.htm>

³⁰⁰ Informa sobre estos acontecimientos M. CARMONA RUANO, “Medidas para hacer frente a la corrupción en el seno de la Administración Pública”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 741, 1995, pp. 66 y ss.

³⁰¹ La propuesta de apertura de este diálogo surge del documento: “Un diálogo abierto y estructurado entre la Comisión y los grupos especiales de intereses”, publicado en el DOCE C n.º 63, de 5 de marzo de 1993, p. 2. Esta iniciativa ha dado lugar a la aprobación, entre otros, de: el “Plan de Acción sobre la reforma de la Comisión”, de 5 de abril de 2000, que incluye una relación de normas deontológicas de la función pública; y la Decisión de la Agencia Europea del Medio Ambiente, de 20 de marzo de 2000, que establece el “Código de buena conducta administrativa de la Agencia” (DOCE L n.º 216, de 26 de agosto de 2000, p. 15).

³⁰² Este Convenio fue aprobado por el Consejo el 26 de mayo de 1997. Sobre el mismo puede consultarse la siguiente dirección electrónica: <http://europa.eu.int/eur-lex/es/index.html>.

En todos estos instrumentos de ámbito supranacional se impulsa la adopción de medidas estatales contra la corrupción. Este impulso, sin embargo, también proviene de acciones concretas de determinados Estados, con importantes repercusiones en su relación con los demás. Es el caso, por ejemplo, de Alemania que, mediante una decisión gubernamental adoptada en el año 1997, establece que, en todos los convenios de ayuda financiera que suscriba con países en vías de desarrollo se incluirá una “cláusula anticorrupción”, en virtud de la cual la ayuda vendrá condicionada a la vigencia de “acciones efectivas” contra las prácticas corruptas de cualquier tipo en aquellos países³⁰³.

D) Complejidad ética

Después del análisis expuesto parece evidente que, en el ejercicio de la función ejecutiva, en el cumplimiento de las previsiones que conforman el estatuto de la función pública y, en general, en el desarrollo de la actividad de los funcionarios, están implicadas cuestiones éticas de gran calado, que son objeto de preocupación por parte de los poderes públicos.

En estudios recientes sobre el estatuto de la función pública se viene destacando la conexión existente entre los deberes de los funcionarios y determinados principios o valores morales³⁰⁴. En base a esta conexión, diversos autores trasladan a nuestro país los enfoques de ética aplicada en la función pública propios de otros ordenamientos, vinculando algunas de sus soluciones a la autorregulación³⁰⁵.

³⁰³ Esta iniciativa se encuentra en la línea de otras parecidas llevadas a cabo por organismos como el Fondo Monetario Internacional. Informa sobre ellas: M. C. CAPUTI, *La ética pública*, op. cit., p. 157.

³⁰⁴ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La ética en la Administración Pública*, op. cit.; y del mismo autor, “Ética en la Administración Pública”, op. cit., pp. 117 y ss.

³⁰⁵ La traslación de este tipo de soluciones, sin embargo, no siempre lleva aparejada una traslación de todos sus fundamentos. En esta línea, por ejemplo, algunos autores siguen todavía anclados en una concepción de la ética basada en la existencia de “principios morales universales propios del servicio público”. En este sentido véase: J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Ética institucional...*, op. cit.; del mismo autor, *La dimensión ética*, op. cit.; “Ética y gobernabilidad”, op. cit., p. 697; y “La ética en la modernización de las Administraciones Públicas”, op. cit., p. 173. Otros autores, sin embargo, cuando ponen el acento en la importancia de la formación ética de los funcionarios, por ejemplo, parecen ser conscientes de que dicha formación debe constituir la base de un proceso posterior de autorreflexión sobre los principios éticos propios de la función pública. Así J. L. MEILÁN GIL, “Ética pública e formación de funcionarios”, op. cit., p. 227. En cualquier caso, sólo en base a la filosofía propia de la ética aplicada puede concluirse que la elaboración de códigos de conducta responde a una proceso de autorregulación. En este sentido: M. FERIA ROMERO, *Aplicabilidad de las normas éticas en la*

En esta misma línea se ha publicado en español el estudio realizado por el Comité de Gestión Pública de la OCDE sobre el tratamiento de las cuestiones éticas y de comportamiento en el servicio público³⁰⁶. En estos trabajos no sólo se pone de manifiesto la vertiente ética de los deberes y obligaciones tradicionales de los funcionarios públicos, sino que también se destaca el aumento de su complejidad. Una complejidad producida por la aparición de zonas de conflicto específicas del ejercicio de su actividad, así como por la penetración en el ámbito de la función pública de conflictos derivados de la transformación de determinadas normas sociales³⁰⁷. Complejidad, en cualquier caso, derivada de la cantidad de variables que se interrelacionan en la actividad de los empleados públicos y que deben ser tomadas en consideración en la reflexión ética de sus conductas³⁰⁸.

Ante la complejidad ética la solución que se viene apuntando es, de acuerdo con lo que venimos sosteniendo a lo largo de este trabajo, la autorresponsabilidad y la reflexión ética³⁰⁹.

Administración pública gallega, op. cit.; y, especialmente, M. VILLORIA MENDIETA, M., *Ética pública y corrupción...*, op. cit.

³⁰⁶ Este estudio está basado en un análisis de informes nacionales elaborados por Australia, Finlandia, México, los Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Portugal, el Reino Unido y los Estados Unidos. Su contenido se ha difundido en España gracias a su publicación en la Colección “Estudios” del Ministerio de Administraciones Públicas, bajo el título *La ética en el servicio público*.

³⁰⁷ El mayor pluralismo social tiene también su reflejo en el sector público, y como muestra de ello se plantean también en este ámbito la aplicación de medidas para la eliminación del acoso sexual o de prácticas racistas. En este sentido, en el informe de la OCDE, *La ética en el servicio público*, op. cit., p. 54, puede leerse: “La creciente complejidad e individualización de la sociedad han generado estructuras sociales más difíciles de aprehender y normas y valores ampliamente divergentes. La difuminación de las normas en la sociedad no se detiene a las puertas del servicio público”.

³⁰⁸ Una fuente de complejidad es el conflicto de criterios o racionalidades de actuación, en función de los interlocutores y del ámbito de actuación de los funcionarios. Pueden producirse conflictos entre las directrices políticas recibidas y los objetivos de la organización en la que se inserta el empleado público; conflictos entre estos mismos objetivos y los valores del sector social en el que se debe incidir; y existen también conflictos entre los propios principios organizativos entre sí: la eficiencia puede chocar con la rendición de cuentas; la eficacia puede chocar con la participación; la responsabilidad frente a las demandas ciudadanas puede chocar con la objetividad e independencia, y así sucesivamente. Todos estos aspectos son analizados en el informe de la OCDE, *La ética en el servicio público*, op. cit.

³⁰⁹ Como pone de manifiesto Teubner: “En el sistema político-administrativo existe una tensión inherente entre su función social (la formulación y la ejecución de decisiones vinculantes) y las operaciones que realizan (la conservación de los recursos de poder y la promoción de la legitimación), que puede reconciliarse internamente sólo mediante procesos de reflexividad política (centrándose en qué trata a política e imponiéndose límites a lo que puede hacerse en nombre de la toma de decisiones y de la conservación de poder)”: G. TEUBNER, “Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno”, en P. BOURDIEU y G. TEUBNER, *La fuerza del Derecho*, Siglo del Hombre Editores/Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes/Ediciones Uniandes/Instituto Pensar, Santafé de Bogotá, 2000, p. 131.

En palabras de R. DEL ÁGUILA, *La senda del mal. Política y razón de Estado*, Taurus, Madrid, 2000, p. 46: “La medida y el juicio, la prudencia y la reflexión, la autotransformación y la acción concreta es lo que nos queda para enfrentar las desgarraduras en nuestra forma de vida. No tenemos otras herramientas y hay que esperar que éstas basten”.

En coherencia con las consideraciones expuestas, ante las presiones sociales, los poderes públicos, además de introducir nuevos controles –sobre todo de carácter preventivo, allí donde éstos no existían-, reaccionen ante la complejidad ética reforzando la autorregulación.

E) Presión social y reacción de los poderes públicos

Las dificultades de implementación de las políticas públicas y la falta de una ética común en el ámbito de la función pública, por mencionar los aspectos más relevantes del discurso que venimos desarrollando, poseen una doble vertiente. Por un lado constituyen, obviamente, un problema en si mismos -corrupción, ineficacia, desvirtuación e incumplimiento de fines públicos-; por otro lado, sin embargo, se erigen en fuente de otros problemas, si cabe, más difíciles de resolver, como la falta de credibilidad en el sistema y, a raíz de ello, la falta de confianza de los ciudadanos en el mismo³¹⁰. Los ciudadanos reclaman calidad de los servicios, confianza en los servidores públicos y transparencia en su actuación.

La presión de los ciudadanos se ejerce, directamente, ante las ventanillas de la Administración, y de forma indirecta, utilizando medios de presión política, o haciendo uso de los cada vez más numerosos recursos jurídicos, incluidos los medios judiciales de impugnación. Esta presión social se ve notablemente aumentada cuando intervienen los medios de comunicación, los cuáles ejercen una presión intensa y una vigilancia continua sobre los errores de los gobiernos.

No es de extrañar, pues, que los gobiernos de todos los países hayan adoptado iniciativas al respecto. Existen diversas líneas y diversos frentes de actuación. Además de los controles externos existentes se refuerzan los controles internos, más o menos vinculados a la configuración tradicional de la Administración³¹¹. Son diversas las

³¹⁰ En esta línea, el estudio de la OCDE se enfrenta no sólo a la necesidad de eliminar la corrupción, sino también a la cuestión relativa a los problemas generados por la apariencia de corrupción. En este sentido, se pone el acento en la necesidad de devolver la confianza de la sociedad en los poderes públicos.

³¹¹ Entre los controles internos anclados en la concepción jerárquica y burocrática de la administración, destaca el papel de los inspectores internos e interventores, con funciones de control financiero. Sobre el papel de este tipo de control como freno a la corrupción, M. SÁNCHEZ MORÓN, “La corrupción y los problemas de control de las Administraciones públicas”, en F. J. Laporta y S. Álvarez (Eds.), *La corrupción política*, op. cit. Desde una visión de la Administración influenciada por

iniciativas relacionadas con la modernización de la Administración en las que se hace especial hincapié en la formación de los empleados públicos y se propugna una nueva cultura administrativa que permita aumentar la responsabilidad individual del funcionario y su compromiso con el ciudadano³¹². En este tipo de iniciativas se reflexiona también sobre la necesidad de introducir algún tipo de presión motivacional para que los empleados encuentren alicientes a su trabajo³¹³.

Según los datos ofrecidos por el estudio del Comité de Gestión Pública de la OCDE, *La ética en el servicio público*, en algunos países se han ensayado revisiones globales para detectar lagunas en el sistema de gestión ética³¹⁴; en otros ha tenido lugar un replanteamiento de la gestión ética en relación con la nueva reforma global de la gestión pública³¹⁵; y, en fin, en otros se han adoptado medidas concretas, integradas en los programas de modernización del sector público³¹⁶.

En cualquier caso, nos interesa desatacar la progresiva adopción de medidas que dicen relación con la autorregulación. Este tipo de medidas, conviene subrayarlo, se presentan en todos los casos como complemento de las medidas legislativas y judiciales. Ningún país se ha planteado reducir las obligaciones estatutarias de los funcionarios ni eliminar los sistemas represivos previstos. Sin embargo, se viene poniendo el acento en la articulación de sistemas preventivos y en la implantación de mecanismos de autorregulación, para hacer efectivos los fines públicos que no parecen alcanzables mediante la regulación tradicional.

las técnicas de gestión empresarial, se ensayan otras técnicas, como las cartas de derechos de los ciudadanos frente a la Administración, los defensores del cliente en las organizaciones con atención al público, la creación de observatorios de calidad o la aprobación de premios a la calidad en el servicio. En esta línea, cabe citar en España la aprobación del RD 1259/1999, por el que se regulan las cartas de servicios y los premios de calidad en la Administración General del Estado.

³¹² Esta nueva cultura es recogida también por instancias internacionales, como lo demuestra el informe de la OCDE, *La Administración al servicio del público*, 1987 y se ha extendido en todos los países. Ha dado lugar a programas y proyectos de reforma en Gran Bretaña (*Financial Management Initiative*, 1982), en Estados Unidos (Informe del *National Performance Review*, de 1993), y en Italia (reformas de 1993-1994, bajo el impulso Cassese), entre otros.

³¹³ Nada más perjudicial para la motivación de los individuos en su trabajo que un sistema de retribución y de ascenso basado en la antigüedad o en el privilegio, sin ninguna consideración al rendimiento, al cumplimiento efectivo de los deberes o a las aportaciones para mejorar el servicio. En un ambiente de este tipo se explica que la ambición, la impaciencia, los incentivos injustos o la falta de seguimiento del trabajo, generen dinámicas perversas en la conducta de los funcionarios. Una vez identificados estos factores, puede cambiarse la tendencia mediante la introducción de nuevos sistemas de retribución, trabajo por objetivos, etc.

³¹⁴ Reino Unido, Noruega, los Países Bajos, Finlandia, Estados Unidos.

³¹⁵ Australia, Nueva Zelanda.

³¹⁶ Portugal, México.

Entre las medidas preventivas cabe señalar la creación de comités especializados que tienen atribuida la función de coordinar el marco ético de la función pública. Puede tratarse de comités parlamentarios, fiscalías especiales o organismos públicos creados ad hoc, de carácter departamental, o en forma de organismos independientes. Las funciones de estos organismos también son diversas. Encontramos organismos que investigan o persiguen las infracciones éticas, tengan o no carácter de delito; organismos de carácter asesor; y organismos de coordinación para la promoción de la ética³¹⁷.

La implantación de códigos éticos e instrumentos de autorregulación es otra de las líneas de actuación que marcan las más recientes políticas públicas en esta materia. En la actualidad estas medidas pueden encontrar un soporte científico en los estudios sobre la ética en la Administración³¹⁸. Dichos estudios no pretenden ofrecer una

³¹⁷ A título de ejemplo, puede citarse la existencia de organismos creados con el fin de facilitar la denuncia de conductas indebidas y de permitir a los funcionarios formular recursos o solicitar asesoramiento cuando se les pide la realización de una tarea que consideran improcedente o no ética. Estos procedimientos están previstos en el Reino Unido y en los Países Bajos, mediante la creación de las figuras, respectivamente, de los “Comisarios de la Función Pública Independientes” y los “Cargos de confianza”. En una línea parecida, en los Países Bajos se ha creado una Oficina de Denuncia al Servicio de Seguridad Interna (BVD), ante la cual los ciudadanos pueden denunciar faltas a la integridad por parte de los funcionarios. Más centrado en los aspectos económicos, puede citarse también la creación, en Francia de un Servicio Central de Prevención de la Corrupción, encargado de “la prevención de la corrupción y la transparencia de la vida económica y los procedimientos públicos”. Este servicio fue creado por la Ley 93-112, de 29 de enero de 1993, conocida como ley anticorrupción. Este Servicio posee una página web propia, que puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: www.justice.gouv.fr/minister/minscpc.htm

En Estados Unidos, mediante la *Ethics in Government Act*, sancionada en 1978, se creó la *Office of Government Ethics*. [El texto íntegro de esta ley se puede consultar en Internet, en la dirección: www.law.cornell.edu/uscode/5/ega.html. En realidad, esta norma es parte del *United States Code* y se integra en el apéndice del título 5, sobre la organización y el personal gubernamentales]. Las funciones que cumple esta oficina están directamente relacionadas con un enfoque preventivo. Corresponde a la *Office of Government Ethics*: a) Desarrollar, recomendar y revisar la normativa vinculada a las declaraciones patrimoniales de los servidores públicos, los conflictos de intereses y los estándares de conducta; b) Elaborar de programas de ética, emitir informes sobre posibles conflictos de intereses, recomendar medidas disciplinarias, asesorar causas penales e investigar posibles violaciones de la legislación anticorrupción; c) Revisar las declaraciones patrimoniales no confidenciales con el fin de prevenir posibles conflictos de intereses; d) Formar al personal de los organismos públicos difundiendo estándares de ética; e) Asesorar sobre los temas relacionados con sus funciones.

En lo que se refiere a organismos centrados en la promoción y la gestión ética, cabe mencionar la creación, en Australia, del Consejo Asesor de Gestión, que tiene encomendada la promoción de la buena conducta en el servicio público. En Nueva Zelanda la Comisión de Servicios del Estado es el órgano legalmente encargado del establecimiento de normas mínimas de integridad y buena conducta en el servicio público y de la promoción de sus valores.

³¹⁸ La ética en la Administración como campo de estudio científico especializado tiene su origen en los Estados Unidos en la década de 1970, a partir de una serie de estudios publicados en la *Public Administration Review*. Es en este momento cuando un conjunto de científicos sociales comienza a especializarse en este ámbito de investigación. De sus publicaciones y trabajos surge una teoría sobre los problemas relacionados con la ética pública y una metodología para darles solución. Una relación exhaustiva de los orígenes de esta disciplina y las principales aportaciones doctrinales puede consultarse

definición de los valores que deben guiar la conducta del Gobierno o de la Administración. En este sentido, se inscriben en las concepciones no normativas de la ética práctica. Promueven una ética reflexiva, basada en la autorregulación de los individuos y los grupos sociales³¹⁹.

Pues bien, la apuesta más destacada por la autorregulación y la adopción de códigos de conducta en el ámbito de la función pública ha venido de la mano del Informe del Comité de Normas de la Vida Pública, aprobado en 1995, en el Reino Unido³²⁰. Según este informe, el sistema de “Códigos de conducta” expresa una determinada concepción de la autorregulación que proviene de la propia experiencia anglosajona. Dicha experiencia demuestra que la disciplina impuesta y vigilada por los propios interesados ofrece grandes ventajas frente a la disciplina abstracta, y sólo excepcionalmente fiscalizable por los tribunales, impuesta por la legislación. Siguiendo estas recomendaciones, el mismo año 1995 se aprobaron en este país el “Código de la Función Pública” y el “Código de Prácticas del Tesoro para los Consejeros de Organismos Públicos”.

Siguiendo el ejemplo del Reino Unido, en otros países se han aprobado normas éticas o códigos de conducta que responden a la autorregulación. Sin embargo, la tradición reglamentista propia de los mismos ha tenido como consecuencia una absorción de esta autorregulación por parte del ordenamiento jurídico, de modo que los

en M. VILLORIA MENDIETA, *Ética pública y corrupción...*, op. cit., p. 28 y ss. Para más detalles, T. L. COOPER, “The Emergence of Administrative Ethics as a Field of Study in the United States”, en: T. L. Cooper (Ed.), *Handbook of Administrative Ethics*, op. cit., pp. 1 y ss.

³¹⁹ “Estos saberes prácticos no quieren darnos una respuesta definitiva, general y universalmente válida, firme e indudable, sino ayudarnos a articular un espacio reflexivo en el que sea posible pensar soluciones tentativas, flexibles, temporales y variables para nuestros problemas”: R. DEL ÁGUILA, *La senda del mal...*, op. cit., p. 75.

³²⁰ El Comité de Normas de la Vida Pública es una comisión parlamentaria creada en 1994, en el Reino Unido, con el fin de prevenir la corrupción. El Parlamento encargó a esta Comisión el estudio de la problemática de la conducta de los funcionarios públicos, a fin de hacer recomendaciones tendentes a mejorar la situación. Hasta la actualidad, esta Comisión ha elaborado cuatro informes, hechos públicos, respectivamente, en mayo de 1995, mayo de 1996, julio de 1997 y noviembre de 1997. El primero de ellos, [*Standards in Public Life. First Report of the Committee on Standards in Public Life*, vol. I, *Report*, 1995], conocido como “Informe Nolan” ha trascendido las fronteras, marcando un punto de referencia fundamental para otros países de Europa.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Democracia, jueces y control de la Administración*, op. cit., recoge las principales aportaciones de este informe señalando que, entre sus objetivos, destacan, por un lado, la reconstrucción de la confianza pública y, por el otro, la restauración de la indeterminación moral existente en el ámbito de la función pública. Para ello ofrece algunas pautas concretas, fundamentalmente en lo que se refiere a los deberes de los Ministros, y propone la instauración de dos instrumentos: la

Códigos éticos han sido aprobados finalmente en forma de reglamentos de carácter administrativo. A este proceso responden el “Código de ética de la función pública de Argentina”, aprobado por Decreto 41/1999; la “Carta Deontológica del Servicio Público de Portugal”, aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 18 de febrero de 1993 y las “Normas de ética de la función pública” del Quebec, aprobadas por el Reglamento de 17 de abril de 1985³²¹.

3. Los códigos de conducta como instrumento de autorregulación.

En el Reino Unido, no cabe ninguna duda que los códigos de conducta de la función pública son considerados un instrumento de autorregulación. Los códigos éticos aprobados en otros países responden, en cambio, a un proceso de publicación y de transformación de la misma. Los derechos y deberes de los funcionarios vienen fijados a través de un proceso ascendente, de absorción de los resultados de la autorregulación de los propios funcionarios.

En cualquier caso, y frente al fracaso de los mecanismos imperativos de regulación, no parece desacertado, aun manteniendo el carácter reglamentario de estas normas, incluir en ellas los códigos de conducta, elaborados y aceptados por la profesión. Parecería incluso razonable que las normas disciplinarias tipificasen la infracción de esas conductas y no de otras, que resultan quizás obsoletas a la evolución sufrida en el seno de la función pública.

Los códigos de conducta de la función pública tienen por objeto establecer los valores que deben guiar la actividad cotidiana de los funcionarios, poniendo especial atención en los aspectos relativos a las relaciones de los funcionarios públicos con los ciudadanos.

adopción de códigos de conducta formulados en el seno de cada unidad administrativa relevante y la instauración de la figura de un *Commissioner* como organismo de control.

³²¹ El texto completo del Código de ética de la función pública de Argentina puede consultarse en el anexo normativo del libro de M. C. CAPUTI, *La ética pública*, op. cit.; La Carta deontológica del Servicio Público de Portugal y las Normas de ética del Quebec han podido ser consultadas gracias a la documentación facilitada por l'Escola d'Administració Pública de Catalunya.

En M. VILLORIA MENDIETA, *Ética pública y corrupción*, op. cit., se hace referencia a la existencia de otros códigos éticos aprobados por normas jurídicas, en Estados Unidos y Australia. También se señala que en Noruega, al igual que sucede en el Reino Unido, las normas de conducta ética de los funcionarios tienen carácter voluntario y son de naturaleza orientativa.

En términos generales, un código de conducta de un organismo o de una Administración pública contiene una combinación de los siguientes elementos: la declaración de los valores que deben guiar la conducta de los funcionarios públicos; la descripción del papel de dichos valores en el seno de la organización en la que debe aplicarse; las responsabilidades de los funcionarios respecto la organización y respecto los ciudadanos; las responsabilidades de la organización respecto de los funcionarios; y una lista de las obligaciones legales de los empleados públicos.

La formulación de los contenidos del código puede ser diversa, en atención a su ámbito de aplicación. Puede estar basada en principios generales, cuya concreción debe ser trabajada en conjunto por parte de los empleados de cada una de las múltiples organizaciones que configuran la Administración Pública; o puede regular con detalle las soluciones éticamente aceptadas en las situaciones más comunes de conflicto ético a las que se enfrenta el funcionario en un ámbito concreto de actividad de la Administración³²².

Con independencia de la forma que adopten, estos códigos deben desempeñar un papel de orientación de la conducta de los funcionarios y una función de control, al establecer y dar publicidad a las conductas adecuadas y a las restricciones de comportamiento. En cualquiera de los casos, estos códigos no poseen carácter vinculante, ni siquiera poseen carácter jurídico. Son documentos en los que se recogen por escrito los valores que deben inspirar a los profesionales de la Administración pública y se definen y concretan las conductas éticamente acertadas, o las reprobables, en función de los mencionados valores.

La aplicación de estos códigos depende enteramente de la voluntariedad de los funcionarios, de la utilización de los mismos en sus tareas habituales. Por este motivo,

³²² El informe elaborado por el Comité de Gestión Pública de la OCDE, *La ética en el servicio público*, op. cit., p. 75 y ss., pone de manifiesto la existencia de las dos tendencias mencionadas en la redacción de los códigos y señala los inconvenientes de incurrir en cualquier de los dos extremos. De este modo, señala, que los códigos que se limitan a contener declaraciones éticas elementales no son el medio ideal para solucionar los problemas a los que deben enfrentarse los funcionarios, puesto que “ninguna declaración puede dar respuesta a todas las variantes de las cuestiones éticas que se suscitan en el sector público”. Al otro extremo se comentan los inconvenientes de la utilización de un modelo que no deja margen de actuación alguno a los funcionarios, como el Código de los aduaneros británicos, que consta de más de cien páginas y numerosos apéndices, en los que se describe, hasta el más mínimo detalle, lo que se espera de cada empleado, lo que debe hacer ante las situaciones cotidianas de su actividad y los principios que deben guiar su actuación en los supuestos no plenamente incorporados al texto.

muchos de estos códigos están pensados para ser consultados cuando se plantea un problema ético³²³.

El carácter normativo de estos documentos, que deriva de su vinculación a la ética de una profesión, podría justificarse de diversos modos. Si existiesen asociaciones de funcionarios encargadas de la elaboración y aplicación de tales códigos, estos se integrarían en un ordenamiento jurídico privado. También podría imponerse contractualmente la obligación de aceptar estos códigos. La obligatoriedad de ciertos principios éticos –y a pesar de los peligros que puedan verse en la utilización de esta técnica- podría ser interpretada también como una suerte de remisión normativa al contenido de estos instrumentos de autorregulación.

En la actualidad, de acuerdo con la tradición reglamentista propia de la mayoría de los Estados, se consigue la vinculatoriedad de los códigos de conducta sólo mediante la incorporación de sus contenidos en normas de carácter reglamentario. Esta publicación de la autorregulación en el ámbito de la función pública puede tener explicaciones diversas. Hay que advertir previamente que la necesidad de intensificar las actividades de formación ética, destacada por quienes impulsan la autorregulación en este ámbito, pone de manifiesto que los profesionales de la Administración no constituyen, todavía, un subsistema ético suficientemente institucionalizado. Ello quiere decir que la autorregulación en este ámbito no surge de forma espontánea.

La transformación de los resultados de la autorregulación en una norma jurídica, mediante la aprobación reglamentaria de los códigos éticos podría ser una manifestación, como ocurre en otros ámbitos, de la confianza de los poderes públicos en la autorregulación. Pero podría denotar también, no podemos saberlo, una desconfianza en su efectividad o, simplemente, una falta de voluntad real de apartarse de una determinada tradición.

³²³ En este sentido, en el informe del Comité de Gestión Pública de la OCDE: *La ética en el servicio público*, op. cit., p. 48, se advierte que los códigos poseen, “principalmente, una función de orientación dentro de una infraestructura ética”. Al mismo tiempo, sin embargo, en la medida en que establecen y hacen públicos unos límites de comportamiento e imponen unos estándares, también asumen una cierta función de control.

Tanto si se aprueban reglamentariamente como si mantienen su voluntariedad, los códigos de conducta sólo responderán a la autorregulación –y no a la regulación imperativa- si existe previamente un proceso de formación ética y de participación en el seno de la función pública que permita afirmar que dichos códigos son el resultado del consenso y de la concepción común de los profesionales públicos sobre lo que constituye un buen comportamiento y sobre las formas correctas de actuación ante situaciones de conflicto. Este consenso es la base de la aceptación posterior del código por parte de los funcionarios y, por tanto, la base de su eficacia.

Las Administraciones públicas que pretenden fomentar la autorregulación ponen especial acento en el proceso de elaboración de los códigos, fomentando la participación de los funcionarios e impulsando la “socialización de la profesión”. Para conseguir este último objetivo, esto es, para conseguir que los profesionales de la Administración puedan ser calificados, realmente, como un subsistema institucionalizado, dotado de una concepción ética común, se profundiza en la formación ética de los mismos³²⁴.

Dicha formación pretende fomentar la reflexión de los funcionarios sobre el conjunto de comportamientos y de normas considerados como válidos por este colectivo específico³²⁵. En este sentido, se define la ética de los funcionarios públicos como la reflexión sobre el conjunto de comportamientos y normas que se entienden como

³²⁴ Estas líneas de actuación están siendo implantadas en el seno de la Administración de la Generalitat de Cataluña gracias a la tarea llevada a cabo, por encargo del Gobierno, por la *Secretaria d'Administració i Funció Pública*. Dicha Secretaria ha elaborado un documento [*Presentació del projecte d'etica: una Administració amb ànima*, cedido por l'Escola d'Administració Pública] en el que se pone especial acento en el sistema participativo de determinación de los valores que deben guiar la actuación de los funcionarios. El proyecto tiene la vocación de ser aplicado a todo el personal al servicio de la Administración (personal laboral, fijo o temporal). Las dos líneas básicas de actuación del proyecto consisten, por un lado, en el incremento de la formación del personal al servicio de la administración en materia de valores y, por otro lado, en la determinación consensuada de tales valores, bajo el lema: “Aquesta és la nostra proposta de valors. El coneixement de valors es construeix entre tots”.

En la misma línea cabe destacar la creación de un grupo de trabajo constituido entre del Instituto Nacional de Administración Pública y la Escuela de Hacienda Pública, con el objetivo de elaborar un proyecto formativo encaminado a dar a conocer y a suscitar la reflexión sobre los componentes éticos del servicio público a determinados colectivos de la Administración del Estado que, tras superar el proceso selectivo correspondiente, se incorporan por primera vez a la Administración. Sobre ello, véase: “A transmissió das components éticas do serviço público ós funcionarios de novo ingreso”, en *Ética pública e formación de funcionarios...*, op. cit., pp. 135 y ss.

³²⁵ La importancia de la formación en este ámbito y los pasos que deberían darse para profundizar en esta línea se encuentran bien estudiados por D. E. YODER y K. G. DENHARDT, en “Ethics Education in Public Administration an Affairs: Preparing Graduates for Workplace Moral Dilemmas”, en: T. L. Cooper (Ed.), *Handbook of Administrative Ethics*, op. cit., pp. 59 y ss.

válidas en las organizaciones públicas, en comparación con aquellas que rigen en otras organizaciones o colectivos que no tienen este carácter³²⁶.

La filosofía que inspira el proceso de elaboración de códigos de conducta está presidida por el principio de participación. Normalmente se encarga a una comisión la redacción del código y ésta, a su vez, debe mantener una relación de comunicación continua con los empleados públicos, realizando consultas directas a los mismos, promoviendo reuniones con los sindicatos y, en definitiva, fomentando su participación.

La participación real de los empleados públicos en el proceso de elaboración de códigos puede convertirse en la piedra angular de un programa integral de ética del sector público. La “socialización profesional” constituye también un elemento esencial para la consideración de los códigos como instrumento de autorregulación. El tantas veces citado informe del Comité de Gestión Pública de la OCDE califica de “socialización profesional” “el proceso de aprendizaje y asunción del *ethos*, valores, ética y normas de conducta por parte de los funcionarios”. Tal como sucede en otros ámbitos, la autorregulación de un grupo profesional tiende a buscar referentes fuera de las fronteras y a crear organizaciones de nivel mundial. En el ámbito de la función pública existe un grupo sobre Ética Pública, promovido por la Asociación Internacional de Escuelas e Institutos de Administración pública³²⁷. Esta asociación dedica buena parte de su actividad al fomento de la autorreflexión ética de los funcionarios y a la promoción de la elaboración, aprobación y difusión de códigos de conducta³²⁸.

³²⁶ Esta es la concepción de la ética que se fomenta desde la OCDE, las Escuelas catalana y Gallega de Administración Pública y el INAP. Sobre ello, nos remitimos de nuevo a: el informe del Comité de Gestión Pública de la OCDE: *La ética en el servicio público*, op. cit.; el documento elaborado por l'Escola d'Administració Pública de Catañunya, *Presentació del projecte d'ètica: una Administració amb ànima*, op. cit.; y las aportaciones del Grupo de Trabajo del INAP y la Escuela de Hacienda Pública, publicadas en “A transmisión das compoñentes éticas do servicio público ós funcionarios de novo ingreso”, *Ética pública e formación de funcionarios...*, op. cit.

³²⁷ J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ da noticia de la existencia de este grupo de trabajo, compuesto por directores de Escuelas e Institutos de Administración Pública de distintas partes del mundo [véase: *Principios de ética pública. ¿Corrupción o servicio...*, op.cit., p. 19].

³²⁸ Las actividades de formación y reflexión ética que realiza esta organización constituyen el caldo de cultivo necesario para que pueda desarrollarse, en el seno de las Administraciones públicas, un proceso de autorregulación que de cómo resultado instrumentos que, complementando el marco de legalidad, coadyuven al cumplimiento de los fines encomendados a los funcionarios públicos. Según las Recomendaciones del Consejo de la Asociación Internacional de Escuelas e Institutos de Administración Pública, en un mundo complejo como el actual, la gestión de intereses colectivos debe enfrentarse a problemas éticos para cuya resolución no basta la competencia y la capacidad técnica, sino también la conciencia y los conocimientos éticos. En este sentido, se recomienda la elaboración de códigos éticos como instrumento al servicio de los funcionarios. Mediante la codificación y el carácter escrito de las normas éticas se pretende que los funcionarios puedan conocer con objetividad los criterios de actuación a

Todas estas iniciativas, en suma, están destinadas a conseguir una mayor profesionalización de la función pública, un mayor grado de autorresponsabilización del personal al servicio de la Administración en relación con la función que cumplen en la sociedad y, por ello, se inscriben en las mismas coordenadas que explican el desarrollo de la autorregulación regulada.

A pesar de ello, resulta complejo caracterizar los códigos éticos de la función pública como instrumentos de autorregulación normativa, o los funcionarios como sujetos o estructuras de autorregulación. El concepto de autorregulación mantenido en esta tesis, como se verá a continuación, parte del indiscutible origen privado de este fenómeno, en todas sus manifestaciones.

Sólo si es posible desvincular los procesos de aprobación de los códigos éticos del personal al servicio de la Administración, por un lado, de la organización pública en la que estos se inscriben y, por otro, de las concretas funciones que dicho personal tiene atribuidas en ejercicio de su cargo; sólo si puede demostrarse que los códigos éticos no responden de forma directa al control disciplinario ejercido por la Administración, sino que son una manifestación del autocontrol privado, que, en su caso, puede ser tomado en consideración por la Administración, podrán estos códigos ser calificados como instrumentos de autorregulación.

los que deben atenerse. Además, se pretende también que los códigos sirvan como instrumento al servicio del control de la corrupción, ya que proporcionan un importante mecanismo de resolución de conflictos. Siguiendo estas recomendaciones, el Instituto Nacional de la Administración Pública ha constituido en su seno un grupo de trabajo sobre ética pública, que ha elaborado un documento titulado “La transmisión de los componentes éticos del servicio público a los funcionarios de nuevo ingreso”. Sobre ello, véase: J. RODRÍGUEZ ARANA, *Ética institucional...*, op. cit., pp. 189 a 191.

CAPÍTULO IV.- CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA AUTORREGULACIÓN.

I. DIVERSOS ENFOQUES ACERCA DEL CONCEPTO DE AUTORREGULACIÓN.

Tras el somero recorrido realizado por los ámbitos en los que se manifiesta la autorregulación puede constatarse la existencia de algunos rasgos de la vida social que ayudan a explicar la confianza que los poderes públicos, en los últimos años, han depositado en esta figura. Tales rasgos –el aumento de su racionalidad, derivada del desarrollo del profesionalismo o el aumento de la profesionalización de las empresas y de su responsabilidad social- constituyen el trasfondo común de todos los supuestos de autorregulación. Con todo, ese trasfondo común conduce a una enorme variedad de realidades. Elaborar una teoría general de la autorregulación, incluso seleccionando aquellas de sus manifestaciones que poseen interés para el Derecho Administrativo –y, quizás, precisamente por ello-, supone tropezar con múltiples escollos que, debido al estado embrionario en el que se encuentra el análisis de este tema, resultan, por el momento, insalvables.

Hasta hace bien pocos años –y prescindiendo de la autorregulación gremial, propia de las sociedades premodernas¹- el concepto de autorregulación se utilizaba, casi exclusivamente, con referencia a la capacidad del mercado para encontrar su propio equilibrio, sin injerencia alguna del Estado. Esta acepción parece estar relacionada con la noción de regulación que proviene del ámbito de la cibernética y de la biología y que designa la capacidad de un cuerpo para encontrar su propio equilibrio. El uso de este término para hacer referencia a las relaciones entre el Estado y la sociedad o, más en concreto, entre el Estado y el mercado, conduce al establecimiento de la distinción entre las nociones de regulación –actividad estatal tendente a garantizar los equilibrios de mercado- y autorregulación –capacidad del propio mercado de encontrar su propio

¹ J. L. VILLAR PALASÍ, en *La intervención administrativa en la industria*, t. I, IEP, Madrid, 1964, p. 19, se refiere específicamente a las ordenanzas gremiales como una manifestación de la autorregulación. Por su parte, M. FROTA, en “Autorregulación: ventajas e inconvenientes”, *Estudios sobre Consumo*, n.º 24, 1992, p. 33, afirma que: “La autorregulación constituye un ámbito específico del régimen corporativo, que se desarrolló de forma notable bajo el *Ancien Régime*. Las corporaciones y profesiones definían a *se* el régimen que cuadraba para la disciplina de las profesiones, artes y oficios en las múltiples vertientes en que se desdoblaba: de las condiciones de admisión a las reglas del arte, culminando en las conminaciones, de las más suaves a la más gravosa –la expulsión o irradiación-”.

equilibrio-². Como es sobradamente conocido esta noción está implícita en los debates provenientes de la doctrina económica, desde que, en los siglos XVIII y XIX se popularizase la teoría de la “mano invisible”, según la cual el mercado, gracias a su propia racionalidad, poseía una capacidad de autorregulación que hacía innecesaria la actividad reguladora del Estado e incluso podía verse entorpecida por ésta³. En otro orden de consideraciones, el término “autorregulación” ha sido aplicado también al ámbito laboral, para explicar la peculiar forma de ordenación de las relaciones entre empresarios y trabajadores. En ambos casos, la utilización del término implica que se concibe la sociedad como una realidad distinta del Estado y que se considera la autorregulación como una alternativa a la regulación estatal.

La autorregulación se entiende, así, como un fenómeno que tiene su origen en la sociedad y que es, al mismo tiempo, algo connatural a ella. Han profundizado en este aspecto quienes han estudiado la dinámica propia de las organizaciones, o el modo en que se generan, se diferencian y se manifiestan los subsistemas sociales⁴. La Sociología ha demostrado que todo subsistema social –la familia, la iglesia, la ciencia, la técnica, la cultura, etc.-, al igual que toda organización -empresa, sindicato, colegio u asociación- se autorregula de algún modo, aunque sea mínimamente.

² Sobre la aparición de este término y su posterior traslado al ámbito de las ciencias sociales y, más en concreto, a las relaciones Estado-sociedad, véase: A. J. ARNAUD (Dir.): voz “Régulation”, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, París, 1993, pp. 521 y ss.; y R. BOYER, en *La teoría de la regulación*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1992 [*La théorie de la régulation. Une analyse critique*, La Découverte, París, 1987].

³ Según la teoría formulada por A. SMITH, en *The Wealth of Nations*, London, 1904 [Consultada *La riqueza de las Naciones*, Traducción de Carlos Rodríguez, Alianza, Madrid, 1995], el mercado debe regirse por la competencia pura y perfecta. Dicha competencia justifica la búsqueda del beneficio individual por parte de los operadores del mercado, puesto que la ley económica garantiza que, al perseguir cada uno su máximo provecho, la mano invisible, o la Providencia, conducirá a una utilización óptima de los recursos y a una remuneración de las actividades económicas a su justo precio. Faltaba concretar, en esta teoría, que la autorregulación, así entendida, llevaría a una situación de óptimo global para toda la sociedad. Esto fue lo que estableció el concepto del óptimo de Pareto, en la que se intenta demostrar que, en tales condiciones, es imposible mejorar la situación de una persona sin que otra vea la suya empeorar. Sin necesidad de profundizar más en ello, por conocido, resulta claro que, frente a la capacidad de autorregulación del mercado defendida por los economistas liberales se opuso más tarde la doctrina keynesiana, según la cual la autorregulación pura comporta la existencia de ciertos “fallos de mercado” que deben ser corregidos mediante la acción reguladora estatal.

⁴ Por citar algunos, véase: T. PARSONS, *Estructura y proceso en las sociedades modernas*, IEP, Madrid, 1966, [*Structure and process in modern societies*, Free Press, Glencoe, 1960, traducción de D. Garzón y Garzón]; y N. LUHMANN, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1990, [traducción del primer capítulo de la obra, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1984, a cargo de S. López Petit y D. Schmitz].

Desde un punto de vista jurídico, la autorregulación constituye, desde siempre, la forma a través de la cual actúan y se relacionan los particulares y las organizaciones privadas. En todos estos casos, el fenómeno autorregulativo nos remite, indefectiblemente, a la sociedad y, consiguientemente, al Derecho privado.

En las últimas décadas, sin embargo, se viene advirtiendo un cambio en las relaciones entre la autorregulación social y la regulación estatal, que tiende a extenderse y a acentuarse, y que promete ser decisivo en la configuración futura de nuestra disciplina. La cada vez más intensa interpenetración entre Estado y sociedad, el continuo flujo y reflujo entre lo público y lo privado, las dificultades de las Administraciones para hacer frente a los retos que tienen planteados, no son más que algunos de los presupuestos que han abierto el camino al fenómeno que venimos describiendo. Este fenómeno se caracteriza por la articulación jurídica entre la autorregulación social y la regulación estatal, razón por la cual en este trabajo venimos hablando de “autorregulación regulada”.

La autorregulación social, por consiguiente, ha dejado de ser un fenómeno estrictamente privado, ajeno por completo al Derecho Administrativo, para convertirse en una realidad con decisiva influencia en la actuación de las Administraciones públicas. Autorregulación social y regulación estatal no son ya dos realidades enfrentadas, sino dos círculos cuyos puntos de intersección son cada vez más numerosos. Esto es, no constituyen categorías conjuntamente exhaustivas ni mutuamente excluyentes.

A lo largo de esta investigación hemos podido comprobar que la mencionada articulación no es sino un modo de utilización instrumental de la autorregulación por parte de los poderes públicos que, bajo una aparente ampliación del margen de actuación de la sociedad, encubre unos niveles de intervención estatal históricamente desconocidos. Los lazos entre Estado y sociedad que derivan de esta situación afectan al núcleo mismo de ambas realidades, e inciden en sus instrumentos y en sus formas de expresión más características. En este sentido, la autorregulación deja de ser la forma de expresión propia de concretos grupos de particulares, que se comunican y ordenan su actividad a través de ella, para extender su influencia más allá de la realidad social en la que se engendra. La autorregulación de una organización o de un subsistema social

afecta a particulares ajenos al proceso de producción y control de normas privadas, obligándoles, a su vez, a autorregularse. Este proceso de autorregulación es tomado en consideración, en fin, por los poderes públicos, desbordando así la órbita de lo privado para adentrarse en algunas parcelas dominadas tradicionalmente por la actividad estatal. Esta extensión alcanza su cota máxima cuando los efectos de la autorregulación no sólo son tomados en consideración por parte de los poderes públicos sino que se aproximan o se identifican, incluso, con efectos que son propios de la regulación estatal.

La regulación estatal, por su parte, se despoja parcialmente de su tradicional carácter coactivo y autoritario y, simultáneamente, renuncia a intervenir directamente en ciertas relaciones sociales, dando entrada en ellas a la autorregulación. Aumenta, de este modo, notablemente, la regulación no imperativa, las normas jurídico-públicas que establecen concretos instrumentos de fomento que tienen por objeto reconducir la autorregulación a la satisfacción de fines públicos. No desaparece, sin embargo, la regulación de carácter imperativo ni el control estatal de sus contenidos. Sucede, no obstante, que esta regulación y este control se dirigen ahora a garantizar y a supervisar que los fines que tiene asignados el Estado -que son también, ahora, fines propios de la sociedad- sean efectivamente satisfechos mediante la autorregulación social. La regulación estatal se centra en la atribución de competencias, en el establecimiento de procedimientos y en el reconocimiento de los efectos de la autorregulación, dejando a ésta la fijación y el control de los contenidos normativos primarios.

Por su contenido es difícil distinguir la regulación de la autorregulación. Si atendiésemos sólo a este dato resultaría imposible establecer delimitación alguna del concepto de autorregulación. Sería también bastante improbable distinguir este fenómeno de algunas de las manifestaciones tradicionales de la regulación estatal de policía. Por el contenido de lo regulado, poco o nada tienen que ver las reglas técnicas propias del sector industrial -que se presentan, además, con perfiles diferentes en el sector de la construcción, los productos farmacéuticos o la alimentación- con los códigos éticos -que regulan cuestiones tan dispares como la organización de una sociedad que cotiza en bolsa, los contenidos emitidos a través de los medios de comunicación o la actividad de algunas profesiones liberales-, o con las denominadas buenas prácticas -que, por su contenido, pueden versar sobre temas tan diversos como los cultivos agrarios, la manipulación de los alimentos o la organización del trabajo en

un laboratorio-. Los mismos contenidos podrían ser también abordados y, en algunos casos así ha sido, por reglamentaciones aprobadas por los poderes públicos. Sin embargo, despojando todas las manifestaciones de la autorregulación de los concretos contenidos regulados por ellas –que, en muchos casos, por la especialización del lenguaje utilizado, son realmente difíciles de comprender para un jurista- pueden hallarse en ellas algunas características comunes.

Así, todas las manifestaciones de la autorregulación responden de algún modo a la definición del buen hacer profesional, de la *lex artis*, de las reglas técnicas o de las normas de conducta adecuadas en el quehacer cotidiano de una actividad que requiere la aplicación de ciertos conocimientos científicos o técnicos o, cuando menos, un cierto grado de especialización. Sin perder de vista este dato, para entender a que realidad se alude cuando se utiliza la expresión “autorregulación regulada”, es necesario prescindir del contenido de lo regulado y adentrarse en el análisis de los sujetos y los instrumentos de la autorregulación. Esta tarea será abordada en el segundo epígrafe de este capítulo. En el primero intentaremos describir cómo y en qué sentido se viene utilizando el término “autorregulación”. Podemos adelantar ya que se trata de un término cuyo uso en absoluto resulta pacífico. Nos vamos a encontrar con acepciones diversas de la voz “autorregulación”, en función de la intersección objetiva –ámbito material de la autorregulación- y temporal –momento histórico en el que se produce- analizadas, y de la disciplina que aborde dicho análisis. Por un lado, la Sociología, la Ciencia política, o la Filosofía y la Ética aplicadas, sacan a la luz facetas distintas de la autorregulación. Por otro lado, la utilización de este término en el ámbito jurídico, debido a su marcado carácter residual, se advierte manifiestamente insuficiente y no supone el aporte de elementos concluyentes al debate. Por ello, el concepto de autorregulación o, más en concreto, de autorregulación regulada, que ofrecemos en este trabajo toma sólo de la utilización de este término en las mencionadas disciplinas algunos de sus rasgos. Es un concepto que está abierto, por lo demás, a posteriores revisiones, derivadas de futuros estudios sobre este tema.

Con el fin de sentar las bases para futuras discusiones, se ofrece, en primer lugar, una sistematización de las diversas acepciones que se desprenden de la utilización del término “autorregulación” en el Derecho positivo y en la jurisprudencia. En segundo lugar, a través de una breve incursión en el lenguaje propio de algunas disciplinas no

jurídicas, se recogen diversas ideas y nociones relacionadas con la autorregulación, que resultan de utilidad para entender la expansión actual, las virtualidades y los límites de este fenómeno. En tercer lugar, se exponen las principales aportaciones doctrinales a la noción de autorregulación ofrecidas por el reducido número de autores que ha reparado en la influencia que va a tener -y que está teniendo ya- sobre las instituciones y las formas públicas de actuación. Partiendo de estos datos, intentaremos delimitar el concepto y las características de aquella autorregulación que es tomada en consideración por los poderes públicos y, más en concreto, que es utilizada por éstos como sustituto o como complemento de la regulación de policía –esto es, de la actividad administrativa de reglamentación, control, inspección o sanción-. Todo ello nos permitirá delimitar algunos elementos nucleares de la autorregulación regulada que están presentes, además, en un número limitado de los casos estudiados en este trabajo, y facilitará también la tarea de plantear algunas de las numerosas cuestiones que suscita esta nueva realidad.

1. La utilización del término “autorregulación” en el Derecho positivo y en la jurisprudencia.

Antes de adentrarnos en el análisis de los diversos significados que se atribuyen al término “autorregulación” en el Derecho positivo, debemos llamar la atención sobre dos aspectos relacionados con el contenido de este apartado.

La primera observación es de tipo metodológico. En este sentido cabe señalar que no vamos a hacer una exposición convencional del Derecho positivo. Los objetivos propuestos con la presentación de las normas y las resoluciones judiciales en las que aparece el término “autorregulación”, nos lo impiden. Nos limitaremos a constatar cómo, en qué ámbitos y con qué sentido utiliza el Derecho la noción de autorregulación, prescindiendo de los demás contenidos de tal Derecho.

La segunda observación está relacionada con la utilidad misma del análisis del Derecho positivo que se ofrece en este apartado. Es necesario advertir que la utilización del término “autorregulación” en la legislación y en la jurisprudencia españolas no aporta resultados concluyentes de carácter conceptual. Es más, algunos de los sentidos atribuidos a “autorregulación” por parte de la legislación estatal, o de los tribunales, son

claramente descartables al objeto de esta investigación. La aproximación legislativa y jurisprudencial a la autorregulación nos acerca a una realidad poliédrica. En las leyes y en las sentencias consultadas se utiliza el término para hacer referencia a la actividad negocial de los sujetos privados, a la autonomía, pública o privada, y a algunos de los instrumentos jurídicos en los que se plasma tal autonomía –acuerdos, convenios, normas organizativas, estatutos, etc.-. La intercambiabilidad del vocablo analizado con instituciones jurídicas de naturaleza tan dispar pone de manifiesto que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho comunitario, donde la autorregulación adquiere una dimensión propia, en el Derecho interno éste es un *término sin concepto*.

A) Derecho interno: la autorregulación como un término sin concepto.

La inmensa mayoría de las disposiciones y de las sentencias estudiadas relacionan la autorregulación con la *autorreglamentación*, es decir, con la capacidad de un sujeto de darse normas a sí mismo. Hemos observado que esta capacidad se desarrolla principalmente en cuatro ámbitos: en el mercado, en las relaciones laborales, en el seno de la familia y dentro de cualquier tipo de organización u institución.

En los tres primeros ámbitos, se vincula la noción de autorregulación, preferentemente, a negocios jurídicos de carácter no patrimonial. No se produce, sin embargo, una identificación total de la noción de autorregulación y con la de negocio jurídico, ni tampoco con la de autonomía de la voluntad que se encuentra en la base de esta institución. Más bien parece que este vocablo es utilizado para denotar la actividad de negociación que tiene lugar con anterioridad al establecimiento de ciertas pautas de conducta de carácter vinculante.

En el cuarto de los ámbitos mencionados, el ámbito organizativo o institucional, se entiende por autorregulación la autorreglamentación que tiene lugar en el seno de organizaciones privadas -sindicatos, asociaciones, sociedades mercantiles, cooperativas y mutualidades- y de organizaciones públicas –colegios profesionales, entidades locales y órganos administrativos, principalmente-. Según los casos, esta facultad encuentra fundamento en la *autonomía* de la voluntad propia de las personas jurídico-privadas, en la autonomía de la que gozan determinadas organizaciones públicas, o en la potestad de autoorganización que el ordenamiento atribuye a las Administraciones públicas.

Obviamente, la identificación de las nociones de autonomía y autorregulación trasladada a esta última todos los problemas conceptuales que plantea la primera.

Con la locución “autonomía privada” se alude al ámbito de independencia y libertad, al margen de actuación voluntaria, que el ordenamiento jurídico concede a las personas. Pero la autonomía es más que eso. En el seno de la sociedad, es el centro neurálgico de toda actuación con vocación jurídica. La autonomía es el motor que hace posible el desarrollo de la autorregulación y el instrumento que permite que la misma adquiriera, cuando ello es necesario, carácter vinculante.

Se ha dicho con acierto, sin embargo, que “autonomía” es un término confundente, por su carácter polisémico y por la falta de rigor con que es utilizado en el ámbito jurídico⁵. La autonomía, como es sabido, no sólo se predica de los sujetos privados, sino también de determinados sujetos o entidades públicas.

Refiriéndose exclusivamente a la autonomía de los sujetos privados, Federico De Castro define este término, en sentido amplio, como “el poder de autodeterminación de la persona”, la esfera de libertad que permite a los individuos “ejercitar facultades y derechos” y “conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen”. Sin embargo, matiza inmediatamente que este círculo de libertad, exento de la intervención del Estado, la libertad de hacer o no hacer, de prometer u obligarse, se restringe a sí mismo cuando se hace uso de la autonomía. En este sentido, con la autonomía privada “se pide que el acto o declaración de voluntad tenga un valor específico, que sea vinculante, con lo que implícitamente se niega la facultad de desdecirse o retractarse”⁶. La libertad, y la voluntariedad que la acompañan son, pues, rasgos de la autonomía, constituyen su presupuesto, como también, según parece, el de la autorregulación, aunque ésta última posea, además, otras connotaciones.

⁵ A. GALÁN GALÁN, *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 46 y ss. En este excelente trabajo sobre la potestad normativa autónoma, el autor aborda frontalmente la difícil tarea de ofrecer una teoría general de la autonomía, centrada, esto sí, en el ámbito del Derecho público. Los matices de las diversas aportaciones doctrinales y los giros más recientes en la interpretación de esta categoría jurídica no hacen sino poner de manifiesto la complejidad que entraña el análisis de este concepto.

⁶ F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 12.

La autonomía puede ser entendida también como autolimitación o autovinculación de un sujeto al contenido de las declaraciones emanadas por él mismo. Esta acepción está directamente relacionada con la consideración de la autonomía como potestad. Como indica Luigi Ferri, “la autonomía privada no es expresión de una mera licitud o facultad, sino manifestación de poder y precisamente del poder de crear, dentro de los límites establecidos por la ley, normas jurídicas”⁷.

Parece que esta utilización del término “autonomía” coincide con su sentido etimológico⁸ y también con el de “autorregulación”. Así, cuando la jurisprudencia utiliza el término “autorregulación” como sinónimo de “autonomía privada” suele poner el acento en la vertiente de potestad que posee esta institución, esto es, en la capacidad de los sujetos privados de dotarse de un cuerpo de normas de carácter vinculante⁹. Avanzando algo más en el análisis de esta noción, y de acuerdo con las aportaciones de Santi Romano, parece que la autonomía puede entenderse no sólo como una potestad de dictar normas jurídicas, sino como la potestad de crear un ordenamiento jurídico propio y diferenciado¹⁰.

En cualquier caso, la potestad normativa derivada de la autonomía privada es sustancialmente diversa de cualquier manifestación de una potestad pública, incluso de la potestad reglamentaria. La potestad privada tiene una eficacia limitada a aquellos sujetos que, mediante una declaración expresa de voluntad, deciden someterse a ella,

⁷ L. FERRI, *La autonomía privada*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, [traducción de L. Sancho Mendizábal], p. 8.

⁸ Como señala A. GALÁN GALÁN, en *La potestad normativa autónoma...*, op. cit., p. 64: “La doctrina tradicional define la autonomía como la capacidad de autonormación reconocida a un sujeto”. En estos casos la interpretación del concepto se ciñe al significado etimológico del término. Según pone de relieve este autor: “Etimológicamente, el término “autonomía” (“auto” – “nomos”) significa, precisamente, “autonormación”, es decir, la capacidad de un sujeto de darse normas a si mismo”.

⁹ Este sentido es recogido por la jurisprudencia: “La autonomía de la voluntad significa autorregulación, el poder de regularse a sí mismo concedido a la persona por el orden jurídico, de forma que las obligaciones pactadas tienen fuerza de Ley entre las partes (artículos 1091 y 1255 del Código Civil)”: Sentencias n.º 122/1998, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 14 de abril de 1998, Sala Social (AS 1998/6161) y la n.º 225/1996 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 14 de marzo de 1996 (AS 1996/590).

¹⁰ S. ROMANO, “Autonomía”, *Fragments of a dictionary jurídico*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964, [*Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, traducción de S. Sentía Melendo y M. Ayerra Redín]. Como puede observarse fácilmente, en el fondo de este planteamiento subyace la teoría institucionalista del ordenamiento, planteada por este autor, fundamentalmente, en *El ordenamiento jurídico*, IEP, Madrid, 1963, [*L'Ordinamento giuridico*, Sansoni, 1946, traducción y estudio preliminar de S. Martín-Retortillo Baquer].

dando lugar a un Derecho de formación negocial¹¹. Por el contrario, las potestades públicas –y, consiguientemente, las normas jurídicas y los actos administrativos derivados de su ejercicio-, tienen una eficacia general que, por su imperatividad, las hace prescindir de la nota de la voluntariedad¹². No obstante, la jurisprudencia no se priva de identificar también la autorregulación con la autonomía pública y/o con la potestad de autoorganización. Ello ocurre, como veremos, cuando se pretende destacar la independencia de determinadas normas jurídicas con respecto al ordenamiento jurídico general.

En todas las resoluciones jurisprudenciales analizadas, cualquiera que sea el fundamento de la autorregulación, el resultado de ésta da lugar a normas de carácter vinculante. Por supuesto, algunas de estas normas tienen carácter jurídico y poseen una vinculatoriedad general, mientras que otras vinculan sólo a las partes que se han sometido voluntariamente a ellas haciendo uso de su autonomía. Con el objeto de poner el acento en el mencionado carácter vinculante, se dedica un apartado a unas pocas sentencias que asimilan la autorregulación a la *autovinculación*, en unos casos en los que ésta, a diferencia de lo que ocurre con carácter general, no se deriva de la autonomía.

En otro grupo reducido de sentencias, la autorregulación no se entiende sólo como un equivalente de autonormación, sino que también se vincula al *autocontrol* del cumplimiento de tales normas por parte de los sujetos que se han dotado de ellas.

Todo ello confirma algo que ya hemos avanzado, y es que la autorregulación no es en puridad una institución jurídica. Puede decirse que el uso del término “autorregulación” no determina un único concepto configurador de relaciones jurídicas

¹¹ Señala G. ALPA, “Derecho público “y” Derecho privado. Una discusión abierta”, *RDP*, 1999, p. 37, que: “La formación negocial del Derecho es una nota esencial de la misma positividad del Ordenamiento jurídico en cuanto que es el mismo ordenamiento el que consiente la creación de normas jurídicas fuera de las fuentes institucionales: se trata en efecto de la creación de reglas y del establecimiento de derechos subjetivos que no proceden de arriba, es decir, de la imposición por ley o por medidas administrativas con naturaleza normativa sub-primaria (...) sino que proviene de abajo, es decir, de las fórmulas organizativas de la sociedad civil”.

¹² *Sensu contrario*, cabe deducir las mismas conclusiones de las afirmaciones de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1999, p. 441. Según estos autores la “potestad”, entendida siempre, según ellos, como una potestad pública, es un poder jurídico que “(...) no se genera en relación jurídica alguna, ni en pactos, negocios jurídicos o actos

y que, a lo sumo, el vocablo ha sido utilizado de forma instrumental por los operadores del Derecho, sin ninguna pretensión de claridad conceptual. Por esta razón, la clasificación de los diversos sentidos del término “autorregulación” que se propone solo puede tener carácter meramente aproximativo. Veámoslo con algo más de detalle.

a) Autorregulación como autorreglamentación.

a)' Actividad de negociación con vocación reguladora.

Entre las múltiples realidades a las que conduce la institución negocial, la jurisprudencia vincula la noción de autorregulación a negocios jurídicos en los que el carácter patrimonial y el interés privado se sitúan en un segundo plano. También, con carácter general, es constatable que esta noción no se identifica tanto con el negocio jurídico en sí mismo cuanto con la actividad que le precede. En concreto, la autorregulación sería aquella actividad de negociación con vocación reguladora, es decir, aquella actividad cuya finalidad consiste en establecer unas pautas de conducta comunes a una serie de sujetos, o un marco jurídico de deberes y obligaciones recíprocas.

La actividad de negociación, en función de los sujetos que intervienen, puede referirse a la negociación privada, a la denominada “negociación colectiva”, a la negociación interadministrativa y a la negociación entre Administración y particulares. El origen social que se predica habitualmente de la autorregulación parecería aconsejar que este término fuese utilizado para hacer referencia, exclusivamente, a los dos primeros supuestos. Sin embargo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1983, se entiende por “autorregulación” la actividad negocial que tiene lugar entre dos instituciones públicas, con el fin de establecer el régimen jurídico de una de ellas¹³. En los demás supuestos, la jurisprudencia se ciñe a la negociación entre sujetos privados y a la negociación colectiva.

o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento”, como “posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos”.

¹³ En concreto, la STS de 11 de octubre de 1983 (RJ 1983/4876) se pronuncia sobre si el régimen jurídico aplicable a la Diputación Foral de Navarra, en el momento de aprobación de la Constitución de 1978, podía integrarse mediante normas pre-constitucionales o debía ser completado con los acuerdos adoptados como resultado de la negociación entre el Gobierno español y la propia Diputación Foral. Las

En el campo del mercado, se califica de autorregulación -contraria, por cierto, al ordenamiento jurídico- la actividad encaminada a conseguir que las empresas de un determinado sector actúen de acuerdo con unas pautas comunes en lo que se refiere a la determinación de los precios¹⁴ o al establecimiento de las condiciones de contratación¹⁵. Se permiten, en cambio, acuerdos similares cuando éstos redundan en la protección de intereses generales. En este sentido resulta sumamente interesante la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de noviembre de 2000. En ella se analiza la solicitud de autorización de la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE) para el establecimiento de un Código de Autorregulación Publicitaria. El acuerdo por el cual las empresas asociadas a FEBE suscriben este código tiene como consecuencia una autolimitación de su política publicitaria y, por tanto, comporta una restricción de la competencia entre ellas. Sin embargo, el Tribunal toma en consideración que dicho código de autorregulación, “al tratar de limitar la publicidad de las bebidas alcohólicas para proteger intereses generales como la salud, la abstención de los menores de edad y la seguridad vial, hace partícipes de sus beneficios no sólo a los consumidores sino también al resto de ciudadanos”. Este dato, junto con la sumisión de las empresas asociadas al control del cumplimiento del Código que pueda realizar el Jurado de la “Asociación de Autocontrol de la Publicidad”, conducen al Tribunal a declarar la validez del código de autorregulación de la publicidad de bebidas espirituosas.

En materia de familia, la utilización jurisprudencial del término autorregulación remite a la actividad encaminada a establecer las relaciones económicas de los cónyuges, o las medidas paterno-filiales, en caso de separación¹⁶.

peculiaridades del momento histórico y la referencia al proceso de formación del Derecho autonómico justifican la utilización del término autorregulación en este caso.

¹⁴ Sentencias de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9801 y RJ 1996/9802); 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9803); 20 de enero de 1997 (RJ 1997/535) y 22 de octubre de 1997 (RJ 1997/7542).

¹⁵ La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 1996 (AC 1996/621) analiza la petición de autorización, formulada por una asociación de empresarios, para publicar una guía sobre las condiciones legales de contratación en la comercialización de productos siderúrgicos. El Tribunal entiende que, si la guía incluye, entre las condiciones legales, cláusulas lícitas pero no obligatorias, su seguimiento por parte de las empresas asociadas podría indicar una operación de autorregulación contraria a la libre competencia.

¹⁶ Sentencia de la Sala Civil del TS, de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9649); Sentencia n.º 27/1999, de la Audiencia Provincial de Almería, de 3 de febrero de 1999 (AC 1999/484); Sentencia n.º 417/1998, de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 22 de octubre de 1998 (AC 1998/7358); Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de abril de 1997 (AC 1997/969); y Sentencias de la Sala

La vocación reguladora de la negociación colectiva, entendida como la negociación entre sindicatos y representantes empresariales en orden a la determinación de las condiciones de trabajo, no requiere mayores precisiones. La jurisprudencia califica este tipo de negociación de “autorregulación colectiva” en un conjunto de sentencias que tienen por objeto justificar la legitimidad de la intervención estatal para establecer los límites presupuestarios en los que debe enmarcarse este tipo de actividad en el sector público¹⁷.

En la STC 35/1982, de 14 de junio, se recoge la expresión “autorregulación de las fuerzas sociales” para defender la primacía de ésta frente a las facultades negociadoras atribuidas a un organismo público¹⁸.

También en el ámbito laboral se considera que la negociación colectiva debe comprender asimismo la capacidad de *autorregulación* del derecho de huelga¹⁹ y la capacidad de *autorregulación* de los conflictos²⁰.

Civil de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 16 y de 17 de julio de 1998 (AC 1998/1294 y AC 1998/6125).

¹⁷ En concreto, en estas sentencias se declara la primacía de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado frente a los acuerdos salariales fruto de la autorregulación: Sentencia n.º 23/1997, de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 12 de noviembre de 1997 (AS 1997/4902); Sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 4 de julio de 1997 (AS 1997/2892); y Sentencia n.º 582/1993, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Málaga, de 26 de mayo de 1994 (AS 1994/2156).

¹⁸ En concreto, la STC 35/1982, de 14 de junio, resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno contra la Ley 9/1981, de 20 de septiembre, del Parlamento Vasco, sobre la creación del Consejo de Relaciones Laborales. El Abogado del Estado alega, entre otros aspectos, que el apartado 3 del artículo 2 de la Ley impugnada, al declarar que es función del Consejo de Relaciones laborales “adoptar acuerdos de carácter interprofesional sobre materias concretas”, infringe los artículos 83.2 y 3 y 88 del Estatuto de los Trabajadores, que establecen que la adopción de acuerdos de carácter interprofesional y la elaboración de acuerdos sobre materias concretas corresponde a los protagonistas sociales directamente.

¹⁹ En el artículo 18 de la Resolución de la Dirección General de Trabajo, 19 de noviembre de 1999 (BOE de 10 de diciembre de 1999), por el que se aprueba el Acuerdo para las Relaciones Laborales en el sector Portuario, se establece que “las organizaciones representativas de la parte social, firmantes de este Acuerdo elaborarán, en el plazo máximo de seis meses a partir de su entrada en vigor, una propuesta de autorregulación del derecho de huelga y fijación de los servicios mínimos en este sector, que será sometido a la aprobación de la Comisión Mixta para su inclusión como anexo al clausurado de este Acuerdo”.

²⁰ En el artículo 17 de la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 4 de marzo de 1999 (BOE de 18 de marzo de 1999), que contiene el Convenio Colectivo entre el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y el Colectivo de Controladores de Circulación Aérea, las partes firmantes del acuerdo “manifiestan su voluntad de establecer normas de autorregulación de los conflictos que, sin menoscabar el derecho legítimo a la defensa de los intereses de cada una de ellas, eviten, en la medida de lo posible, el traslado de los daños derivados de un posible conflicto a los usuarios de los Servicios de Tránsito Aéreo”.

a)''Autonomía.

Como hemos avanzado, la autorregulación es una noción que se vincula, se identifica en muchos casos, con la institución de la autonomía, con lo cual se traslada a aquélla la diversidad de significados y manifestaciones de ésta. Tal identificación es recogida por la jurisprudencia en los siguientes términos: “La autonomía de la voluntad significa autorregulación, el poder de regularse a sí mismo concedido a la persona por el orden jurídico, de forma que las obligaciones pactadas tienen fuerza de Ley entre las partes (artículos 1091 y 1255 del Código Civil)”²¹

A la autonomía privada, en su vertiente de poder, parece aludir la jurisprudencia cuando analiza la vinculación de los tribunales a las decisiones estatutarias relativas a la determinación de la condición de miembro de una asociación. En la STC 104/1999, de 14 de junio, se analiza la supuesta vulneración, por parte de la Sala Civil del Tribunal Supremo, del derecho de asociación, por desconocer el cauce previsto en los Estatutos de la Asociación “Disminuidos Físicos de Aragón” para establecer si determinadas personas poseían o no la condición de socios. En el Fundamento Jurídico 4º de la sentencia se reconoce, sin lugar a dudas, la vinculación de los tribunales a las normas estatutarias, cuando se afirma que “prescindir del cauce estatutario que establece los requisitos para la admisión de nuevos socios, sólo porque en esa aparente condición fueron satisfechas ciertas cuotas, afecta al contenido mismo del derecho de asociación como elemento integrante de su derecho de autorregulación”.

El término “autorregulación” se refiere, asimismo, a la capacidad de las sociedades mercantiles para aprobar sus estatutos. En concreto, en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de noviembre de 1993 y de 25 de abril de 1997, se analiza la extensión de la facultad de autorregulación de las sociedades, en algunos supuestos en los éstas han aprobado unos estatutos que prevén soluciones organizativas distintas a las reguladas en la Ley de Sociedades Anónimas²².

²¹ Esta afirmación es sostenida en la sentencia n.º 122/1998, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 14 de abril de 1998, Sala Social (AS 1998/6161) y en la n.º 225/1996 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 14 de marzo de 1996 (AS 1996/590). En ambas se utiliza el argumento transcrito como fundamento para dar prioridad a las relaciones asociativas de las partes, derivadas de la existencia de una sociedad civil, sobre una posible relación laboral.

²² En concreto, el supuestos de hecho que dan lugar a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9115) y de 25 de abril de 1997

La introducción, en los estatutos de una sociedad mercantil, de una cláusula de sumisión obligatoria al arbitraje también se considera una manifestación de la autorregulación²³.

En otro orden de consideraciones, recibe también la calificación de autorregulación la facultad normativa que se atribuye, en orden a la concreción de la normativa general, a las entidades de crédito²⁴ y a las cooperativas²⁵. Ley 3/1987, de 2 de abril de 1987, General de Cooperativas, limitaba la facultad de autorregulación de los

(RJ 1997/3597) son idénticos. En ambos casos los estatutos objeto de controversia establecen que los acuerdos deben ser adoptados por unanimidad, rompiendo con la regla general establecida en la Ley de Sociedades, que prevé la adopción de acuerdos por mayoría. Se califica la aprobación de los estatutos sociales como una manifestación de la facultad de autorregulación que no puede ser contraria, no obstante, a lo establecido por la Ley.

²³ En la STS de 18 de abril de 1998, Sala Civil (RJ 1998/2984), se cuestiona la validez de la cláusula estatutaria de una sociedad anónima, por la que se establece que todas las cuestiones litigiosas relativas a dicha entidad deberán someterse a arbitraje. La sentencia que se recurre en casación estimó que no podía admitirse la excepción de sumisión a arbitraje porque la materia de la que se trataba (nulidad de la Junta General e impugnación de acuerdos sociales) constituye una materia indisponible, que no puede someterse a arbitraje. El TS admite el recurso de casación y declara nula la sentencia anterior, porque entiende que el hecho de no otorgar validez al acuerdo de sumisión a arbitraje contenido en los estatutos de la sociedad infringe la facultad de autorregulación de las SA. En este sentido afirma que “se ha infringido también la normativa básica de la Ley de Sociedades Anónimas como es el principio de autonomía de la voluntad de su autorregulación, de su régimen jurídico y la de la Ley de Arbitraje en lo que se refiere a la materia objeto del mismo, entre la que debe incluirse la nulidad de Junta General y la impugnación de acuerdos sociales, tal como se ha expuesto en el fundamento jurídico anterior. Lo que hace que, también por este motivo, la sentencia de la Audiencia deba ser casada.”

²⁴ La Ley del Principado de Asturias 2/2000, de 23 de junio, por la que se establecen las normas reguladoras de las Cajas de Ahorros, en su artículo 12 establece: 1. (...). 2. “La normativa interna de cada Caja de Ahorro regulará los procedimientos de elección de los miembros que integran los diferentes órganos de gobierno, así como los procedimientos de impugnación y demás incidentes que puedan producirse en los procesos electorales”. 3. “Las normas de autorregulación a que se refiere el apartado anterior deberán inspirarse necesariamente en los siguientes principios: a) Territorialidad, para obtener una distribución adecuada de los grupos de representación; b) Transparencia, que se garantizará en los diferentes procesos electorales para la elección de los órganos de gobierno a través de la posible interposición de las correspondientes impugnaciones y su resolución, así como de la intervención de notario y de la participación de la Comisión de Control; c) Democratización, a través de la presencia en todos los órganos de gobierno de los grupos que representan los intereses sociales y colectivos; y d) Profesionalidad, para asegurar la eficacia del servicio a la economía regional y nacional, y mantener la capacidad de ahorro”.

Por su parte, la STC 155/1996, de 9 de octubre, califica de autorregulación la facultad que los artículos 4 y 5, de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 3 de marzo de 1987, sobre liberalización de tipos de interés y comisiones sobre normas de actuación de las Entidades de Depósito, atribuyen a las entidades de crédito de determinar “las fechas de valoración de los cargos y abonos de sus cuentas activas y pasivas”, “los desfases máximos y mínimos de ambas a favor o en contra de la clientela, y, por otra parte, “las tarifas de las comisiones por sus operaciones o servicios”. En esta sentencia se precisa la función de control del Banco de España sobre tales normas: “la misión que corresponde al Banco de España para la comprobación y el control de la actividad bancaria como guardián del sistema, en su doble faceta de estructura-función dotan de carácter básico a su intervención para el registro previo, la publicidad y la inteligibilidad de la autorregulación de los tipos y las fechas de valoración para las operaciones de las Entidades de crédito”.

²⁵ La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 25 de octubre de 1996 (RJCA 1996/2221) entiende que las especialidades del régimen laboral propio de las cooperativas y la ampliación de sus facultades en este ámbito constituyen una manifestación de la autorregulación.

socios a los aspectos puramente organizativos de estas asociaciones²⁶. Esta facultad se ha visto notablemente ampliada por la Ley 27/1999, de 16 de julio de 1999, de Cooperativas, que modifica la anterior²⁷, y por las diversas leyes autonómicas de Cooperativas²⁸.

El término “autorregulación” es utilizado también para caracterizar al reglamento interno de una Mutualidad de previsión social²⁹.

Como ya ha sido señalado anteriormente, en nuestro Derecho interno la noción de autorregulación no se identifica solamente con manifestaciones diversas de la autonomía privada, sino que dicha identificación se extiende también a la autonomía pública, en referencia a aquella que nuestra Constitución reconoce a Colegios profesionales y Corporaciones locales.

²⁶ En concreto, la Exposición de Motivos de la Ley 3/1987, de 2 de abril de 1987, General de Cooperativas calificada de autorregulación “la facultad de los socios de fijar, a través de los estatutos, las normas que han de regir la sociedad”.

²⁷ En la Exposición de Motivos de la Ley 27/1999, de 16 de julio de 1999, de Cooperativas, puede leerse lo siguiente: “Objetivo de la nueva Ley es, precisamente, que los valores que encarna la figura histórica del cooperativismo, respuesta de la sociedad civil a los constantes e innovadores condicionamientos económicos, sean compatibles y guarden un adecuado equilibrio con el fin último del conjunto de socios, que es la rentabilidad económica y el éxito de su proyecto empresarial (...) [Por ello] la ley ofrece un marco de flexibilidad, donde las propias cooperativas puedan entrar a autorregularse y establece los principios que, con carácter general, deben ser aplicados en su actuación, huyendo del carácter reglamentista que en muchos aspectos, dificulta la actividad societaria”.

²⁸ Según sus respectivas Exposiciones de Motivos: la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia, “potencia la autonomía de la propia sociedad cooperativa, confiriendo un mayor grado de autorregulación a través de los estatutos y de los propios órganos sociales”; la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, permite “un alto grado de autorregulación estatutaria”; la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, remite a la autorregulación de la cooperativa la determinación de “la condición de asociados y sus derechos y obligaciones, (...) con el fin de estimular el incremento de los recursos financieros propios; pero, a la vez, y atendiendo al principio cooperativo de “autonomía e independencia”, se exigen ciertas garantías para la entidad, como son que el asociado no sea a la vez socio y que su capacidad de decisión en la entidad sea siempre minoritaria respecto a los socios”. Además: “se moderniza profundamente la regulación de las cooperativas de trabajo, concediendo un amplio margen autorregulador a esa peculiar forma de empresa basada en la autorresponsabilidad productiva”; la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas del País Vasco, remite a la autorregulación la concreción de la organización de las cooperativas de segundo grado, puesto que “(...) no se ordena una rígida e inmediata aplicación supletoria de la normativa sobre cooperativas de primer grado; en efecto, la ley ante todo se remite a la autorregulación societaria, y en segundo término advierte que, en caso de silencio estatutario o reglamentario interno, habrá de atender a la función y naturaleza de las cooperativas de segundo grado antes de proyectar mecánicamente sobre éstas preceptos pensados sólo para las entidades de nivel primario o básico”.

²⁹ En concreto, el acto administrativo de aprobación del reglamento de una mutualidad de previsión social se califica como un “acto administrativo de autorización de un acuerdo social de autorregulación”, en las Sentencias de la Sala Social del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1988 (RJ 1988/563), de 29 de marzo de 1990 (RJ 1990/2369), de 2 de julio de 1990 (RJ 1990/6046) y sentencia n.º

Así, en primer lugar, se considera autorregulación la potestad normativa que deriva de la autonomía reconocida a los Colegios profesionales. El Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, considera que dicho estatuto constituye una manifestación de las “facultades de autorregulación” que posee el Consejo General de la Abogacía³⁰. Teniendo en cuenta, sin embargo, que los Estatutos Generales de los Colegios Profesionales deben ser aprobados en última instancia por el Gobierno, parecen más acertadas las referencias jurisprudenciales a la autorregulación colegial que tienden a identificar ésta con las normas internas de los Colegios profesionales. Estas normas suelen tener un carácter básicamente organizativo³¹. Dicho carácter permite distinguir, en principio, los Estatutos particulares de cada Colegio de los Estatutos Generales de la Profesión. En esta línea, la STC 93/1992, de 11 de junio, circunscribe explícitamente la noción de autorregulación, en el ámbito de los Colegios Profesionales, a las normas y estatutos internos de contenido básicamente organizativo, excluyendo explícitamente la posibilidad de utilizar este término para referirse a las normas que establecen el régimen disciplinario de la profesión³². Se contradice, sin embargo, esta línea jurisprudencial, con aquella que reconoce -sin utilizar, sin embargo, el término “autorregulación”- la validez de los reglamentos internos de los Colegios Profesionales que establecen la tipificación de ciertas conductas profesionales como base jurídica suficiente para el ejercicio de la potestad sancionadora colegial³³.

141/1996 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 22 de febrero de 1996.(AS 1996/329).

³⁰ El Real Decreto 658/2001, de 22 de junio (RCL 2001/1679), por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, en su Exposición de Motivos, después de señalar que tal Estatuto constituye “un nuevo marco normativo para el ejercicio de la profesión”, expresa el “deseo del Gobierno” de “aprobar mediante Real Decreto la propuesta que el Consejo General de la Abogacía Española ha elevado al Gobierno en uso de las facultades de autorregulación que tiene atribuidas”.

³¹ El Reglamento interno de concursos aprobado por el Colegio profesional de Arquitectos de Madrid es calificado como una manifestación de la facultad de autorregulación interna de las corporaciones, a efectos de limitar su eficacia frente a terceros, en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 28 de julio de 1994 (AC 1994/2575).

³² En concreto, en la STC 93/1992, de 11 de junio, puede leerse: “El quicio sobre el que esta Ley intenta hacer compatible el principio de legalidad con la autorregulación corporativa consiste, precisamente, en disociar los Estatutos particulares de cada Colegio y los Estatutos generales de la Profesión entera (art. 6 LCP). Aquéllos son elaborados por el correspondiente Colegio, y aprobados autónomamente por el Consejo General que culmina la organización corporativa de la profesión respectiva; en cambio los Estatutos generales, una vez elaborados por dicho Consejo General, son aprobados por el Gobierno. Estos «estatutos generales de la profesión», cuyo establecimiento es confiado por la Ley de Colegios de 1978 a Reales Decretos del Gobierno, obviamente llamados a ser publicados en el «Boletín Oficial del Estado», son los que deben regular -entre otros temas- el régimen disciplinario de la profesión”.

³³ Así, significativamente, y a pesar de traer explícitamente a colación el contenido de la STC 93/1992 transcrito en el texto, admite abiertamente esta posibilidad la STS de 9 de julio de 2001,

En segundo lugar, se asocia la autorregulación con la autonomía local. Esta asociación es clara en el Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, de Presupuestos de las Entidades Locales³⁴. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2000 se refiere a la “capacidad de autorregulación por parte de los Entes Locales” cuando alude a su facultad de “aprobación de reglamentos orgánicos que desarrollen y puntualicen, en mayor o menor grado” la normativa estatal vigente³⁵. De este modo, esta asociación se utiliza básicamente con el fin de poner el acento en las peculiaridades de la normativa local y, en concreto, de destacar la independencia de las ordenanzas locales frente a los reglamentos generales. En esta línea se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 21 de noviembre de 1996: “No es cierto el argumento utilizado por la parte recurrente de que la Ordenanza municipal debe respetar el contenido normativo contemplado en el Reglamento General de Recaudación, y ello pues, si bien, en general, es cierta la sumisión de los reglamentos y ordenanzas a la Ley, en este caso, la normativa del Reglamento General de Recaudación es sólo supletoria en defecto de regulación municipal. La jurisprudencia citada por la parte recurrente, en el sentido de que la Ordenanza sólo puede aclarar, desarrollar y concretar los preceptos legales, no es aplicable al caso presente, y ello dada la capacidad de autorregulación que el art. 6.4 del Reglamento General de Recaudación reconoce a los Entes Locales”³⁶.

a)''' Autoorganización.

Sin ninguna vinculación ya con la noción de autonomía, constatamos que se utiliza la noción de autorregulación como un equivalente de autoorganización. Se alude así, por ejemplo, a las “competencias de autorregulación administrativa”, que son “reflejo de la potestad doméstica de autoorganización” para justificar decisiones organizativas adoptadas sin cobertura legal suficiente³⁷. También se invoca la

argumentando que las Normas Deontológicas de las Juntas colegiales responden al ejercicio de “potestades públicas que la Ley delega a favor de los Colegios” y pueden contener la tipificación de conductas.

³⁴ Según la Exposición de Motivos del Real Decreto 500/1990, el mismo se inspira, básicamente, en “la continua remisión a la autonomía y capacidad de autorregulación normativa de los Entes locales”.

³⁵ STS de 13 de diciembre de 2000 (RJ 2201/77), F. J. 3º.

³⁶ STSJ de Galicia, de 21 de noviembre de 1996 (JT 1996/1350), F. J. 4º.

³⁷ Estas expresiones son utilizadas en: la Sentencia n.º 1786/1993, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 14 de abril de 1997, motivada por la impugnación de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 9 de julio de 1993, por la que se regula, entre otros aspectos, la creación de los despachos receptores de apuestas deportivas de carácter no integral para la

autorregulación para defender el carácter normativo de las circulares organizativas internas de una Administración³⁸, para explicar la facultad de las instituciones parlamentarias de aprobar su propio reglamento³⁹, para referirse a la capacidad de autoorganización que el artículo 22.2 LRJPAC atribuye a los órganos colegiados⁴⁰, y para justificar la existencia de reglamentos independientes y la validez de decisiones administrativas adoptadas dentro de un margen de amplia discrecionalidad⁴¹.

La determinación, por parte de la Comisión universitaria correspondiente, de los méritos que han de ser valorados en un concurso para cubrir una plaza de profesor titular, también se considera, finalmente, una manifestación de la autorregulación⁴².

b) Autorregulación como autovinculación.

La STSJ de Castilla y León, de 29 de enero de 1999 y la STS de 18 de junio de 1992 utilizan el término “autorregulación” para subrayar la vinculación de la Administración pública a sus propias declaraciones jurídicas. Con ello, los órganos jurisdiccionales eluden entrar en la determinación de la naturaleza jurídica de los instrumentos a través de los cuales se manifiestan tales declaraciones y se limitan a

comercialización de la Lotería del Zodíaco; y en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 24 de febrero de 1997 (JT 1997/959), en la que se analiza una decisión organizativa de la Agencia Tributaria por la que se atribuyen a unidades de inspección determinadas competencias de gestión vinculadas a la función inspectora.

³⁸ Sentencia n.º 938/1995, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 7 de julio de 1985 (AS 1995/3477).

³⁹ STC 141/1990, de 20 de septiembre. En esta sentencia se analiza la constitucionalidad del Reglamento del Parlamento de Navarra, cuestionándose, entre otros aspectos, la regulación de la censura del Presidente de la Cámara, puesto que no se prevé que, en el ejercicio de esta facultad por parte de los miembros de la Cámara deba presentarse también un candidato alternativo. Defendiendo la validez de esta opción, el Tribunal pone de manifiesto que: “Las facultades originarias de *autorregulación* del Parlamento no estaban limitadas por ninguna exigencia del bloque de la constitucionalidad que impusiera la necesidad del carácter «constructivo» de la remoción de un miembro de la misma, incluido su Presidente”.

⁴⁰ En la STC 50/1999, de 6 de abril, en la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra determinados preceptos de la LRJPAC se analizan, entre otros aspectos, la relación existente entre las facultades de los órganos colegiados atribuidas por el art. 22.2 LRJPAC y la normativa autonómica. En relación con ello se afirma que el carácter básico de este precepto “no implica la exclusión de las potestades normativas de las comunidades autónomas, por lo que las potestades de autorregulación que esta norma reconoce a este tipo de órganos colegiados, deberá ejercerse de conformidad con lo que, en su caso, dicha normativa disponga” (FJ 6).

⁴¹ STS de la Sala 3ª, de 29 de enero de 1982 (RJ 1982/237) y STS de la Sala 3ª, de 23 de mayo de 1996 (RJ 1996/4700).

⁴² Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 4 de junio de 1991 (RJ 1991/4925).

poner de relieve la autovinculación de las Administraciones a las decisiones adoptadas por ellas mismas con el objeto de regular su actividad.

En concreto, se cataloga como autorregulación la fijación administrativa de las condiciones para la concesión de subvenciones⁴³ y la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares de contratación⁴⁴.

c) Autorregulación como autocontrol.

El término “autorregulación” se utiliza en ocasiones como sinónimo de “autocontrol”, en referencia a la capacidad de un sujeto para controlar él mismo su grado de adecuación a la legislación.

Un peculiar sistema de autocontrol sobre el cumplimiento de la normativa es, precisamente, el previsto en Ley catalana 8/1996, de 5 de julio, reguladora de la Programación Audiovisual distribuida por cable y en la Ley de la Comunidad de Madrid 2/2001, de 18 de abril, por la que se constituye el Consejo Audiovisual, que ya hemos analizado con anterioridad. En ambas normas se establecen una serie de límites al contenido de la programación audiovisual y se regula un mecanismo específico de autocontrol, que facilita, a su vez, el control público del cumplimiento de las

⁴³ Sentencia n.º 84/1999, de la Sección Tercera del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 29 de enero de 1999 (RJCA 1999/227). Los hechos que dan lugar a esta sentencia son los siguientes: La Consejería de Fomento de Palencia aprobó, mediante la Orden de 10 de enero de 1994, unas bases para la concesión de subvenciones. El Servicio Territorial de Fomento de Palencia incumplió dichas bases al denegar la subvención solicitada por el demandante. La sentencia estima la pretensión deducida en demanda con base, entre otros, en el siguiente argumento: “Para abordar la temática sustantiva es menester recordar que la jurisprudencia (Sentencias TS de 28 de mayo y 28 de noviembre de 1997 [RJ 1997/4303 y RJ 1997/8557] y de 8 de abril de 1998 [RJ 1998/3742]) viene uniformemente declarando que la normativa reguladora de la subvención o las condiciones que fija la Administración para su concesión, constituyen una autorregulación que veda la discrecionalidad o el voluntarismo de aquélla”.

⁴⁴ Sentencia n.º 1470/1992, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 1992 (RJ 5961). Esta resolución el Tribunal debe determinar si, en la adjudicación directa de unas obras, en la que se incurrió en diversas irregularidades, por no observar estrictamente el Pliego de Cláusulas administrativas particulares, se cometió o no un delito de prevaricación. Con independencia de la decisión del órgano jurisdiccional competente, que desestima el recurso presentado, en el F. J. 1º, que se refiere al contenido de la resolución del caso en vía Contencioso-Administrativa, el TS afirma: “En el curso del presente procedimiento penal se agotó la vía Contencioso-Administrativa, y la Sentencia de esta jurisdicción, datada el 12-11-1987 e incorporada al hecho probado, admitía que la contratación directa había respetado los límites legales permisivos, y denunciaba la inobservancia de la autorregulación prevista para las adjudicaciones en el pliego de condiciones, lo que justificaba la estimación del recurso respecto de algunas obras que no habían seguido el cauce procedimental establecido por la Administración para la contratación directa.”

previsiones normativas. En concreto, se obliga a los operadores de televisión de su ámbito territorial de influencia a presentar a sus respectivos Consejos audiovisuales una “declaración de autorregulación”, en la que justifiquen el cumplimiento, entre otras, de las normas sobre protección de la dignidad de las personas, protección de menores y no discriminación⁴⁵.

También en el Real Decreto 928/1993, de 18 de junio, del Ministerio de Educación y Ciencia, que regula del Instituto Nacional de Calidad y Evaluación, se utiliza el término “autorregulación” en alusión al autocontrol y la autoevaluación realizados, en este caso, por parte de la Administración, sobre los resultados de la reforma educativa implantada por la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo⁴⁶.

En el seno de las organizaciones privadas, y en conexión con la existencia de ordenamientos jurídico-privados, forma también parte de la extensión de “autorregulación” la capacidad de autonormación de dichas organizaciones a la capacidad de control sobre la aplicación de tales normas. Esta extensión se produce en un destacado número de sentencias, en las que se discute la competencia de los tribunales para adentrarse en la valoración de las causas de expulsión de los miembros de sindicatos⁴⁷, asociaciones⁴⁸ y cooperativas⁴⁹.

⁴⁵ Véanse: el artículo 9 de la Ley catalana 8/1996, de 5 de julio de 1996, reguladora de la programación audiovisual distribuida por cable; y el artículo 12 de la Ley de la Comunidad de Madrid 2/2001, de 18 de abril, reguladora del Consejo Audiovisual.

⁴⁶ En concreto, esta norma, que tiene por objeto la creación del Instituto Nacional de Calidad y Evaluación, califica la evaluación del sistema educativo como un mecanismo de autorregulación. No especifica si se refiere a la evaluación que realizan los propios centros educativos o la que llevará a cabo el mencionado Instituto, aunque parece que se refiere a esta última. Así, en la Exposición de Motivos se afirma que: “(...) cuando se inicia un proceso de reforma educativa tan ambicioso como el actual, la necesidad de evaluar sus resultados, se hace aún más imperiosa. Si la evaluación es un mecanismo permanente de autorregulación, su necesidad se hace sentir más, si cabe, en aquellos momentos en que el sistema educativo está experimentando un amplio proceso de transformación”.

⁴⁷ STS de 21 de julio de 1998 (Sala Social) (RJ 1998/7059). Esta resolución tiene su origen en el recurso, presentado por el sindicato Atexbank, contra la decisión de la Sala Social de la Audiencia Nacional, por la que se estima la pretensión de un miembro de dicho sindicato, que fue expulsado del mismo. Según Atexbank la baja del actor se produce en aplicación de las previsiones estatutarias sobre incompatibilidades. Por este motivo, se alega que la sentencia recurrida, al dar la razón al actor, no respetó los principios de autorregulación sindical. En este caso, el TS entra a analizar el contenido de los estatutos y los hechos que dieron lugar a la expulsión del miembro de la organización sindical y decide desestimar la pretensión del sindicato.

⁴⁸ Sentencia 184/1996 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 15 de mayo de 1996 (AC 1996/962) y sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 25 de octubre de 1994 (AC 1994/1730). En ellas se cuestionan los acuerdos de expulsión de algunos de sus socios adoptados, respectivamente, por la “Real Sociedad Central de Fomento de Razas Caninas de España” y por la entidad

Resulta sumamente interesante comprobar que las sentencias analizadas admiten el poder disciplinario de las asociaciones, como manifestación de su capacidad de autorregulación, pero impiden que este poder se ejerza sin las garantías suficientes. En concreto, en el ejercicio su poder disciplinario interno, estas organizaciones deben garantizar la tipicidad de las infracciones y sanciones⁵⁰, los derechos de defensa⁵¹ y la tutela judicial efectiva⁵².

“Real Aero Club de Vigo”, con base en los motivos estatutariamente previstos. Los órganos jurisdiccionales competentes califican, tanto las normas estatutarias como su aplicación por parte de las asociaciones, como una manifestación de su facultad de autorregulación, y estiman que dicha facultad impide la injerencia de los poderes públicos sobre las decisiones adoptadas estatutariamente. Sin embargo, ello no impide que los tribunales lleven a cabo una valoración y control de la trascendencia de los hechos o incluso que entren a analizar si el juicio interno de interpretación y de aplicación de las reglas estatutarias es o no adecuado.

⁴⁹ En la STC 96/1994, de 21 de marzo, se recurre en amparo la decisión del TS, confirmatoria de las sentencias anteriores, de rebajar la sanción impuesta al socio de una cooperativa por haber insultado a los miembros del órgano directivo de la misma. Frente a las alegaciones de la cooperativa, que defienden la competencia exclusiva de los órganos de gobierno de la asociación sobre la valoración de las conductas de los socios, el TC se limita a recordar que la Ley 3/1987 de Cooperativas prevé expresamente la posibilidad de impugnación ante los tribunales de los acuerdos sociales, incluidos los de expulsión de los socios cooperativistas.

⁵⁰ En la STS 1222/1998, de 28 de diciembre, (Sala Civil) (RJ 1998/10165), que resuelve en casación el conflicto generado a raíz de la expulsión de los socios del “Real Aero Club de Vigo”, el requisito de tipicidad se exige en los siguientes términos: “Lo que no cabe es que la suerte de los socios, en cuanto a su permanencia o vinculación con la entidad asociativa, dependa, sin establecimiento previo y estatutario de la infracción sancionable, y de la sanción correspondiente, de la voluntad exclusiva de la Junta directiva que resuelve “ad hoc”, según la valoración del caso. Con razón, la sentencia impugnada mantiene que no se puede “desconocer que los acuerdos de la “directiva” que afectan al ejercicio en bloque de los derechos del socio o a su permanencia dentro de la asociación no pueden ser adoptados sin cobertura legal, reglamentaria o estatutaria, pues de lo contrario también se instauraría la inseguridad jurídica, también, proscrita, por la Constitución (artículo 9.3), cuando no la injusticia o la arbitrariedad.”

⁵¹ Las garantías constitucionales relativas a la audiencia y al procedimiento se consideran aplicables al ejercicio de la potestad disciplinaria en las siguientes sentencias, entre otras: STC 218/1988, de 21 de noviembre, en la que se analiza la extensión del control judicial sobre el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Asociación “Círculo Mercantil”; STS (Sala 1ª), de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992/2283), por la que se resuelve en casación el conflicto, cuyos presupuestos ya hemos comentado al mencionar la sentencia de instancia, sobre el acuerdo de la “Real Sociedad Central de Fomento de Razas Caninas en España”; y STS (Sala 1ª), de 13 de junio de 1996 (RJ 1996/4761), por la que se analiza el acuerdo de expulsión de un miembro de un partido político.

⁵² Retomando la línea argumental relativa a la extensión de la capacidad de autorregulación de las asociaciones y los límites del control judicial de su actuación, las dos últimas sentencias citadas en la nota anterior contienen la siguiente reflexión: “El problema planteado tiene singular trascendencia porque afecta a la valoración jurídica que merezcan determinadas actuaciones de asociaciones que, bajo el manto de sus normas de “justicia interna”, según algunas denominaciones o de “jurisdicción privada” -nombres llamativos y erróneos conceptualmente, pero gráficos respecto a la idea que expresan, a veces revestidas de un lenguaje pseudo-procesal (Tribunales, recursos)-, impone, como Juez y parte, decisiones de consecuencias graves para los interesados, tal pueden ser las que son objeto de examen; no se convierten en poderes de autorregulación y de ejercicio disciplinario, que las asociaciones en cuestión dentro de la libertad de pactos que permite el principio de autonomía de la voluntad, puedan estatutariamente dictarse, sino los límites del ejercicio de estas facultades que, desde luego, nunca pueden suplantar el derecho a la tutela judicial efectiva ni obstaculizarlo, con mecanismos complicados, ni eludirlos con plenitud, de donde se sigue que sus acuerdos no sólo están sometidos al examen de su regularidad para la determinación de las formalidades estatutarias que establezcan, en cuanto admisibles y lícitas, según el procedimiento interno para su adopción, su respeto a las normas legales, sino también el mérito de acuerdo, esto es, si el juicio interno de interpretación y aplicación de las reglas estatutarias es o no

B) Derecho comunitario: la autorregulación como estrategia reguladora.

Si el Derecho interno no sienta las bases para descifrar lo que es la autorregulación, el Derecho comunitario, por el contrario, establece un marco propicio para su vertebración.

Para el Derecho comunitario la autorregulación se configura como una institución con rasgos propios, vinculada a la satisfacción de intereses públicos⁵³. Las diversas disposiciones comunitarias -y las normas estatales que incorporan dichas disposiciones a nuestro ordenamiento- que utilizan el término “autorregulación”, a pesar de ser sólo una parte de las que efectivamente regulan este fenómeno, son lo suficientemente significativas como para permitirnos entrever los mencionados rasgos. Debe notarse, sin embargo, que la utilización del término “autorregulación” no está todavía consolidada. Habitualmente, cuando la Unión Europea fomenta el fenómeno que nos ocupa, utiliza el término “autorregulación”. Se refiere en estos casos a manifestaciones de la autorregulación regulada caracterizadas por una débil incidencia en ellas de la regulación pública. Cuando la regulación pública de la autorregulación tiene una presencia más destacada, en los documentos de la Unión Europea se utiliza el término “corregulación” para aludir a esta nueva estrategia reguladora de los poderes públicos.

Destacadamente, el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea⁵⁴, se refiere a la “autorregulación” y a la “corregulación” como nuevas estrategias reguladoras de los poderes públicos. Mediante estas estrategias se pretende mejorar la participación y la responsabilidad de los particulares en el cumplimiento de ciertos objetivos públicos, garantizando al mismo tiempo la eficacia y la coherencia de la legislación. Así, por ejemplo, en el mencionado Libro Blanco se advierte que, para mejorar la calidad, la

adecuado”: Sentencias del TS (Sala 1ª), de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992/2283) y de 13 de junio de 1996 (RJ 1996/4761).

⁵³ En concreto, mediante la autorregulación se pretende dar respuesta a la protección de consumidores y usuarios -velando por la adecuación, a los criterios de calidad y seguridad, de los alimentos, los productos y los servicios que circulan libremente por el territorio de la Unión-, y a la protección de derechos fundamentales -frente a los riesgos que genera el uso de las nuevas tecnologías-. El medio ambiente es otro de los bienes protegidos a través de la autorregulación. Sin embargo, no en todas las normas que suponen la introducción de esta estrategia de regulación que es, en todos los casos, una autorregulación regulada se utiliza explícitamente el término “autorregulación”.

⁵⁴ DOCE C 287, de 12 de octubre de 2001, pp. 1 y ss.

eficacia y la simplicidad de normativa (“de los actos reglamentarios”, según la expresión utilizada en el mencionado documento), debe combinarse la existencia de normas formales con otros instrumentos no vinculantes “o incluso con instrumentos de autorregulación dentro de un marco acordado conjuntamente”. Según esta acepción, “la autorregulación es voluntaria y se basa en la cooperación de todas las partes interesadas”⁵⁵. También se señala la necesidad de desarrollar un marco de “corregulación”: “La correulación combina medidas legislativas y reglamentarias vinculantes y medidas adoptadas por los agentes más interesados sobre la base de su experiencia práctica. El resultado es una mayor identificación con las políticas en cuestión, mediante la implicación de quienes resultan más afectados por la aplicación de las normas en su preparación y ejecución efectiva”. Y añade: “La correulación implica la inserción en la legislación de un marco de objetivos generales, derechos fundamentales, mecanismos de aplicación y recurso y condiciones de control del cumplimiento”⁵⁶. Puede adelantarse ya que la técnica descrita en el último párrafo transcrito se corresponde, precisamente, a la regulación pública de la autorregulación. Quizás ello se vea más claramente en la definición de “correulación” contenida en el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema “Simplificación”, donde se afirma que “la correulación combina elementos propios de la legislación, en particular su carácter fiable y vinculante, con el régimen más flexible de la autorregulación. Implica dar un paso adelante respecto de la autorregulación en el marco de un planteamiento cooperativo de la gobernanza”⁵⁷.

A pesar pues, de la ambivalencia terminológica que acabamos de señalar, la autorregulación o, más en concreto la “autorregulación regulada” –y a pesar de que este término no es utilizado en ninguno de los documentos de la Unión Europea-, responde a una estrategia de regulación introducida y ensayada preferentemente por el Derecho comunitario. De los diversos usos que en los documentos aprobados por las instituciones comunitarias se realiza del término “autorregulación” se desprende ya que esta técnica permite sustituir o complementar la clásica regulación de policía mediante normas y controles privados que se enmarcan, a su vez, en el contexto ofrecido por novedosas técnicas de regulación.

⁵⁵ Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema “Simplificación”, publicado en el DOCE C 48, de 21 de febrero de 2002, p. 134.

⁵⁶ Libro Blanco de la Gobernanza, DOCE C 287, de 12 de octubre de 2001, pp. 16 y 17.

a) La autorregulación como complemento o alternativa a la desregulación.

Son tres, principalmente, los motivos que impulsan a la Unión Europea a fomentar la autorregulación.

En primer lugar, se impulsa la autorregulación con el objeto de facilitar la armonización de las normas en el ámbito europeo o internacional. Cuando estas normas son de marcado carácter técnico y afectan a una determinada profesión, las instituciones comunitarias prefieren abstenerse de regular y optan por animar a la profesión para que se autorregule⁵⁸.

También conducen a que se fomente la autorregulación, en segundo lugar, la mayor proximidad, flexibilidad, y adaptabilidad de la autorregulación a las necesidades y a las transformaciones del sector regulado, que contrastan con las limitaciones de la regulación en estos frentes. Esto es especialmente relevante en el campo de las nuevas tecnologías⁵⁹, aunque este mismo argumento es utilizado en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios⁶⁰.

⁵⁷ DOCE C 48, de 21 de febrero de 2002, p. 134.

⁵⁸ En el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el “Libro Verde, Función, posición y responsabilidad civil del auditor legal en la Unión Europea”, (97/C 133/01) se pone de manifiesto la necesidad de armonizar las normas contables en el ámbito europeo. Para ello, “(...) en la medida de lo posible, la Comisión debería animar a la propia profesión auditora a armonizar sus procedimientos en el conjunto de la UE, es decir, a recurrir a la autorregulación”. En concreto, “paralelamente a la internacionalización de las normas materiales de contabilidad a partir de la labor realizada por los organismos IASC/IOSCO, el objetivo debería ser también la armonización de las normas a nivel internacional, especialmente en vista de los avances que ha conseguido ya la IFAC. Esto debería ser apoyado puesto que se ha dado prioridad a la autorregulación profesional.” En la Comunicación de la Comisión relativa a la auditoría legal en la Unión Europea: “el camino a seguir” (98/ C 143/03), se reiteran aproximadamente las mismas ideas: “La Comisión debe animar en la mayor medida posible al sector de auditoría a unificar, mediante una eficaz autorregulación, sus procedimientos en toda la Unión Europea; sin embargo debe participar en el debate, que debe ser atentamente supervisado por la Comisión, un mayor número de interesados, tales como los accionistas, los consejeros, etc.”

⁵⁹ Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, Reguladora del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD) -modificada por la vigente Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal-, que adecua nuestro ordenamiento a la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, relativa a la Protección de las personas físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos personales y a la Libre circulación de estos datos. En esta norma se destaca la necesidad de proteger la privacidad de las personas frente a la utilización de las modernas técnicas de transmisión de datos. En este sentido, se crea la Agencia de Protección de Datos, como organismo encargado de velar por el cumplimiento de esta Ley. Sin embargo, se reconocen las limitaciones de la Ley y de la Agencia, frente a la evolución tecnológica, y se prevén mecanismos de autorregulación, que se consideran más eficaces para la protección de los datos de carácter personal.

Según la Exposición de Motivos de esta Ley, “el inevitable desfase que las normas de derecho positivo ofrecen respecto de las transformaciones sociales es, si cabe, más acusado en este terreno, cuya evolución tecnológica es especialmente dinámica. Ello hace aconsejable, a la hora de normar estos campos, acudir a mecanismos jurídicos dotados de menor nivel de vinculación, susceptibles de una

En tercer y último lugar, la autorregulación se considera un complemento adecuado de la regulación –principalmente en sectores de especial conflictividad entre derechos fundamentales-⁶¹, y una alternativa a la desregulación⁶².

elaboración o modificación más rápida de lo habitual y caracterizados por que es la voluntaria aceptación de sus destinatarios la que les otorga eficacia normativa. En esta línea la Ley recoge normas de autorregulación, compatibles con las recomendaciones de la Agencia, que evitan los inconvenientes derivados de la rigidez de la Ley Orgánica que, por su propia naturaleza, es inidónea para un acentuado casuismo. La propia experiencia de lo ocurrido con el Convenio del Consejo de Europa, que ha tenido que ser objeto de múltiples modificaciones (...) aconseja recurrir a las citadas normas de autorregulación. De ahí que la Ley acuda a ellas para aplicar las previsiones legales a los distintos sectores de actividad. Tales normas serán elaboradas a iniciativa de las asociaciones y organizaciones pertinentes y serán aprobadas, sin valor reglamentario, por la Agencia, siendo precisamente la iniciativa y participación de las entidades afectadas la garantía de la virtualidad de las normas”.

⁶⁰ Es significativa, en este sentido, la Resolución del Consejo de 28 de junio de 1999 sobre la Política de Consumidores en la Comunidad en el periodo 1999-2001. En ella puede leerse: “en determinadas condiciones, la autorregulación de los operadores económicos o los acuerdos voluntarios entre organizaciones de consumidores y operadores económicos pueden ser un complemento adecuado o, en determinados casos, una alternativa a la legislación, en particular porque permiten reaccionar con mayor rapidez a los cambios del mercado (...)”. Siguiendo esta filosofía, que, sin utilizar explícitamente el término “autorregulación” se viene apuntando desde hace varios años por parte de la Unión Europea, la Ley 7/1996, de 5 de enero de 1996, de Ordenación del Comercio Minorista, entiende que la autorregulación del propio sector comercial es el mejor modo de conseguir las adecuadas garantías para los consumidores y usuarios. En su Exposición de Motivos podemos leer: “En este sentido, el establecimiento de un marco de buenas prácticas comerciales deberá producir un mejor comportamiento de todos los agentes del sector, cuyos efectos redundarán en un mejor funcionamiento de la competencia. Estos efectos se consiguen mediante la creación de un marco legal de mínimos que podrá completarse con los Códigos de Conducta, que libremente surjan en el sector para su autorregulación”.

⁶¹ Los límites y las fricciones entre Derechos fundamentales, las fronteras entre lo legal y lo ético, son especialmente delicadas en el ámbito de la publicidad y los medios de comunicación. Por este motivo, la Directiva del Consejo de 31 de marzo de 1992 (92/28/CEE), relativa a la publicidad de los medicamentos para el uso humano -paralelamente a lo establecido por la la Directiva 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa- una vez regulados los mecanismos públicos de control de la publicidad, establece (art. 12.4): “El presente artículo no excluye el control voluntario de la publicidad de medicamentos por parte de organismos de autorregulación y el recurso a tales organismos, si ante los mismos pueden seguirse procedimientos, con independencia de los procedimientos judiciales o administrativos contemplados en el apartado 1”. Por su parte, la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, también hace una llamada a la autorregulación como complemento a la potestad sancionadora de los poderes públicos en esta materia. Esta llamada ha sido recogida, mediante determinadas declaraciones de fomento a la autorregulación, introducidas por la legislación estatal y autonómica que desarrolla el contenido de esta Directiva. Así, como ya hemos tenido ocasión de analizar, la Ley 22/1999, de 7 de junio, de modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la mencionada Directiva, en su Disposición Adicional Tercera, sobre “Promoción de la autorregulación”, establece que, “los poderes públicos promoverán el desarrollo de organizaciones de autorregulación del sector, pudiendo acudir, también, a ellas cualesquiera personas o entidades que se consideren perjudicadas”. En la misma línea cabe mencionar las declaraciones de fomento de la autorregulación contenidas en la Ley catalana 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo del Audiovisual de Cataluña; la Ley foral de navarra 18/2001, de 5 de julio, por la que se regula la actividad audiovisual y crea el Consejo Audiovisual de Navarra; y la Ley de la Comunidad de Madrid 2/2001, de 18 de abril, por la que se constituye el Consejo Audiovisual de esta Comunidad Autónoma.

⁶² Así, la Recomendación de la Comisión de 22 de abril de 1997, sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas, que se enmarca en el proceso de “desreglamentación” y simplificación administrativa, advierte que “la simplificación de los tramites de

b) Identificación de los sujetos y de los instrumentos de autorregulación.

Los sujetos que deben autorregularse son siempre sujetos privados: operadores económicos y organizaciones de consumidores; profesionales; organizaciones que agrupan a diversos profesionales; operadores, suministradores y usuarios de Internet; y, en definitiva, todos los sujetos u organizaciones interesados –en tanto que destinatarios o afectados- en la regulación del sector de que se trate. Cuando estos sujetos poseen una determinada cobertura orgánica y, más en concreto, cuando estamos en presencia de asociaciones privadas que ejercen funciones de autodisciplina o autocontrol de un determinado sector, se acuña la expresión “organismos privados de autorregulación”⁶³.

Los instrumentos de autorregulación son, asimismo, diversos. Son expresamente calificados como “instrumentos de autorregulación” los acuerdos voluntarios celebrados entre operadores económicos y organizaciones de consumidores⁶⁴; las normas técnicas⁶⁵; y los códigos de conducta⁶⁶.

c) Regulación indirecta de la autorregulación.

Desde las instituciones de la Unión Europea se tiene conciencia de que la autorregulación, sin los necesarios controles públicos, puede llegar a producir desviaciones en los fines perseguidos con su potenciación. Por este motivo, se concretan con detalle los objetivos que debe satisfacer la autorregulación, se introducen garantías

autorización suele requerir un cambio en las prácticas de funcionamiento y en la cultura del servicio público, así como un movimiento hacia una mayor autorregulación por parte de las empresas”.

⁶³ Véanse, en este sentido, la Directiva del Consejo de 31 de marzo de 1992 (92/28/CEE), relativa a la publicidad de los medicamentos para el uso humano; y la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

⁶⁴ Resolución del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre la Política de Consumidores de la Comunidad.

⁶⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la auditoría legal en la Unión Europea: el camino a seguir (98/C143/03).

⁶⁶ Resolución sobre el Libro Verde de la Comisión sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior (COM (96) 0192-C4-0365/96); Decisión 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999 por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales; Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo de 5 de octubre de 1995, relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia en los ámbitos del empleo y de los asuntos sociales (95/C 296/05); Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo de 5 de octubre de 1995, sobre el tratamiento de la imagen de las mujeres y de los hombres en la publicidad y en los medios de comunicación (95/C 296/06).

para que tales objetivos se cumplan y se amenaza a los autorreguladores con la adopción de normas vinculantes si éstos no se ciñen a las expectativas de la Unión Europea.

En esta línea, por ejemplo, la Resolución del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre la Política de Consumidores en la Comunidad, recuerda a las organizaciones de consumidores y a los operadores económicos que los acuerdos de autorregulación que pueden adoptar “deben cumplir el objetivo de un alto nivel de protección de los consumidores, salvaguardar los derechos de los consumidores a la información y no ser restrictivos de la competencia”. También señala “que la aplicación y seguimiento adecuados de la autorregulación y de los acuerdos voluntarios son esenciales para su eficacia, y que el fracaso de la autorregulación y los acuerdos voluntarios podrá hacer necesaria la adopción de normas vinculantes”.

En el ámbito de la utilización de nuevas tecnologías, y después de haber constatado que “se está desarrollando una autorregulación espontánea, como es el caso de Internet, que ha creado una comunidad propia con normas y organismos propios”, se advierte que los poderes públicos deberán velar para que “la autorregulación no introduzca discriminaciones de carácter social o exclusiones que vayan en detrimento de determinados grupos de usuarios. Pensando en los jóvenes, habrá que impedir que la autorregulación permita acceder a material inadecuado o chocante”⁶⁷.

En la Resolución sobre la Comunicación de la Comisión relativa a los contenidos ilícitos y nocivos en Internet⁶⁸, el Parlamento Europeo pide a la Comisión que proponga “un marco común de autorregulación a nivel europeo en el que habrán de figurar: a) Los objetivos que se han de alcanzar para la protección de los menores, de los intereses de los consumidores y de la dignidad humana; b) Los principios relativos a la representación de las industrias a escala europea y los procedimientos de decisión; y,

⁶⁷ Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones -La mundialización y la sociedad de la información- Necesidad de reforzar la coordinación internacional” (98/C 284/03). En la misma línea, en la Resolución sobre “Europa y la sociedad de la información -Recomendaciones al Consejo Europeo y sobre una comunicación de las Comunidades Europeas sobre “Europa en marcha hacia la sociedad de la información. Plan de actuación” (COM (94)0347-C4-0093/94), el Parlamento Europeo “expresa su convencimiento de que se han de concretar rápidamente las normas e instrumentos destinados a proteger a los usuarios, y en particular a los menores de edad, frente a programas de contenido violento y pornográfico, incluso mediante el fomento de códigos adecuados de autorregulación de los gestores de las redes”.

⁶⁸ (COM (96)0487-C4-0592/96).

c) Medidas de incitación a favor de empresas e industria que intervienen en la realización de las redes telemáticas para que perfeccionen sus programas de protección y filtrado de mensajes y su puesta a disposición automática de los abonados”.

2. La noción de autorregulación en otras disciplinas.

Es, pues, en el ámbito de las instituciones de la Unión Europea, donde la autorregulación se introduce decididamente como estrategia reguladora de los poderes públicos, en el uso de una novedosa técnica que puede ser calificada, de acuerdo con sus especiales características, como autorregulación regulada. Vale decir que los datos que nos ofrecen los documentos comunitarios que venimos analizando no incorporan definición alguna del término “autorregulación”. De ahí que, como se verá a continuación, hayamos tenido en cuenta, instrumentalmente, las aportaciones realizadas por otras disciplinas, con el objeto de aclarar algunos de los matices de este complejo concepto.

En especial, como lo hasta aquí apuntado deja entrever, la teoría de sistemas permite una mejor comprensión de cómo se desarrolla la autorregulación en el seno de la sociedad. Además, algunas derivaciones de la mencionada teoría resultan especialmente interesantes al objeto de conectar la autorregulación con el Derecho. Esta conexión se produce, obviamente, mediante una regulación del contexto de la autorregulación.

Los estudios de Sociología y Ciencia Política sobre la sociedad civil y sobre la gobernanza son de gran utilidad para enmarcar el fenómeno de la autorregulación en el ámbito de las políticas públicas y, por tanto, ponen de relieve el interés de esta institución para el Derecho Administrativo. Tales estudios entroncan, al mismo tiempo, con el marco que explica el desarrollo de la autorregulación en el Derecho comunitario, poniendo de relieve que este término responde a una nueva técnica de regulación de los poderes públicos.

Los estudios de Filosofía y Ética práctica, por su parte, ofrecen el marco conceptual adecuado al desarrollo de la autorregulación ética. En concreto, las aportaciones de la ética aplicada permiten conocer algunas de las principales

condiciones que deberían concurrir para potenciar efectivamente las bondades de la autorregulación. La no concurrencia de tales condiciones -o su concurrencia parcial- en muchos de los ejemplos que hemos analizado en capítulos anteriores alertan, asimismo, sobre la necesidad de una regulación pública de la autorregulación.

Por uno u otro motivo, resulta claro, pues, no sólo que la autorregulación libre no posee interés para el Derecho Administrativo, sino también que, solamente una autorregulación debidamente regulada es susceptible de sustituir o complementar, con unas mínimas garantías, las tradicionales técnicas de regulación de policía.

A) *Autorreferencia y autopoiesis (Sociología).*

Como hemos señalado en el capítulo primero de este trabajo, las principales aportaciones a la teoría de sistemas se deben al sociólogo alemán Niklas Luhmann⁶⁹. Nos permitimos recordar de nuevo que este autor concibe la sociedad actual como una realidad compleja, estructurada en múltiples subsistemas sociales, funcionalmente especializados⁷⁰. Entre estos subsistemas cabe citar el de la ciencia, la técnica, la industria, la ecología, la cultura, el arte, la educación o la comunicación. El Estado, la política y el Derecho no se encuentran, por tanto, en una posición de primacía frente a los subsistemas anteriormente citados, sino que conviven entre sí en pie de igualdad con éstos. De este modo, la característica principal de la sociedad occidental contemporánea, según este autor, es su estructura policéntrica, articulada en torno a cuerpos

⁶⁹ Entre la inagotable producción bibliográfica de este autor son especialmente destacables, para la comprensión de la teoría de sistemas, sus obras, traducidas al castellano: *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, op. cit.; *La ciencia de la sociedad*, Universidad Iberoamericana, México, 1996, [*Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1990, traducción de S. Pappe, B. Erker y L. F. Segura]; y *Introducción a la teoría de sistemas*, Universidad Iberoamericana, México, 1996 [En realidad este último libro es una reconstrucción, a cargo de Javier Torres Nafarrate, de las lecciones magistrales de “Introducción a la teoría de sistemas”, que impartió Luhmann durante el semestre de invierno de 1992, en la Universidad de Bielefeld, Alemania].

⁷⁰ La especialización o diferenciación funcional es una característica de la sociedad moderna, frente a la diferenciación social de carácter estratificatorio, propia de la sociedad tradicional. En cualquier caso, el pensamiento de Luhmann entronca, en este punto, con el de aquellos autores, como Spencer, Durkheim o Parsons, que describen la evolución social como un proceso de diferenciación o de selectividad social constante. Una clarificadora introducción al universo luhmaniano y a sus fuentes puede encontrarse, entre otros, en la introducción de Fernando Vallespín a la obra de LUHMANN, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Alianza, Madrid, 1993, [*Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, G. Olzog, München, 1981, traducción de F. Vallespín]; y en, P. GIMÉNEZ ALCOVER, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Bosch, Barcelona, 1993.

profesionales, funcionalmente especializados, y diferenciados entre sí⁷¹. La intensificación de la profesionalización y de la complejidad interna de estos subsistemas comporta una mayor diferenciación y un correlativo aumento de la distancia entre ellos.

Pues bien, los subsistemas sociales se caracterizan, precisamente, por su autorregulación interna, en términos autopoieticos y autorreferenciales. La *autopoiesis*, que es un concepto tomado de la biología, es sinónimo de autoproducción o autoorganización de los sistemas⁷². La noción de autopoiesis se refiere a la existencia de un sistema que produce él mismo, no sólo su estructura, sino también los elementos de los cuales se compone. La consecuencia más importante de esto es que un sistema autopoietico es un sistema cerrado, circular y autorreferencial, donde no existen entradas ni salidas⁷³. Luhmann utiliza el término *autorreferencia* para explicar la capacidad que desarrollan los sistemas sociales para tomar conciencia de sí mismos y delimitarse respecto del entorno o ambiente que les rodea. En realidad, se puede identificar un sistema como tal cuando éste, gracias al desarrollo de un proceso de codificación interna, traza una línea de demarcación con su entorno. La autorreferencia es consecuencia de la recursividad –autorreferencia basada únicamente en el proceso autopoietico- y de la reflexividad –se conoce como reflexivo aquel proceso que se aplica a sí mismo o a un proceso de la misma especie-⁷⁴.

Para explicarlo en términos más próximos a nosotros, podemos decir que la autorregulación consiste en la tendencia de los subsistemas a autoorganizarse, a establecer su propio lenguaje, sus propios valores, sus códigos internos, sus

⁷¹ La relación entre subsistemas funcionales y cuerpos profesionales se desprende con mayor claridad de las aportaciones de Parsons que de las del propio Luhmann. Este último, debido al grado de abstracción de su teoría, no establece directamente tal vinculación, y se limita a sostener que los sistemas funcionales se diferencian en torno a un problema de referencia específico. Parsons, en cambio, al entrar en contacto con el análisis directo de las organizaciones en las que se concretan algunos de los más relevantes sistemas funcionales (universidades, hospitales, empresas, administraciones públicas, etc.) pone mayor énfasis en los distintos roles que juegan, dentro de ello, los profesionales: T. PARSONS, *Estructura y proceso en las sociedades modernas*, op. cit., pp. 119 y ss.

⁷² Las teorías bioquímicas convienen en señalar que la vida se produce a sí misma, mediante una operación o proceso generado dentro de una estructura circular (autopoietica). La aplicación de este esquema conceptual a la “vida” de los sistemas sociales implica reconocer que los sistemas son autónomos en el nivel de las operaciones. En este sentido, “la categorización de la *autopoiesis* asume como punto de partida la cuestión radical de la autonomía, ya que define al sistema desde sus propios elementos”: N. LUHMANN, *Introducción a la teoría de sistemas*, op. cit., p. 90.

⁷³ Véase el Estudio Preliminar de C. Morales de Setién Ravina, en P. BOURDIEU y G. TEUBNER, *La fuerza del Derecho*, Siglo del Hombre Editores/Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes/Ediciones Uniandes/Instituto Pensar, Santafé de Bogotá, 2000, p. 54.

⁷⁴ N. LUHMANN, *La ciencia de la sociedad*, op. cit., p. 241.

procedimientos y sus protocolos de actuación. Este proceso, vinculado, en la mayoría de los casos, al dominio de unos conocimientos técnicos especializados, o a la profesionalización de una actividad, tiene como consecuencia el encapsulamiento de los subsistemas. La cerradura autorreferencial de los sistemas, o su encapsulamiento, se considera una condición irrenunciable para que éstos puedan generar identidades propias y, puedan, por tanto, existir como tales, diferenciándose de su entorno.

La especialización funcional propia de los subsistemas comporta, así, por un lado, la aparición de cuerpos fuertemente cohesionados desde el punto de vista interno, pero también claramente diferenciados entre sí; y, por otro, la progresiva incapacidad de comunicación entre subsistemas, debido a su opacidad frente al exterior.

Este aspecto en concreto, esto es, la incapacidad de comunicación entre subsistemas, resulta quizás el aspecto más controvertido de las aportaciones de Luhmann. Sin abandonar los presupuestos básicos de la teoría de sistemas se ha demostrado que, a pesar de las dificultades derivadas de la utilización de un lenguaje y unos códigos específicos por parte de cada subsistema social, existen mecanismos de comunicación entre ellos⁷⁵. Destacamos este punto porque, si bien esta investigación parte de la teoría de sistemas de Luhmann, sus desarrollos llevan a poner el acento en los mecanismos de comunicación existentes entre ellos. En particular, presentan especial interés las relaciones existentes entre el sistema administrativo y el resto de sistemas sociales⁷⁶.

⁷⁵ La incapacidad de comunicación entre los diversas subsistemas sociales, sostenida por Luhmann, ha sido rebatida por Jürgen Habermas con notable éxito. Las principales aportaciones al debate entre ambos autores se encuentran en J. HABERMAS y N. LUHMANN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Was leistet die Systemforschung?*, Surhkamp, Francfort, 1971. Sobre ello puede consultarse también el número monográfico de la revista *Droit et Société*, n.º11-12, 1989, que lleva por título, “Niklas Luhmann: autorregulation et sociologie du droit”. Según Habermas, la autorregulación interna de los subsistemas sociales, la presencia de códigos y lenguajes diferenciados, no suponen la inexistencia de mecanismos de comunicación entre ellos. La constitución esencialmente lingüística de estos “mundos cerrados autorreferencialmente” permite su apertura, gracias a la función comunicativa del lenguaje.

⁷⁶ Más en concreto, diversas de las manifestaciones de la autorregulación por nosotros analizadas no tendrían lugar de no ser por la presencia de estímulos y amenazas de sanción. En otros términos: la Administración Pública, si quiere utilizar instrumentalmente la autorregulación para la consecución de sus propios fines, no puede esperar que los demás subsistemas internalicen, sin más, tales fines, ni puede solamente recurrir a novedosas formulas consensuales, sino que debe también mantener su capacidad de supervisión y utilizar, si ello es necesario, la coerción –por lo menos como una amenaza-.

En otro orden de consideraciones, interesa destacar ahora que la aplicación de este modelo explicativo al subsistema jurídico no presenta grandes dificultades⁷⁷. La capacidad autopoietica que Luhmann atribuye a todos los subsistemas sociales y, por ende, al sistema jurídico, fue destacada tempranamente por Kelsen. Este autor señaló que una de las particularidades del Derecho es, precisamente, que éste regula su propia creación⁷⁸.

Sin embargo, la relación existente entre la teoría de sistemas y la teoría del Derecho conoce desarrollos que no se detienen en esta simple constatación. La interiorización del universo luhmanniano, por buena parte de los sociólogos y por algunos juristas contemporáneos, está dando lugar a la aparición de nuevas formas de conceptualización del Derecho que parten, precisamente, del fenómeno de la autorregulación social. Pueden destacarse, por lo menos, cuatro enfoques distintos en esta línea⁷⁹.

En primer lugar, el propio Luhmann ha elaborado una sociología propia del Derecho⁸⁰. Según este autor, el Derecho no es sino un subsistema más dentro del conjunto del sistema social. Como todos los subsistemas, el subsistema jurídico se enfrenta a la creciente complejidad social, que ofrece una gama excesiva de posibles opciones y expectativas individuales. Para reducir esta complejidad, el Derecho debe

⁷⁷ El sistema jurídico se caracteriza, como todo sistema autopoietico, por producir el mismo los elementos de que consta. Sobre ello tratan los diversos artículos que se recogen en N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981; y, del mismo autor, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1974, traducción de I. De Otto Pardo]. También puede verse G. TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989.

⁷⁸ H. KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1958, [General theory of law and state, Harvard University Press, Cambridge, 1945, traducción de E. García Máynez]. Como señala P. BOURDIEU, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en P. Bourdieu y G. Teubner, *La fuerza del Derecho*, op. cit., 156: “El intento de Kelsen de fundar una “teoría pura del derecho” no es sino la ultra-consecuencia límite del esfuerzo de todo el conjunto de juristas para construir un cuerpo de doctrinas y de reglas totalmente independientes de las imposiciones y de las presiones sociales, que encuentre en sí mismo su propio fundamento”.

⁷⁹ La existencia de estos cuatro enfoques ha sido destacada por A. FEBBRAJO, en “Regolazione giuridica e autoregolazione sociale”, *Sociologia del Diritto*, n.º 2-3, 1986, pp. 145 a 159. En concreto, este autor enfrenta las formas tradicionales de conceptualización del Derecho -entre las que presta especial atención al contractualismo rouseniano y al formalismo de Kelsen- a las aportaciones de la corriente institucionalista y a las visiones del Derecho de Luhmann, Habermas y Teubner.

⁸⁰ Según P. GIMÉNEZ ALCOVER, *El derecho en la teoría de la sociedad...*, op. cit., p. 164, la obra más importante de Luhmann en el campo de la sociología del Derecho, por su volumen y pluralidad de temas abarcados, es la *Rechtssoziologie*, publicada en 1972.

proceder a establecer una selección de las opciones sociales, en sentido jurídico, con el fin de facilitar la seguridad individual⁸¹.

En cualquier caso -y ello es más importante para esta investigación- Luhmann sostiene que el Derecho, ante todo, no debe desconocer la realidad social, que se organiza en torno a instituciones sociales, portadoras de una normatividad propia. Ello supone el reconocimiento de la existencia de normas de origen social, que colocan al Derecho en una situación estratégica entre la sociedad y el Estado. El Derecho aparece, así, acompañado, en la esfera social, de otros factores normativos que no puede ignorar, pero que tampoco puede limitarse a recibir pasivamente. La función del Derecho, en tanto que función reguladora, debería consistir en ofrecer criterios orientadores a la normatividad de los subsistemas sociales privados, en tanto que instituciones.

Este planteamiento entronca, pues, en segundo lugar, con los análisis llevados a cabo por el institucionalismo⁸². El institucionalismo jurídico, en un intento de superar la concepción piramidal y unitaria del ordenamiento jurídico, reconoce y analiza la existencia de una pluralidad de ordenamientos, surgidos de la pluralidad de instituciones que configuran sociedad. Se pone en entredicho, por consiguiente, la tradición según la

⁸¹ Luhmann destaca que los individuos se encuentran “fácticamente autoenredados en el proceso social”. Sólo con base en una reducción selectiva de la complejidad que les rodea pueden llegar a una estabilización de sus expectativas que les permita actuar racionalmente. La reducción de la complejidad que se produce mediante la acción del Derecho se concreta en una reducción de las posibilidades de acción de los individuos. En concreto, existen dos “estrategias” de reducción de la complejidad: la integración de la problemática de otros subsistemas en el interior del Derecho, para redefinirla como una complejidad propia, que pueda ser resuelta con instrumentos jurídicos; y, la fijación de estructuras específicas, creadas para reforzar la selectividad del sistema (atribución de una función específica a un subsistema funcionalmente diferenciado). Luhmann califica la primera de las estrategias mencionadas de “desplazamiento del problema” y se refiere a la segunda con el calificativo de la “doble selectividad”. P. GIMÉNEZ ALCOVER, *El derecho en la teoría de la sociedad...*, op. cit., pp. 182-183.

A. PORRAS NADALES, en “Derecho constitucional y evolucionismo jurídico”, *REP*, n.º87, 1995, p. 129, pone de manifiesto que estas aportaciones, al insistir en el fenómeno de la autopoiesis y autorreferencialidad de la esfera jurídica, “configura ciertas claves que podríamos considerar como relativamente próximas a una tradicional visión constitucional del problema: como, por ejemplo, de un lado, la insistencia en la racionalidad autónoma del Derecho, o las claves internas de su proceso de autotransformación (autorreferencialidad), y por otro, el inevitable corolario de su despolitización, al imputar un eje de interconexión entre sociedad y Derecho, del que no se deduce necesariamente el monopolio excluyente de la esfera política en la labor de creación jurídica”.

⁸² El institucionalismo, en el campo de las ciencias sociales, describe aquella tendencia teórica “que da singular importancia explicativa al entramado institucional, en su acepción más formal, a la hora de analizar el comportamiento humano”: “Voz” “Institucionalismo”, en S. Giner, E. Lamo de Espinosa y C. Torres (Dirs.), *Diccionario de Sociología*, Alianza, Madrid, 1998, p. 382. En el mundo del Derecho el padre de la escuela institucional fue el francés M. Hauriou. Destacan su obra “La théorie de l’institution et de la fondation. Essai de vitalisme social”, en “La Cité moderne et les transformations du Droit”, *Cahiers de la nouvelle Journée*, n.º 4, París, 1925, consultada en la traducción española realizada por Santamaría Pastor y Muñoz Machado, *Obra escogida*, de Maurice Hauriou, IEAL, Madrid, 1976, p. 259 y ss.

cual el Derecho público se fundamenta en la existencia del Estado y en la premisa de que el Estado es, a su vez, el único poder capaz de emanar decisiones jurídicas vinculantes⁸³. El análisis de la organización social con base en la existencia de instituciones capaces de dotarse de normas propias pone de manifiesto la existencia de un “derecho blando” de creación social o, en otras palabras, supone el reconocimiento de un Derecho social⁸⁴. En concreto, según las aportaciones de Santi Romano, existe Derecho cuando un grupo social se institucionaliza, cuando crea una organización y con ella su ordenamiento jurídico⁸⁵. Según este enfoque, existe una correlación directa y necesaria entre las nociones de organización, institución, autonomía y ordenamiento jurídico. La pluralidad y diversidad de instituciones, cuando éstas se identifican con organizaciones, correrá paralela, así, a la pluralidad de ordenamientos jurídicos⁸⁶. Todas

⁸³ Según la teoría kelseniana una norma no es jurídica si no es por su pertenencia a un sistema jurídico que, de manera sintética, es reflejo de un monopolio de fuerza estatal cuyo ejercicio tiene carácter institucionalizado: H. KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, op. cit. Esta concepción ha entrado plenamente a formar parte de la teoría del Derecho. A título de ejemplo, S. NINO, en *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 108, afirma que “el sistema jurídico no sólo regula el empleo de la fuerza sino que lo regula como un monopolio de ciertos órganos, lo que permite distinguirlo de otros sistemas normativos”.

En esta misma línea, se afirma: “Pour la grande tradition du *droit public*, nourrie au XIX^e siècle et au début du XX^e d’une exaltation de la fonction étatique, le droit est incardiné par l’État et l’État suppose le droit. Le couple est à tel point indissociable que, palant de l’un, il est souvent implicite que l’on parle aussi de l’autre. Mais par delà les controverses ontologiques familières aux philosophes, l’on retiendra un élément technique utile au sociologue: si le droit relève de l’État, c’est avant tout parce qu’il y puise les moyens de sa mise en oeuvre. Le droit, écrivait Jhering, représente la forme de la garantie des conditions de vie de la société, assurée par le pouvoir de contrainte de l’État”: L. ASSIER-ANDRIEU, *Le Droit dans les sociétés humaines*, Nathan, París, 1996, p. 44.

⁸⁴ Por derecho social se entiende el derecho autónomo de cada grupo o institución social, “engendrado directamente por él”: G. GURVITCH, *L’idée du Droit Social*, París, (1932), Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1972. El Estado es considerado, en esta línea, como una institución más entre las que integran el complejo social. Por ello, el Derecho estatal constituye -según la mayor parte de los autores que defienden que, junto a éste, existe también un derecho no estatal-, como una forma, la más institucionalizada, de derecho social. En esta línea se sitúan autores como Grotius, Leibniz, Wolf, Gierke, Duguit y Hauriou, en su última fase.

El Derecho social, sin embargo, existe gracias a su reconocimiento por parte del Derecho estatal. En este sentido, recogiendo algunas aportaciones a la noción de derecho social, L. ASSIER-ANDRIEU, en *Le Droit dans les sociétés humaines*, op. cit., p. 54, afirma: “Il n’y a de concepts mous, de notions floues ou de *soft law* que par rapport au noyau dur de la construction juridique”.

⁸⁵ Según la teoría institucionalista de S. ROMANO, desarrollada principalmente en *El ordenamiento jurídico*, op. cit., el ordenamiento no está compuesto sólo, ni siquiera principalmente, por normas jurídicas, sino también por instituciones (entendidas como reglas extralegales, principios, y experiencias jurídicas que disciplinan la vida de una organización). La juridificación de tales normas se produce cuando las organizaciones u instituciones gozan de autonomía. El reconocimiento jurídico de la autonomía comporta, según este autor, la atribución de potestades normativas a las organizaciones. Su ejercicio da lugar a la creación de normas jurídicas, y permite, incluso, que estas organizaciones puedan crear su propio ordenamiento. Así, existirán tantos ordenamientos como organizaciones con un ámbito de autonomía jurídicamente reconocida.

⁸⁶ El principal problema al que se enfrentan los autores que aceptan estos postulados es, pues, el relativo a la articulación de las relaciones existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos. Unas relaciones que, de acuerdo con la explicación más conocida, se basan en el diverso grado de

estas aportaciones clásicas parecen ganar una renovada vitalidad cuando se complementan con la teoría de sistemas. La pluralidad de subsistemas sociales, cuando éstos pueden ser identificados con una organización o una institución, será también reflejo de esta pluralidad de ordenamientos, pudiendo afirmarse con ello que el Derecho no se identifica necesariamente con el Derecho del Estado.

Debemos señalar, sin embargo, que no todos los autores que se integran en la denominada “corriente institucionalista” -por coincidir en la importancia que otorgan a las instituciones en el seno de la sociedad- utilizan el mismo concepto de institución. Algunos de ellos identifican las instituciones con las normas o reglas de juego existentes en el seno de la sociedad, sin pronunciarse sobre el carácter jurídico de dichas normas y afirman, concretamente, que no deben confundirse las nociones de institución, organización y ordenamiento jurídico. Entre los institucionalistas que participan de esta concepción cabe distinguir, a su vez, dos corrientes o derivaciones diversas que poseen interés para este trabajo. La primera de ellas entronca con el denominado “neoinstitucionalismo económico”. Entre las aportaciones de esta corriente doctrinal interesa destacar que es, precisamente, la distinción entre una institución –considerada como un orden espontáneo autogenerador de normas no jurídicas- y una organización –o un orden generado a través de normas jurídicas-⁸⁷. Tal distinción permite defender la innecesariedad del Derecho y de las instituciones jurídicas allí donde la sociedad es capaz de dotarse espontáneamente de normas que permiten satisfacer los mismos fines que los perseguidos por el ordenamiento jurídico⁸⁸. La segunda derivación de la

reconocimiento y de relevancia que se atribuyan los ordenamientos jurídicos entre sí. Sobre ello: S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, op. cit.

En otro orden de consideraciones, y como destacó en su momento S. Martín-Retortillo, en la introducción a la traducción española de la obra de Santi Romano, *El ordenamiento jurídico*, op. cit., esta explicación es fácilmente trasladable a la caracterización del Derecho Administrativo como Derecho propio de la Administración pública. Esto es, la Administración sería una institución, dotada de un ordenamiento propio que se incardina, a su vez, en el ordenamiento general. Destacadamente, recoge estos presupuestos en su análisis de la organización administrativa, J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, IEP, Madrid, 1957.

⁸⁷ Esta corriente parece poseer una amplia aceptación de el ámbito de la Ciencia Política y, en concreto, en los estudios sobre la gobernanza. Puede verse, en este sentido: J. PRATS CATALÀ, en “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”, *DA*, n.º 241-242, 1995, pp. 11 a 59; y, del mismo autor, *La Reforma de los Legislativos en América Latina. Un enfoque institucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

⁸⁸ Así, por ejemplo, para F. A. HAYEK, en *Derecho, legislación y libertad*, vol. I. *Normas y orden*, Unión Editorial, Madrid, 1985, pp. 90 y ss., la distinción entre los órdenes espontáneos y los órdenes “que han sido creados en virtud de la colocación de distintos elementos en sus correspondientes lugares (o bien a través de la directa determinación de su comportamiento)”, es indispensable tanto para la debida comprensión de los procesos que en la sociedad se desarrollan como para acceder a su control. Según este autor, “la sociedad sólo puede subsistir si por algún proceso de selección surgen normas

distinción entre organización e institución permite sostener que sólo aquellas organizaciones que poseen un determinado grado de institucionalización son capaces de dotarse de normas. En estos casos se entiende por normas las normas éticas, eludiendo cualquier consideración a las normas jurídicas de carácter organizativo⁸⁹.

En cualquier caso lo cierto es que, si bien la sociología jurídica viene poniendo de relieve la existencia de un derecho no estatal desde el mismo momento en que el positivismo y el liberalismo proclamaron el monismo jurídico, en la actualidad, los procesos no estatales de creación y aplicación de normas se hacen más presentes. Es cierto también que cada vez son más los autores que consideran Derecho a dichas normas⁹⁰. No obstante, desde un punto de vista constitucional, el Estado goza del monopolio de la producción jurídica. Por ello nos parece más acertado sostener que, si bien la producción de normas no es privativa del Estado, aquéllas cuya existencia no remite al proceso de producción jurídico no deberían tener la consideración de normas jurídicas integrantes del ordenamiento jurídico estatal⁹¹. Dicho en otros términos, es

capaces de inducir a los individuos a comportarse según esquemas compatibles con la convivencia social". Y ello no depende de la existencia de normas jurídicas, sino de la capacidad de la sociedad de adecuar su comportamiento a dichas normas o a otras distintas, creadas en el seno de la propia sociedad, en virtud de su capacidad de autorregulación. En la misma línea de defensa de la autorregulación social este autor sostiene que: "suponer que sólo el Derecho público contribuye al interés general y que el privado se ocupa tan sólo de los egoístas intereses individuales implica la más completa tergiversación de la realidad. Constituye fundamental error suponer que sólo los actos deliberadamente encaminados al logro de alguna finalidad colectiva contribuyen realmente a colmar las necesidades sociales" (p. 256).

⁸⁹ Las normas éticas, según esta corriente, sólo pueden formularse en el seno de instituciones, que tienden a integrar, a su vez, las normas éticas que rigen la sociedad en general. Sobre ello, entre otros, A. CORTINA, *La ética de la sociedad civil*, Anaya, Madrid, 1994. Esta línea de reflexiones conecta o deriva de las aportaciones de T. PARSONS, *Estructura y proceso en las sociedades modernas*, op. cit. Para este autor las organizaciones sociales que poseen interés están relacionadas con un sistema de valores institucionalizado que, ante todo, define y legitima su fin, y con los mecanismos a través de los cuales dichas organizaciones o instituciones se articulan con el resto de la sociedad en la que operan. Así, el sistema de valores de la organización debe implicar una aceptación del sistema de valores más general perteneciente al sistema de orden superior, a menos de que se trate de una organización desviada, no integrada en el sistema de orden superior.

⁹⁰ J. G. BELLEY, en "L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique", *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n.º1, 1986, pp. 11 a 32, expone la evolución del pluralismo jurídico en los últimos cien años. Contrariamente a la doctrina jurídica positivista, que concede el monopolio del Derecho al Estado, la noción de pluralismo jurídico sugiere que la realidad social del derecho se expresa tanto en el exterior como en el interior de la organización estatal. Según este autor, p. 13: "Aux préventions favorables à la souveraineté juridique de l'État, elle oppose l'idée du pluralisme juridique. Le "droit vivant" qui assure l'ordre interne des groupes et des associations (Ehrlich), le "droit inofficiel" (Petrazycki), le "droit garanti" par l'existence d'appareils de contrainte extérieurs à l'État (Weber), le "droit social" de la nation, de la communauté internationale, de la société économique et de l'Église (Gurvitch) témoigneraient de la persistance sinon de l'importance croissante du droit au sein de la société civile, en dehors de l'État et sans rapport de dépendance avec del droit étatique".

⁹¹ Sigue siendo mayoritaria, así, la doctrina que defiende el monismo jurídico derivado de la teoría Kelseniana. El monismo jurídico propuesto por Kelsen consiste en considerar Derecho sólo a la

necesario tener presente la distinción entre la validez y la aplicabilidad de una norma jurídica⁹². Que exista la obligación con origen en el sistema jurídico de aplicar normas provenientes de sistemas distintos a éste y que las consecuencias de cumplir o incumplir dicha obligación sean extraordinariamente relevantes para la vida del derecho no significa que tales normas deban ser consideradas Derecho.

Las dos últimas derivaciones de la teoría de sistemas que vamos a analizar no ponen en duda el monopolio estatal de producción de normas jurídicas. Sin embargo, ponen de relieve algunas transformaciones que se producen en la forma y la legitimación del Derecho como consecuencia del reconocimiento de la organización social en subsistemas y de la capacidad de éstos de producir normas.

Así, en tercer lugar, pueden mencionarse las aportaciones de Habermas. Este autor considera la intervención regulativa del Derecho estatal como un elemento distorsionador de un cosmos ya de por sí suficientemente autorregulado. En este sentido, las aportaciones de este autor coinciden parcialmente con las defendidas por algunos representantes del neoinstitucionalismo económico. La naturaleza heterónoma, unilateral y coercitiva del Derecho tiene como consecuencia una colonización de los subsistemas sociales, que se ven por ello obligados a convivir con una racionalidad distinta de la que les caracteriza como tales subsistemas. Por este motivo, la intervención estatal y, por ende, del Derecho, deben estar debidamente justificadas, lo cual conecta con el concepto de legitimación. Según la teoría de la acción comunicativa desarrollada por Habermas, la legitimación del Derecho proviene, no sólo de la legalidad formal, sino también del consenso social sobre su contenido. Mediante esta

norma jurídica. Tal norma jurídica existe o sólo es válida cuando tiene fuerza obligatoria, cuando debe ser lo que ella dispone y, además, se da en un sistema jurídico válido. Pueden verse al respecto, entre muchos otros: S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, op. cit., pp. 95 y ss.; y J. J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid, 1997, pp. 146 y ss.

⁹² Un esclarecedor planteamiento de las ideas que pretendemos plasmar se encuentra en E. BULYGIN, “Tiempo y validez”, en C. E. Alchourron y E. Bulygin (Eds.), *Análisis lógico y Derecho*, CEC, Madrid, 1991, pp. 195 a 214. Este autor utiliza el término validez como sinónimo de pertenencia de una norma a un ordenamiento jurídico. Puede sostener así que la noción de validez es relativa, puesto que describe solamente la relación entre una norma y un sistema normativo. En función de variables diversas, y trasladando las reflexiones de este autor a nuestro objeto de estudio, una norma de origen privado –una norma técnica o deontológica– puede aplicarse por ser válida en el sistema normativo propio de la técnica o de la ética profesional, sin ser en ningún caso tomada en consideración por el sistema jurídico. Esta misma norma puede también, sin embargo, ser aplicable en el seno del ordenamiento jurídico, con independencia de si es jurídicamente válida o no.

formulación se atribuye un aire comunicativo al Derecho, y se abre la puerta a nuevas formas de regulación, en las que la sociedad tiene un claro protagonismo⁹³.

En cuarto y último lugar resta introducir las aportaciones de Gunter Teubner, especialmente sugestivas en lo que se refiere al desarrollo de la noción de “derecho reflexivo”⁹⁴. Analiza este autor las nuevas formas de regulación estatal, surgidas como consecuencia de las dificultades de ejecución del Derecho, en su caracterización tradicional. Entre ellas destaca, por su potencial desarrollo, la regulación de la autorregulación social. Se observa, así, que la autorregulación social entra a formar parte del ordenamiento jurídico, mediante la introducción en el Derecho de “momentos reflexivos”, en los que, por un lado, se regula el contexto de la autorregulación y, por el otro, se atribuyen a ésta efectos jurídicos. Con ello se aumenta la capacidad ordenadora del Derecho, porque sus contenidos provienen de la autorregulación –esto es, de unas normas concretas, adaptadas a las necesidades de regulación y aceptadas voluntariamente por sus destinatarios-, y, correlativamente, aumenta también la capacidad de respuesta de los poderes públicos -mediante la supervisión pública del control que realizan los propios subsistemas sociales del cumplimiento de la autorregulación-. El derecho reflexivo es, según ello, un Derecho capaz de comprender a la sociedad y sus dinámicas. Es un Derecho, en definitiva, que incluye la autorregulación social. Este “Derecho reflexivo” describe, a nuestro entender, las principales manifestaciones de la regulación pública de la autorregulación que analizaremos en el capítulo siguiente.

⁹³ Véase: J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, vol. I. *Racionalidad de la acción y racionalización social*, vol. II. *Crítica de la razón funcionalista*, Taurus, Madrid, 1999. [*Theorie des kommunikativen Handelns*, Band I. *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, Band II. *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1981]; y del mismo autor, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998 [*Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, traducción de M. Jiménez Redondo]. Según Habermas, para que la legalidad formal siga siendo criterio de legitimidad, debemos tener en cuenta también su contenido, aunque sin caer en la búsqueda de una ética material. Ello se consigue con la referencia a la verdad, es decir, observando que ciertas decisiones obligatorias son legítimas, lo cual significa que se las puede hacer valer sin que medie coacción concreta ni amenaza manifiesta de una pena, aunque contraríen el interés de los afectados, porque derivan de normas reconocidas. El consenso cumple así una función justificante, al ser una imagen del mundo legitimadora del poder.

B) Autogobernación y autogestión (Ciencia Política).

En la Ciencia y la Sociología Política, la autorregulación conecta directamente con la noción de gobernanza⁹⁵. La noción de gobernanza dice relación con la actividad de los poderes públicos encaminada a modelar las estructuras y procesos socioeconómicos con el fin de conseguir el cumplimiento de fines de interés general. Las reflexiones sobre este tema se han intensificado, precisamente, cuando se ha reparado en los límites, en términos de eficacia y legitimidad, de la acción de gobierno⁹⁶. Ello ha conducido a que, en la actualidad, se utilice el término “gobernanza” para identificar “un nuevo estilo de gobierno, distinto del modelo del control jerárquico y caracterizado por un mayor grado de cooperación y por la interacción entre lo público y lo privado⁹⁷. Según puede extraerse de las aportaciones contenidas en el Libro Blanco sobre la Gobernanza elaborado por la Comisión de la Unión Europea, este término designa las normas, los procesos y los comportamientos de los poderes públicos que tienden a mejorar la participación y aumentar la responsabilidad social en el ejercicio de

⁹⁴ G. TEUBNER, “Reflexives Recht”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n.º 13, 1982; y G. TEUBNER, y H. WILLKE, “Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, n.º 5, 1984.

⁹⁵ Utilizamos el término “gobernanza” y no las nociones de gobernabilidad o gobernación, por ser traducción que se ha impuesto en la traducción al castellano de los términos *Steuerung* o *governance*, en sus acepciones alemana y anglosajona, en el Libro Blanco de la Gobernanza, publicado en el DOCE C 287, de 12 de octubre de 2001, pp. 1 y ss. Una atinada crítica sobre la utilización de este término y su diversidad de acepciones puede verse en A. SOLÀ, “Governança i governabilitat: una proposta terminològica”, *Revista de Llengua i Dret*, n.º 35, 2001, pp. 9 a 30.

⁹⁶ Este enfoque, que tiene como punto de partida la detección de diversos problemas de implantación de las políticas públicas -problemas de gobernabilidad en suma, derivados de los retos planteados por la globalización y las cambiantes demandas de una sociedad compleja-, comporta que el término “gobernanza” no sea utilizado en un sentido unívoco. Se atribuyen, así, diversos significados a dicho término en función del ámbito en el que se analice el cambio de modelo, esto es, en función del ámbito en el que se analicen las nuevas formas públicas de actuación. En el ámbito de la gestión pública, la gobernanza indica la adopción de un modelo de gestión paralelo a la gestión empresarial (*Corporate governance*); desde posturas neoliberales se identifica esta noción con la existencia de un Estado mínimo o con el “buen gobierno” (*good Governance*); en un contexto en el que intervienen múltiples actores en una decisión pública y, particularmente, cuando se alude a ámbitos afectados por la globalización, se vincula esta noción a la existencia de redes de conexión entre tales actores o, incluso, en un ámbito teórico distinto, a la existencia de subsistemas (*Network governance*). Aunque se recogen en esta nota las líneas maestras que, con una gran claridad, destaca A. SOLÀ, “Governança i governabilitat...”, op. cit., pp. 9 y ss., se matizan y amplían algunos de sus contenidos. Sobre ello véase: R. A. W. RHODES, *Understanding Governance. Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability*, Open University Press, Buckingham, 1997; y J. PIERRE y B. G. PETERS, *Governance, Politics and the State*, MacMillan Press, London, 2000.

⁹⁷ R. MAYNTZ, “Nuevos desafíos de la teoría de la *Governance*”, *Instituciones y Desarrollo*, n.º 7, 2000, pp. 35 a 52. Profundiza en este tema, y en los distintos niveles de gobierno y de interacciones entre lo público y lo privado: J. KOOIMAN, “Societal Governance: Levels, Modes and Orders of Social-Political Interaction”, en J. Pierre (Dir.), *Debating Governance. Authority, Steering, and Democracy*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2000, pp. 138-164.

funciones públicas con el objeto de mejorar su eficacia y conseguir un mayor grado de coherencia en la regulación pública⁹⁸.

En este sentido, la gobernanza remite a diversos instrumentos de regulación, entre los cuales se incluye, como uno más entre otros muchos, la regulación pública de la autorregulación. En concreto, para mejorar la capacidad de incidencia de los poderes públicos en la conformación de las relaciones sociales se destacan las posibles contribuciones de la autorregulación social a la gobernanza. Así, el recurso a la capacidad autorreguladora de las fuerzas sociales se presenta como una de las posibles soluciones al inquietante diagnóstico de la disminución de la capacidad de actuación, interna y externa, de los Estados.

Sin embargo, el término “autorregulación” es utilizado en estos estudios, indistintamente, como sinónimo de autoorganización, autogestión o, en un sentido más amplio, como sinónimo de autogobernación⁹⁹. Los términos “autorregulación” (*Selbstregulierung*) y autogobernación (*Selbststeuerung*), se utilizan, pues, indistintamente. Ello ocurre en los trabajos que derivan de la línea de investigación, abierta y desarrollada fundamentalmente en el Instituto Max Plank de Sociología de Frankfurt, que analizan las aportaciones de la autogobernación social a la gobernanza¹⁰⁰.

En ellos se estudian las formas de articulación entre la regulación estatal y la actividad de los particulares en diversos sectores en los que el Estado tiene atribuida algún tipo de responsabilidad. Entre los ámbitos estudiados por este grupo de trabajo cabe destacar los relativos a la ciencia y la técnica, la industria, el medio ambiente y el sector de la salud.

⁹⁸ Libro Blanco de la Gobernanza, DOCE C 287, de 12 de octubre de 2001, pp. 1 y ss.

⁹⁹ Con el término “autogobernación” se intenta demostrar que la noción de gobierno no necesariamente debe ser confundida con el gobierno político o Estatal. Se retoma, para ello, el concepto foucaultiano de gobierno, que hace referencia a la “conducción de la conducta”, a una forma de actividad práctica que tiene el propósito de conformar, guiar o afectar la conducta de uno mismo y/o de otras personas. De esta aproximación se desprende que gobernar no es algo propio del aparato estatal, aunque históricamente haya sido así. Y con ello se pretende dar entrada a otras modalidades de gobierno, entre las que cabe la autogobernación social. Esta línea de reflexión ha sido abierta por los discípulos de Foucault, y da cuenta de ella A. PÉREZ-AGOTE POVEDA, en R. Ramos Torre y F. García Selgas (Eds.), “Globalización, crisis del Estado y anomia. La teoría social visita Europa”, en *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, CIS, Madrid, 1999.

¹⁰⁰ Entre los principales resultados de esta línea de investigación cabe citar los trabajos dirigidos por R. MAYNTZ, *Steuerung, Steuerungsakteure und Steuerungsinstrumente*, Univ. Siegen, 1986; y R.

Una vez escogidos los sectores, se toman en consideración las estructuras mediante las cuales el Estado pretende hacer frente a sus responsabilidades. Se advierte que, normalmente, tales estructuras se circunscriben al sistema político-administrativo y sus modos de actuación se ciñen al concepto de policía. Sin embargo, se pone de relieve que existen también estructuras provenientes de la autoorganización social. Como muestra de ello se ponen como ejemplo, entre otros, el sistema de normalización industrial, las ecoauditorías privadas, el sistema dual alemán de gestión de residuos, los institutos de investigación privada, los consejos asesores en materia de educación y salud, o los sistemas privados de autoayuda y autogestión de servicios sociales. A través de estos ejemplos se comprueba que las diversas manifestaciones de autoorganización social, calificadas, según los casos, como supuestos de autorregulación o de autogobernación, sirven a los mismos fines que la regulación estatal y, en ocasiones, resultan más eficaces.

El término “autorregulación” se utiliza, por ejemplo, cuando se analiza la normalización privada. La autogobernación parece identificarse, indistintamente, con la participación de la sociedad en la toma de decisiones públicas –como ocurre en el caso de los consejos asesores en materia de educación y salud- o con la capacidad de determinados sujetos u organizaciones privadas a adecuar voluntariamente su conducta a las previsiones de los poderes públicos; y ello con independencia de si dicha adecuación comporta el cumplimiento voluntario de normas –ecoauditorías- o si describe aquellos supuestos en los que determinados sectores sociales asumen voluntariamente la prestación de servicios públicos –lo cual sucede en el caso del sistema dual de gestión de residuos o en los sistemas privados de autoayuda y autogestión de servicios sociales-. Creemos que, en este último caso, resultaría más adecuado utilizar, precisamente, el término “autogestión”.

Lo que nos parece más destacable de estas aportaciones, precisamente, es que en ellas se constata que las estructuras típicas de autorregulación social con relevancia

pública se caracterizan por la incidencia en ellas, más o menos velada, de mecanismos diversos de intervención o dirección estatal¹⁰¹.

Los estudios sobre la gobernanza coinciden, pues, con los análisis derivados de la teoría de sistemas en su diagnóstico sobre la importancia que está adquiriendo la autorregulación. Coinciden también en destacar, aunque desde una perspectiva distinta, la conexión de la autorregulación con la regulación estatal. En especial, ponen el acento en las virtualidades que posee la autorregulación o la autogobernación en la gestión de intereses públicos y, lo que resulta más interesante, describen en realidad la autorregulación como una nueva forma de regulación estatal -como una nueva forma de gobierno, en realidad, puesto que se refieren básicamente a ella como una manifestación de la “conducción de la conducta” de los particulares-. Esta perspectiva, como veremos, ha tenido una destacada influencia en la doctrina iuspublicista alemana, que analiza también la autorregulación bajo similares parámetros¹⁰².

C) Autovinculación y autorresponsabilidad (Filosofía).

La existencia de una relación entre la ética, o el comportamiento ético de la sociedad, y el orden estatal proviene ya de las aportaciones de Aristóteles¹⁰³. En la actualidad parecen recuperarse algunas de las ideas de este filósofo con el fin de poner de relieve las posibles contribuciones de la ética a la consecución de objetivos

¹⁰¹ Esta misma línea de reflexión se encuentra también, entre otros, en: M. GLAGOW, (Hrsg.), *Gesellschaftssteuerung zwischen Korporativismus und Subsidiarität*, AJZ Verlag, Bielefeld, 1984; M. GLAGOW y H. WILLKE, (Hrsg.), *Dezentrale Gesellschaftssteuerung. Probleme der Integration polyzentrischer Gesellschaft*, Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1987; C. STARK, “Systemsteuerung und Gesellschaftssteuerung. Zur modernen Beschränkung des Politischen”, *Berliner Journal für Soziologie*, Band 8, Heft 2, 1998, pp. 181 a 200.

¹⁰² La importancia de este tema en Alemania llevó a que dos de las ponencias de las Jornadas de la Asociación alemana de Profesores de Derecho Público, celebradas en Dresden en octubre de 1996, se dedicaran, precisamente, a “La administración y el Derecho administrativo entre la autorregulación social y la gobernanza estatal”. Se trata, en concreto, de las aportaciones de los Profesores U. DI FABIO y M. SCHMIDT-PREUSS, “Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung un staatlicher Steuerung”, *VVDStRL*, Heft 56, 1997. Más recientemente la doctrina iuspublicista alemana ha acuñado la noción de “autorregulación regulada”, caracterizándola como una manifestación de la gobernanza. En este sentido se pronuncia explícitamente M. SCHULER-HARMS, en “Regulierte Selbstregulierung im Polizei- und Versammlungsrecht”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, p. 159.

¹⁰³ Las virtudes éticas son para Aristóteles aquellas que se desenvuelven en la práctica y que van encaminadas a la consecución de un fin. Se trata de “virtudes que sirven para la realización del orden de la vida del Estado –la justicia, la amistad, el valor, etc.- y tienen su origen directo en las costumbres y en el hábito, por lo cual pueden llamarse virtudes de hábito o tendencia”: Voz “ética”, J. M. TERRICABRAS (Ed.): *Diccionario de Filosofía Ferrater Mora*, t. II (E-J), Ariel, Barcelona, 1994, p. 1142.

marcadamente públicos. Existen, sin embargo, múltiples derivaciones sobre este tema y también concepciones muy diversas sobre la noción misma de ética¹⁰⁴. Entre los estudios de Filosofía del Derecho que analizan el papel de la ética en las sociedades modernas, interesa destacar aquellos que consideran el comportamiento ético de los individuos como una manifestación del ejercicio de su libertad. La ética, desde esta perspectiva, es autorregulación. La autorregulación ética consiste en la autorreflexión sobre el significado de la propia conducta y la autovinculación a una serie de normas, jurídicas o morales. Esta concepción, por un lado, acoge las nociones de libertad y voluntad que se encuentran en la base de la ética kantiana¹⁰⁵; y, por otro, se aparta de planteamientos universalistas, y niega la existencia de valores morales preexistentes¹⁰⁶. Se trata de una concepción influenciada, entre otras, por la noción de “ética de la responsabilidad”, formulada por Jonas, por la teoría de la justicia de Rawls, y por la ética comunicativa de Apel y Habermas.

La ética de la responsabilidad constituye una derivación del imperativo kantiano e impone una reflexión del individuo sobre las consecuencias de sus propios actos. Esta concepción de la ética se caracteriza, en la formulación de Max Weber, por ser una ética centrada en las consecuencias inmediatas de la acción individual¹⁰⁷. Las aportaciones de

¹⁰⁴ Sobre las derivaciones de la ética aristotélica puede consultarse C. THIEBAUT, “Neoaristotelismos contemporáneos”, en V. Camps, O. Guariglia y F. Salmerón (Eds.), *Concepciones de la ética*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 29 y ss. Sobre la noción de ética, en general, véase *in totum* la mencionada obra colectiva, así como la voz “ética” del *Diccionario de Filosofía* citado en la nota anterior.

¹⁰⁵ Como expone J. HABERMAS, en *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta, Madrid, 2000, [Erläuterungen zur Diskursethik, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1991], p. 60: “Inmanuel Kant, en su intento de despojar a la ética de su base metafísica tradicional, pone el acento en la libertad de los individuos de decidir entre diversas propuestas éticas, en función de las razones que dichas propuestas incorporen. Para este autor, la validez de las normas, jurídicas o morales, dice relación con la aceptación de dichas normas por parte de sus destinatarios. En su clásica formulación del imperativo categórico, Kant defiende la validez de “todas y sólo las normas que todos podrían querer. El cuantificador existencial “todos” se refiere a todas las personas que podrían resultar afectadas (esto es, que podrían ver limitada su libertad de movimientos para la acción) por el seguimiento universal de la norma controvertida. El predicado “querer” se debe entender de conformidad con la noción kantiana de la voluntad autónoma como autovinculación; significa tanto como aceptar como obligatorio para mí por mi propia convicción”.

¹⁰⁶ V. CAMPS, “Presentación”, en V. Camps, O. Guariglia y F. Salmerón (Eds.), *Concepciones de la ética*, op. cit., pp. 13 y ss., señala que, desde las aportaciones que hiciera Hegel en su *Fenomenología del espíritu*, muchos filósofos han coincidido en afirmar, con argumentos diversos, la inexistencia de una moral universal. El movimiento pendular que arrastra las concepciones filosóficas explica que algunos autores hayan caído en un “politeísmo axiológico”, que impide la superación del subjetivismo. Las aportaciones doctrinales que inspiran estas líneas se inscriben en una situación intermedia entre ambos extremos.

¹⁰⁷ R. MALIANDI, “Axiología y fenomenología”, en V. Camps, O. Guariglia y F. Salmerón (Eds.), *Concepciones de la ética*, op. cit., p. 81 explica que Max Weber, en su célebre conferencia titulada “Política como vocación”, realizó la distinción entre una “ética de la convicción o de la intención” y una

Hans Jonas a la ética de la responsabilidad introducen en esta formulación dos variaciones importantes. En primer lugar, este autor sostiene que la ética, en la actualidad, ha dejado de ser una cuestión estrictamente humana, personal o individual, y defiende la necesidad de predicar la ética de los colectivos y de las organizaciones¹⁰⁸. En segundo lugar, se impone al sujeto ético (individuo u organización) la necesidad de reflexionar no sólo sobre las consecuencias inmediatas de sus actos, sino también sobre las previsibles consecuencias futuras del mismo¹⁰⁹. Estas aportaciones adquieren relevancia cuando se aplican a los sujetos que poseen el dominio de la ciencia y de la tecnología, reclamándose de ellos autorreflexión y autorresponsabilidad sobre las consecuencias de su actuación y, en suma, la articulación de procesos de autorregulación con el objeto de gestionar adecuadamente los riesgos por ellos generados¹¹⁰.

En un orden distinto de reflexiones, la línea discursiva de Rawls, Apel y Habermas se fundamenta en la concepción de la sociedad como un sistema basado en la cooperación racional y en la comunicación institucionalizada entre ciudadanos libres¹¹¹.

“ética de la responsabilidad”. Esta distinción ha sido ampliamente acogida. De acuerdo con ella, se entiende por ética de la convicción o de la intención aquella ética que se basa en la prescripción o prohibición de determinadas acciones incondicionalmente consideradas como buenas o malas en sí. La ética de la responsabilidad, en cambio, impone tener en cuenta las consecuencias previsibles de las propias decisiones así como las circunstancias en las que se actúa y en las que se toman tales decisiones.

¹⁰⁸ Como expresivamente señala H. JONAS, en *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995, [*Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, traducción de J. M. Fernández Retenaga], p. 37: “(...) No vosotros o yo. Son el actor colectivo y el acto colectivo, no el actor individual y el acto individual, los que aquí representan un papel”.

¹⁰⁹ Según H. JONAS, *El principio de responsabilidad...*, op. cit., p. 41: “Esto añade al cálculo moral el horizonte *temporal* que falta en la operación lógica instantánea del imperativo kantiano: si este último remite a un orden siempre presente de compatibilidad abstracta [del acto consigo mismo y con sus consecuencias inmediatas], nuestro imperativo remite a un *futuro* real previsible como dimensión abierta de nuestra responsabilidad”.

¹¹⁰ Es importante señalar, en este sentido, que la formulación del principio de responsabilidad de H. JONAS, en *El principio de responsabilidad...*, op. cit., está basada en el análisis de las consecuencias de la ciencia y la tecnología en la sociedad. Los riesgos a los que se encuentra sometida la supervivencia de la humanidad en su conjunto, derivados de la acción de los individuos y las organizaciones que contribuyen al desarrollo y a la aplicación técnica de la ciencia, constituyen el centro de atención de este autor. Las derivaciones prácticas de su teoría en el campo de la medicina y la investigación genética son desarrolladas en H. JONAS, *Técnica, medicina y ética. La práctica del principio de responsabilidad*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1997, [*Technik, Medizin und Ethik, Zur Praxis des Prinzips Verantwortung*, Insel, Frankfurt am Main, 1985, traducción de C. Fortea Gil].

¹¹¹ A pesar de la diversidad de sus respectivos discursos, estos autores parten de una situación originaria en la que los individuos, a través del debate acerca de la noción de justicia, o a través de la idea de acción comunicativa, reflexionan y se posicionan acerca de contenidos morales. John Rawls, en su *Teoría de la justicia*, CE, México, 1979 [*A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1971, traducción de M. D. González], aporta una concepción pública de la justicia compatible con la diversidad de soluciones éticas individuales. Apel y Habermas, por su parte, piensan,

Ello les permite afirmar que las concepciones éticas dominantes en una sociedad surgen de los mencionados procesos de cooperación y comunicación social. Gracias a estas aportaciones es posible superar el subjetivismo moral sin caer en posiciones universalistas. Más concretamente, se defiende la existencia de un “pluralismo moral”, lo cual significa que los ciudadanos que han sufrido un proceso de modernización comparten unos mínimos morales, aunque no compartan la misma concepción completa de la vida. En otras palabras, se intenta compatibilizar el reconocimiento de unos valores socialmente compartidos con la capacidad de autovinculación de los individuos a tales valores, esto es, con la autorregulación ética¹¹².

Las someras bases filosóficas expuestas hasta el momento explican algunos de los procesos y mecanismos de autorregulación ética. Cuando la ética es analizada desde el estricto punto de vista del sujeto o agente moral, se considera aquella como una actividad reflexiva del individuo tendente a delimitar algunos principios correctos de actuación y actuar en consecuencia¹¹³. Las definiciones más recientes de la noción de “ética” parecen incluir de algún modo esta actividad reflexiva del individuo. En palabras de Savater, “la ética en el mundo actual difícilmente puede parecerse a un conjunto de mandamientos, normas, prescripciones o proscripciones nítidamente establecido: es más bien una perspectiva de reflexión personal sobre la libertad que

como Kant, que la ley moral es una ley autoimpuesta; sin embargo, añaden que esta ley no puede proceder sólo de la unidad de la conciencia individual, sino que debe ser consensuada social y democráticamente. Esta línea de reflexión se encuentra desarrollada, fundamentalmente en: K. O. APEL, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1991 [es una traducción de N. Smilg de “Fallibilismus. Konsensstheorie der Wahrheit und Letzbegründung”, publicada en *Philosophie und Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt del Main, 1987]; del mismo autor, y otros, *Ética comunicativa y democracia*, Crítica, Barcelona, 1991; y J. HABERMAS, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona, 1985, [*Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1983, traducción de R. García Cotarelo].

¹¹² Para profundizar sobre este punto de partida común y sobre las divergencias entre el liberalismo político de Rawls y la posición mantenida por Habermas, puede consultarse J. HABERMAS y J. RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona, 1998. [Traducción de G. Vilar Roca de los siguientes títulos: J. Habermas, “Politischer Liberalismus- Eine Auseinandersetzung mit Rawls”; y ““Vernunftig” versus “Wahr” –oder die Moral der Weltbilder, en *Die Einbeziehung des Anderen*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt del Meno, 1996, pp. 65 a 94 y pp. 95 a 127; y J. Rawls, “Reply to Habermas”, *The Journal of Philosophy*, XCII, n.º3, 1995, pp. 132-180].

¹¹³ En la tradición hispánica, Ortega y Gasset, o José Luís Aranguren se aferran al sentido etimológico de la ética como una forja de carácter, un proceso continuo de búsqueda y reflexión individual, una autoeducación y esfuerzo constantes para lograr una excelencia en la manera de vivir. Puede consultarse J. L. ARANGUREN, “Ética”, en *Obras completas*, vol. II, Trotta, Madrid, 1994.

ejercemos eligiendo y descartando en una realidad social demasiado rica como para no romper las costuras de todos los formularios”¹¹⁴.

La autorregulación ética, sin embargo, no se limita a los individuos. Se predica también de las organizaciones e instituciones del Estado, de las entidades económicas y empresariales, de las organizaciones y asociaciones cívicas, de las profesiones, de los medios de comunicación y de la opinión pública¹¹⁵.

Directamente vinculados a estos presupuestos, y por influencia de lo que sucede en la práctica anglosajona, aparecen cada vez más estudios de ética aplicada o ética profesional¹¹⁶. En el ámbito anglosajón, la ética aplicada y la autorregulación profesional constituyen dos caras de la misma moneda. El vocablo *ethics* hace referencia al catálogo de deberes y obligaciones propios de una profesión. Y, puesto que las organizaciones profesionales son, en Estados Unidos, organizaciones privadas, la reflexión sobre estos deberes y obligaciones, su concreción jurídica y el control de su cumplimiento son siempre resultado de la autorregulación. La ética profesional, que se extiende también al ámbito de la empresa y de la Administración pública, se materializa en la aprobación de códigos éticos y en la sumisión voluntaria a organismos de autocontrol¹¹⁷. Con ello se pretende impulsar la formación ética de los individuos, reforzar su vinculación a ciertos valores y recordar a los miembros de un grupo

¹¹⁴ F. SAVATER MORA, “Lo moral y lo legal”, *El País*, martes 17 de febrero de 1998, citado por VILLORIA MENDIETA, M., *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 22. Esta actividad reflexiva también se desprende del concepto ofrecido por Vargas Machuca, que define la ética como “el conjunto de intuiciones y concepciones de las que se valen los distintos grupos humanos e individuos para identificar lo que está bien y lo que está mal, lo que se debe hacer y lo que se debe evitar”: R. VARGAS MACHUCA, voz “ética”, en S. GINER, S. LAMO DE ESPINOSA y C. TORRES (Eds.), *Diccionario de Sociología*, Alianza, Madrid, 1998.

¹¹⁵ Véase, entre otros: *Éticas de la información y deontologías del periodismo*, (Coord. E. Bonete Perales), Tecnos, Madrid, 1995; *Ética de la comunicación audiovisual*, (Ed. E. Bonete Perales), Tecnos, Madrid, 1999; A. CORTINA, *La ética de la sociedad civil*, op. cit.; y J. M. LOZANO, *Ética i empresa*, Proa, Barcelona, 1997.

¹¹⁶ J. M. LOZANO, *Ética i empresa*, op. cit., pp. 22 y ss., critica la utilización de la noción de “ética aplicada” para describir los procesos de autorreflexión interna de las organizaciones profesionales o empresariales. Debido a la significación que este autor atribuye al término “ética”, considera que su adjetivación no es más que un contrasentido o una redundancia. A su entender, puesto que la ética consiste en la reflexión filosófica acerca de la moral, llevada a cabo por un sujeto o por una organización, toda ética es, por definición, una ética aplicada. Debido a ello, utiliza la expresión “ética aplicada” para referirse exclusivamente a las líneas de investigación teórica que permiten identificar una disciplina académica centrada en el análisis de la ética en el seno de organizaciones, empresas o profesiones.

¹¹⁷ Estos rasgos se desprenden claramente, a pesar de la diversidad de los ámbitos que son objeto de análisis, de los siguientes estudios sobre ética aplicada: A. CARROLL (Coord.), *Business and Society: Ethics and Stakeholder Management*, South-Western, Cincinnati, 1996; T. L. COOPER (Ed.), *Handbook*

profesional cuáles son los fines de su actividad y cuáles son los mejores medios para alcanzarlos¹¹⁸. Parece, pues, que es comúnmente aceptado en todos los análisis sobre la ética aplicada que la formación y los contenidos de la ética empresarial, la bioética, la ética en la función pública, y la ética de publicidad o de la información son posibles únicamente mediante una actividad reflexiva de autorregulación, mediante un ejercicio de autorresponsabilidad y de autovinculación¹¹⁹.

Los estudios de ética aplicada ponen también el acento en la necesidad de que la ética propia de cada subsistema social se incardine en una “ética pública” o “ética cívica”, con el objeto de vincular los valores de cada subsistema a una determinada concepción moral -calificada de “moral cívica”- compartida por el conjunto de la sociedad¹²⁰. La formación de la “moral cívica” identificaría una actividad reflexiva de la sociedad encaminada a generar pautas de conducta que permitan un mejor desarrollo de la convivencia y una mayor expansión de la autonomía y libertad del ser humano¹²¹. Los análisis sobre ética pública no se limitan, sin embargo, a constatar los procesos de formación de los valores compartidos por las sociedades contemporáneas, sino que pretenden, también, sacarlos a la luz y potenciarlos. En la mayoría de las aportaciones

of *Administrative Ethics*, Marcel Dekler, Nueva York, 2001; y J. P. NEELANKAVIL, y A. STRIDSBERG, *Advertising Self-Regulation: a global perspective*, Hastings House, Nueva York, 1980.

¹¹⁸ A. CORTINA, *La ética de la empresa*, Trotta, Madrid, 1994; H. AZNAR, *Comunicación responsable. Deontología y autorregulación de los medios*, Ariel Comunicación, Barcelona, 1999; M. VILLORIA MENDIETA, *Ética pública y corrupción...*, op. cit.; y J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La dimensión ética*, Dykinson, Madrid, 2001.

¹¹⁹ Para equilibrar un poco el discurso mantenido, es necesario hacer notar que no son pocos los autores que consideran que la autorreflexión ética es algo ajeno a las profesiones y a las empresas. Es más, se afirma que los comportamientos que propician la profesionalización y el mercado son contrarios a cualquier concepción, más o menos aceptable, de ética pública. La vinculación tradicional de las empresas a la maximización de beneficios y la concepción dominante acerca del éxito profesional son los argumentos mayoritariamente utilizados. En este sentido puede verse los argumentos, más o menos matizados, de V. CAMPS, *Virtudes públicas*, Espasa Calpe, Madrid, 1993; J. L. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “El papel de la ética en la estrategia empresarial”, *Alta Dirección*, n.º 172, 1993, pp. 87 a 94; o R. TERMES CARRERÓ, “Ética y mundo de los negocios”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 73, 1996, pp. 285 y ss., por citar algunos.

¹²⁰ Explícitamente, A. CORTINA, *La ética de la sociedad civil*, op. cit., p. 127, sostiene que “la “moral cívica” es también la moral que deben intentar aplicar los comités éticos de los hospitales, los empresarios y los trabajadores en las empresas, los periodistas en los medios de comunicación y los profesionales de las distintas profesiones, si bien es cierto que en cada uno de los casos los valores de esa moral cívica deben modularse según la actividad de que estamos hablando, ya que no es igual la actividad sanitaria, que la informativa, la empresarial que la docente”.

¹²¹ La ética pública o la ética cívica, en consonancia con la superación del monismo moral, incluye el reconocimiento de la diversidad de opciones éticas, pero no asimila esta diversidad a una disgregación social y moral. La ética cívica comporta el reconocimiento de una autorreflexión social sobre los valores, abriendo la puerta a la meditación sobre la diversidad moral. Por ello se ha podido afirmar que esta ética pública o cívica, deviene causa y efecto de la tolerancia solidaria: J. M. LOZANO, *Ética i empresa*, op. cit., p. 80.

doctrinales, los valores morales integrantes de esta ética pública coinciden, más o menos exactamente, con los valores consagrados en la mayor parte de las Constituciones vigentes. La llamada a los derechos fundamentales, los valores de libertad, igualdad y solidaridad, el respeto a la dignidad humana y al medio ambiente, configuran un lugar común en este tipo de reflexiones¹²².

3. Aportaciones de la doctrina iuspublicista al concepto de autorregulación.

El hecho de que existan líneas de investigación abiertas en torno a la autorregulación -sobre cómo se autorregula la sociedad, sobre la instrumentalización de la autorregulación por parte de los poderes públicos o sobre las aportaciones de una autorregulación ética a la consecución de fines públicos- no significa que se haya ofrecido una delimitación unívoca de este concepto. En el ámbito del Derecho Administrativo, se empieza a utilizar la voz “autorregulación” al hilo de algunas novedades introducidas por el Derecho ambiental y por el Derecho informático. Las principales aportaciones doctrinales a este concepto, sin embargo, aparecen, por un lado, en trabajos relacionados con la autorregulación de la prensa y los medios de comunicación y, por otro, en los escasos -pero sin duda meritorios- intentos de elaborar una teoría general sobre el tema, que son los que más luz arrojan sobre los elementos y características de la autorregulación.

¹²² Según cual sea el ámbito en el que se analiza la autorregulación ética, se pone el acento en su vinculación a unos u otros valores constitucionales. Así, H. JONAS, en *El principio de responsabilidad...*, op. cit.; y, en *Técnica, medicina y ética...*, op. cit., destaca la vinculación del subsistema científico-técnico a la protección de medio ambiente y la protección de la dignidad humana. Los análisis de la autorregulación ética en los medios de comunicación sacan a la luz la vinculación de tales medios a la protección de derechos fundamentales y, en especial, a la protección de los menores. Véase, entre otros: H. AZNAR, *Comunicación responsable. Deontología y autorregulación...*, op. cit.; y las obras coordinadas por E. BONETE PERALES, *Éticas de la información y deontologías del periodismo*, op. cit.; y *Ética de la comunicación audiovisual*, op. cit. La autorregulación ética en las empresas conecta principalmente con valores tales como la protección del medio ambiente y la salud: J. M. LOZANO, *Ética i empresa*, op. cit.; y A. CORTINA, *La ética de la empresa*, op. cit. En último lugar, cabe mencionar que la autorregulación ética en el ámbito de la función pública se vincula directamente al cumplimiento de los deberes constitucionales impuestos a los empleados de la Administración. Sobre ello véase: VILLORIA MENDIETA, M., *Ética pública y corrupción...*, op. cit.; y J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La dimensión ética*, op. cit.

Por su originalidad, puede citarse la relación de valores sociales que analiza Victoria Camps en su ensayo *Virtudes públicas*, op. cit. Estas “virtudes”, o “disposiciones” coherentes con la búsqueda de la igualdad y la libertad, y que deben ser potenciadas en nuestra sociedad, son las siguientes: “la solidaridad”, “la responsabilidad”, “la tolerancia”, “¿la profesionalidad?”, “la buena educación”, y “el genio de las mujeres”.

Son pocos los autores que, al enfrentarse a concretas manifestaciones de la autorregulación, reflexionan sobre el uso que hacen del término. Con todo, es ya destacable que dicho término haya comenzado a utilizarse con cierta normalidad. Se ha convertido ya en un tópico, por ejemplo, vincular la autorregulación con las nuevas tecnologías, particularmente con el universo de Internet¹²³. Entre los estudios de Derecho Administrativo, esta noción ha tenido un notable éxito en el ámbito del Derecho Ambiental¹²⁴. Se repara en que algunos de los más novedosos instrumentos de protección del medio ambiente, como las normas técnicas, o las ecoauditorías, derivan o constituyen una manifestación de la autorregulación¹²⁵. La creciente presencia de organismos de autocontrol y de códigos o manuales de buenas prácticas en ámbitos relacionados con la promoción de los intereses y la protección de los derechos de los consumidores conlleva que, también este sector, se erija en un campo especialmente propicio para el desarrollo de la autorregulación¹²⁶. En el ámbito de la publicidad y los medios de comunicación asimismo empieza a ser habitual la utilización del concepto¹²⁷.

¹²³ Véase, en este sentido, las numerosas referencias a la autorregulación en la monografía de S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000.

¹²⁴ Destacadamente, cabe citar aquí la línea iniciada por J. ESTEVE PARDO, en *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, y que se encuentra también anunciada, entre otros, en R. MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental*, vol. I, Trivium, Madrid, 1992, pp. 397 a 414.

¹²⁵ Entre nosotros, enmarca el estudio de las normas técnicas en la autorregulación M. TARRÉS VIVES, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, tesis inédita. Este enfoque se encuentra ya consolidado en otros países, en los que el papel de las asociaciones privadas en la normalización técnica tiene una larga tradición. Por citar algunas obras de referencia sobre el tema: U. DI FABIO, *Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996; A. ENDERS, y P. MARBURGUER, *Umweltschutz durch gesellschaftliche Selbststeuerung*, Economica Verlag, Bonn, 1993; y E. BOLENZ, *Technische Normung zwischen "Markt" und "Staat"*, Univ. Bielefeld, 1987.

Estudia las ecoauditorías como una manifestación de la autorregulación, A. NOGUEIRA LÓPEZ, *Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.

¹²⁶ En esta línea, M. FROTA, en "Autorregulación: ventajas e inconvenientes", op. cit., pp. 33-34, señala que la protección de consumidores y usuarios, especialmente en lo que atañe a la publicidad y la promoción de productos y servicios, es un ámbito privilegiado en orden al desarrollo de la autorregulación. Según este autor, la autorregulación se promueve a través de la publicación de códigos de comportamiento, denominados indistintamente: códigos de ética; códigos deontológicos; códigos de conducta; códigos de práctica; códigos de buenas prácticas; o códigos de prácticas legales. De acuerdo con ello, define la autorregulación (o autodisciplina) como "las reglas privativas establecidas –con o sin la cooperación de otras reglas– por aquellos que las quieren aplicar (o sus representantes), bajo la supervisión ejercida por los grupos implicados".

¹²⁷ En esta línea destaca la monografía de J. TORNOS MAS, *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Consell de l'Audiovisual de Catalunya/Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999, pp. 59-60, que utiliza el término autorregulación para referirse a la existencia de una reglas de comportamiento y de unos organismos de control creados por los sujetos y sectores implicados.

Es precisamente en relación con los medios de comunicación, y en estrecha conexión con el desarrollo de la libertad de prensa, donde encontramos algún intento de delimitación conceptual. Se ha definido la autorregulación de los medios de comunicación como “una limitación consensuada del derecho a la información a partir del establecimiento de reglas propias de actuación que son complementarias al ordenamiento jurídico”¹²⁸. Esta definición parte de la exclusiva consideración de los mecanismos de autorregulación en el mundo periodístico –estatutos de redacción, códigos deontológicos y órganos de autocontrol de carácter privado- y considera que su función consiste en resolver una parte de los conflictos originados por la colisión de los derechos de expresión e información con otros derechos subjetivos.

Desde una perspectiva un poco más general, aunque en el mismo ámbito de los medios de comunicación, la autorregulación se equipara a la deontología profesional¹²⁹. Se afirma que, “como pone de manifiesto su nombre, la *autorregulación* quiere ser una regulación *desde dentro*, que tome como único criterio los bienes y valores internos de la comunicación”¹³⁰. La función que se atribuye a la autorregulación en este campo es, ni más ni menos, que “tratar de cubrir la diferencia entre el mínimo regulador del derecho y el ideal ético exigible en una esfera de actividad social, propiciando que cada uno asuma su parte de responsabilidad en esta tarea”¹³¹.

¹²⁸ M. CARRILLO, “Expresión e información: dos derechos entre la sociedad y el Estado”, *Autonomías. Revista Catalana de Derecho Público*, n.º21, 1996, p. 169.

¹²⁹ En el caso de la profesión periodística, dicha equiparación no es en absoluto problemática, ya que son los agentes sociales, y no el Estado, quienes tienen la iniciativa sobre el desarrollo de los instrumentos de autocontrol de la profesión. Sin embargo, la multiplicación de Colegios profesionales, y la atribución a éstos de los mecanismos de regulación y control de la deontología de sus miembros, no permiten hacer extensiva, sin más, la vinculación entre autorregulación y deontología profesional a todos los ámbitos.

¹³⁰ H. AZNAR, “La autorregulación de la comunicación: entre el Estado y el mercado”, *Cuadernos Electrónicos del Derecho*, n.º1 (<http://www.uv.es/-afd/CEFD/1/Aznar.html>).

¹³¹ H. AZNAR, *Comunicación responsable. Deontología y autorregulación...*, op. cit., p. 11. En concreto, se asignan tres funciones a la autorregulación: la primera de ellas consiste en formular las normas éticas que deben guiar la actividad de los medios; la segunda función es la de contribuir a que se den las condiciones laborales, profesionales y sociales que hagan posible el cumplimiento normal de las exigencias éticas y deontológicas de la profesión; finalmente, corresponde también a la autorregulación juzgar y poner en conocimiento de la opinión pública aquellos casos en los que no se produzca ese cumplimiento. Esta aproximación se cierra con una relación de actividades que no deben confundirse con la autorregulación (“lo que no es la autorregulación”): en primer lugar, la autorregulación se distingue de cualquier intento de regulación o injerencia externa en la actividad de los medios y los profesionales; en segundo lugar, “la autorregulación también se distingue de cualquier intento de control de la profesión o la actividad por parte de un grupo o sector dentro de ella, deseoso de imponer al resto su modelo de lo correcto o, lo que es más frecuente, su interés”; en tercer lugar, se incide en el dato de que la autorregulación no debe ser confundida con la autocensura.

Dejando a un lado estas aportaciones sectoriales, resulta útil recurrir a las aportaciones de la doctrina jurídica anglosajona por lo que se refiere a las nociones *regulation* y *self-regulation*.

En relación con la autorregulación profesional, Robert Baldwin y Martin Cave circunscriben la autorregulación a aquellos supuestos en los que un grupo de empresas o individuos ejercen un control sobre sus propios miembros o su comportamiento¹³². Sobre esta base, analizan diversos aspectos del fenómeno y sus posibles variantes: el carácter vinculante de los instrumentos de autorregulación; el ámbito cubierto por la autorregulación; el papel de los autorreguladores; y la naturaleza gubernamental de la autorregulación. Por lo que hace al primero de los aspectos mencionados, se advierte que la autorregulación puede funcionar de una manera informal, no vinculante o voluntaria, o puede implicar la adopción de reglas con fuerza jurídica. En segundo lugar, por lo que se refiere al ámbito cubierto por la autorregulación, se advierte que los regímenes autorregulativos pueden tener una cobertura variable, abarcando un sector material completo o circunscribiéndose a una sola asociación. En tercer lugar, en función del papel desempeñado por los autorreguladores existen también diversas variantes. Éstos tienen un protagonismo exclusivo en aquellos casos en que son ellos mismos los encargados de la elaboración de reglas, de su aplicación, y de la vigilancia del proceso regulador en su conjunto. La autorregulación, sin embargo, puede restringirse a una sola de estas funciones. Ello ocurre, por ejemplo, cuando las reglas son esbozadas por una organización de autorregulación, pero controladas por una agencia pública. En cuarto y último lugar, se analiza la naturaleza gubernamental de la autorregulación. Se pone de manifiesto, así, que una asociación puede autorregularse en un sentido puramente privado –en la persecución de los fines privados de sus miembros– o puede actuar con fines gubernamentales. También es posible que ambos fines convivan en el seno de una misma organización. El proceso de la autorregulación vinculado a fines públicos, por otra parte, puede imponerse gubernamentalmente o puede surgir de forma espontánea, viniendo a cubrir la falta de implicación estatal en un determinado sector.

¹³² R. BALDWIN, R., y M. CAVE, *Understanding regulation*, New York, 1999, p. 125. Citan, como ejemplo de ello, las organizaciones creadas con este fin en el ámbito de las profesiones, el deporte, los servicios financieros, la publicidad, los seguros y la prensa.

Paralelamente a las aportaciones de los citados autores, pero cubriendo un abanico más amplio de realidades, Julia Black aborda los tres problemas fundamentales que, a su entender, se plantean en todas las discusiones acerca de la noción de *self-regulation*¹³³. A saber: qué se entiende por *self*; qué se entiende por *regulation*; y cuál es la naturaleza de la implicación del Estado ante la *self-regulation*. Esta autora pone de manifiesto que el término *self* es utilizado con dos significados distintos: para hacer referencia a un individuo o para identificar un determinado colectivo. Así, según este primer indicador, el término autorregulación describe, de una parte, “la disciplina de la conducta por parte de uno mismo”¹³⁴ –dicha disciplina puede ser también adaptada a las circunstancias de algunas empresas-, y, de otra, la regulación de un grupo o colectivo profesional sobre la conducta de sus miembros. La definición de *regulation* identifica, asimismo, realidades diversas. Con este término se alude al ejercicio de funciones de dirección, mando y control, por parte de sujetos privados o de instituciones públicas; a la capacidad del mercado de encontrar su propio equilibrio sin intervención estatal; y a las decisiones voluntarias de un individuo, adoptadas con el fin de controlar su comportamiento. Por lo que concierne a las relaciones entre autorregulación y Estado, el término *self-regulation* puede ser usado para indicar la inexistencia de tales relaciones, o para describir un acuerdo particular de tipo corporativo. Más en concreto, en función de las posibles relaciones entre la autorregulación y el gobierno, esta autora ha identificado en su contexto jurídico cuatro manifestaciones diversas de la autorregulación: la autorregulación asignada (*mandated self-regulation*), en la cual una colectividad, una industria o una profesión, por ejemplo, es requerida o designada por el gobierno para formular y hacer cumplir normas dentro del marco definido normativamente, normalmente en términos amplios; la autorregulación sancionada (*sanctioned self-regulation*), en la cual la colectividad o grupo formulan ellos mismos la regulación, que está sujeta a la aprobación posterior del gobierno; la autorregulación forzada (*coerced self-regulation*) en la cual la industria formula y se impone a sí misma la regulación, pero en respuesta a amenazas del gobierno (ya que si no lo hace el gobierno impondrá su regulación estatutaria); y autorregulación voluntaria (*voluntary*

¹³³ J. BLACK, “Constitutionalising Self-Regulation”, *The Modern Law Review*, 1996, pp. 24 y ss.

¹³⁴ J. BLACK, “Constitutionalising Self-Regulation”, op. cit., p. 28.

self-regulation), en la que el Estado no está involucrado, directa ni indirectamente, en la promoción o mandato de autorregulación¹³⁵.

En términos muy generales, podríamos encontrar manifestaciones de estas cuatro formas de regulación en nuestro ordenamiento. Sin embargo, entendemos que las diferencias existentes entre las realidades de aquel país y las que nosotros vamos a analizar podrían no sólo causar confusiones terminológicas, sino lo que sería más grave también conceptuales¹³⁶.

En todo caso, en un intento de reconducir todos estos elementos, Black argumenta que la esencia de la autorregulación es el “proceso de gobierno colectivo”. Con ello, la autora define la autorregulación como “la situación en la que un grupo de personas o cuerpos, actuando conjuntamente, desarrollan una función reguladora respecto de ellos mismos y respecto de otros que aceptan su autoridad”¹³⁷. De nuevo topamos, pues, con la identificación entre la autogobernación y la autorregulación, puesto que este fenómeno es analizado, aún sin utilizar explícitamente este término, como una estrategia de gobernanza.

Las aportaciones de la doctrina jurídica estadounidense presentan la ventaja de explicar el fenómeno autorregulativo en su conjunto, sin centrarse exclusivamente en los aspectos que pueden ser relevantes para el Derecho Administrativo. Las reflexiones doctrinales a las que nos vamos a referir a continuación, en cambio, se caracterizan

¹³⁵ Tomamos esta clasificación de J. BLACK, “Constitutionalising Self-Regulation”, op. cit., p. 27.

¹³⁶ Por ejemplo, si bien es cierto que ciertos organismos de autocontrol –como la sociedad española “Autocontrol de la publicidad”–, o algunas asociaciones –en concreto, las asociaciones de configuración legal, como las que operan en el ámbito de la normalización industrial–, responden a la noción de autorregulación asignada, la existencia de organismos de este tipo en el ámbito de las profesiones en Estados Unidos, que cumplen una función paralela a la de nuestros Colegios Profesionales, podría inducir a ciertas confusiones. La autorregulación sancionada no se presenta, en nuestro ordenamiento, con rasgos explícitos. En su caso, existen instrumentos de autorregulación –como las normas técnicas–, que adquieren carácter vinculante mediante su incorporación a normas de carácter general –normalmente reglamentos–, pero ello no impide que, sin necesidad de este reconocimiento, mantengan su validez en el ámbito privado como normas de carácter voluntario. Lo mismo cabe decir de los principios de puerto seguro en el ámbito de Internet, que son definidos en muchos casos por organismos privados de autorregulación y son incorporados más tarde, mediante decisiones de la Agencia de Protección de Datos, a nuestro ordenamiento. Los supuestos de colaboración privada en la elaboración de normas, tampoco responden en puridad a los ejemplos americanos de autorregulación sancionada.

¹³⁷ “Self-regulation describes the situation of a group of persons or bodies, acting together, performing a regulatory function in respect of themselves and others who accept their authority”: *Ibidem.*, p. 27.

precisamente por todo lo contrario. En ellas se analiza la autorregulación desde la perspectiva de su grado de satisfacción de fines públicos, concibiéndose como una nueva fórmula –indirecta- de regulación estatal. Entre tales aportaciones cabe destacar las procedentes de la órbita italiana y germánica. Entre las primeras La Spina y Majone incluyen, entre las técnicas de regulación, “la autorregulación que parte del potencial de los destinatarios de la regulación pública” mediante la institucionalización de órganos propios y procedimientos de adopción y aplicación de normas¹³⁸. Entre las segundas destaca el debate que está teniendo lugar en Alemania entre diversos juristas sobre las aportaciones de la autorregulación a la materialización de fines y/o funciones públicas. Es en este contexto donde se ha introducido recientemente la noción de autorregulación regulada (*Regulierte Selbstregulierung*)¹³⁹.

La ubicación de la autorregulación en el marco de las dificultades de ejecución del Derecho y de los problemas que plantea la materialización de fines y funciones públicas condiciona claramente la propuesta del profesor Di Fabio¹⁴⁰. Para este autor puede hablarse de autorregulación “cuando una función pública es aceptada de forma

¹³⁸ A. LA SPINA y G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 81 y ss. La realidad a la que se refieren estos autores coincide con la existencia de organismos de autocontrol y autodisciplina. El concepto de autorregulación que manejan, pues, y su línea de reflexiones, corre paralelo a las aportaciones de R. BALDWIN, R., y M. CAVE, en *Understanding regulation*, op. cit.

¹³⁹ Propiamente este debate se inició en el año 1996, en el seno de la Asociación alemana de Profesores de Derecho Público (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*), donde se abordó directamente el análisis del papel de la Administración y del Derecho Administrativo ante la autorregulación. En la publicación anual de la asociación, la revista *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDSStRL), pueden encontrarse, no sólo las ponencias presentadas por U. DI FABIO y SCHMIDT-PREUSS, sino también el debate posterior a las mismas. Un resumen de las principales conclusiones alcanzadas puede consultarse también en C. ENDERS, “Die Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1996 in Dresden”, *AöR*, n.º 122, 1997, pp. 108 a 133; y en K. HOFMANN, “Bericht über die Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Dresden vom 2.-5. Oktober 1996”, *BayVBl*, Heft 14, 1998, pp. 428 a 431.

Este debate ha sido enriquecido con posterioridad gracias a diversas aportaciones de W. HOFFMANN-RIEM, en su artículo “Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung”, *DÖV*, Heft 11, 1997, p. 433 y ss.; así como en sus aportaciones a las obras colectivas: W. HOFFMANN-RIEM (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Nomos-Verl.-Ges., Baden-Baden, 1996, p. 261-300; y E. SCHMIDT-ASSMANN (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, Nomos-Verl.-Ges., Baden-Baden, 1997, pp. 358-371, entre otros. Más recientemente, a raíz la publicación de las ponencias presentadas en el Seminario de celebración del sesenta aniversario del profesor Wolfgang Hoffmann-Riem, se ha introducido el término “autorregulación regulada”, en “Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates: Ergebnisse des Symposiums aus Anlass des 60. Geburtstag von Wolfgang Hoffmann-Riem [am 24./25. März 2000 in Hamburg]”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000.

¹⁴⁰ También para otros autores, como A.VOSSKUHLE, ““Regulierte Selbstregulierung”- Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, p. 197, la autorregulación regulada está relacionada con nuevas formas de satisfacción de los fines públicos y, más en concreto, con la materialización de funciones públicas a través de sujetos privados, conectando así con la privatización de funciones públicas.

organizada por fuerzas sociales no integradas en el Estado, especialmente dentro del mercado”; en estos casos, el Estado “tiene un concreto interés en su cumplimiento” y, por este motivo, “protege e influencia de un modo sustancial tales organizaciones”¹⁴¹. Este concepto comporta, por un lado, el establecimiento de una relación directa entre la autorregulación y la voluntariedad, puesto que la asunción de funciones públicas por parte de la sociedad que responde a este término es siempre voluntaria; y, por otro lado, una actividad estatal de impulso de la autorregulación que incluye también la formulación de los fines y los cauces procedimentales a través de los cuáles aquélla se desarrolla. Cuando se advierte la presencia de esta actividad pública de regulación se califica la actividad de los sujetos privados de “autorregulación instrumental”¹⁴². Esta definición y, fundamentalmente, la terminología utilizada por Di Fabio, es discutida por Schmidt-Assmann, que entiende que la autorregulación se refiere a medidas propias de instancias no estatales que persiguen conjuntamente intereses privados propios e intereses públicos, pero no se trata, en ningún caso, de fines definidos por el Estado. Según este autor, la autorregulación apenas tiene que ver con el Derecho Administrativo. Sólo es relevante para esta disciplina la autorregulación regulada¹⁴³.

Las aportaciones de Schmidt-Assmann se alinean entre las de aquellos autores que, desde una perspectiva más amplia, aunque sin llegar a conclusiones sustancialmente diferentes, convienen en situar las diversas formas de regulación en una escala, en cuyos extremos deberían situarse, respectivamente, la “regulación soberana imperativa” y la autorregulación privada. Se advierte, así, que, en una situación intermedia, se encuentran una multiplicidad de formas entre la “autorregulación soberana con elementos autorregulativos” y la “autorregulación regulada soberanamente”. No existe, sin embargo, una total coincidencia sobre lo que se entiende, en cada caso, por regulación y por autorregulación.

¹⁴¹ “Von Selbstregulierung kann dann gesprochen werden, wenn eine öffentliche Aufgabe von gesellschaftlichen Kräften ausserstaatlich, insbesondere innerhalb des Marktes, in organisierter Form übernommen wird, wobei der Staat ein konkretes Interesse an der Erfüllung hat, die Organisationen stützt und auf diese substantiell einwirkt”: U. DI FABIO, “Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung...”, op. cit., p. 241.

¹⁴² U. DI FABIO, “Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung...”, op. cit., pp. 246 y ss.

¹⁴³ E. SCHMIDT-ASSMANN, “Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher Systembildung”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, p. 255. En realidad, ambos autores no mantienen posturas sustancialmente diferentes. Ocurre, ello no obstante, que utilizan los términos de un modo distinto.

Schmidt-Preuss, en una línea parecida a la mantenida por Schmidt-Assmann, define la autorregulación como “la persecución individual o colectiva de intereses privados, con base en libertades fundamentales, en provecho personal legítimo”. Frente a ello, entiende por regulación estatal “toda formación de las relaciones humanas a través de un portador de poder público”¹⁴⁴. Las nuevas formas de engranaje entre estos dos paradigmas –que evocan a las antinomias tradicionales entre sociedad y Estado, libertad y coerción, cooperación y subordinación, o Derecho público y Derecho privado- constituyen el eje central de sus reflexiones. Su discurso se enmarca, pues, en el reparto de funciones entre Estado y sociedad, y, en concreto, en los modos a través de los cuales el Estado intenta reconducir el comportamiento de los ciudadanos para hacer efectiva la satisfacción de intereses públicos. La actividad estatal relacionada con la autorregulación es calificada por este autor como una “regulación del contexto” de la autorregulación¹⁴⁵.

Esta caracterización de autorregulación, no obstante, enfrenta dos inconvenientes. En primer lugar, no permite distinguir esta técnica de las fórmulas de autogobernación; y, en segundo lugar, propicia la confusión de la autorregulación con fórmulas diversas de participación o de colaboración privada con la Administración. Se consideran, de este modo, manifestaciones de la autorregulación, entre otras, el diálogo cooperativo informal en el procedimiento administrativo, la instauración legal de pre-procedimientos, o la adopción consensuada de decisiones sustitutorias del acto administrativo¹⁴⁶. Para Udo Di Fabio, en cambio, en el seno de un procedimiento administrativo la autorregulación sólo se manifiesta en la utilización instrumental de expertos privados, mediante su colaboración en la fase de aportación y comprobación de documentos¹⁴⁷.

¹⁴⁴ “Dabei verstehe ich unter gesellschaftlicher Selbstregulierung die individuelle oder kollektive Vervolgung von Privatinteressen in Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheiten zum legitimen Eigennutz. Als Kontrapunkt hierzu ist staatliche Steuerung im weiteren Sinn jede Gestaltung der Lebensverhältnisse durch einen Träger öffentlicher Gewalt”: SCHMIDT-PREUSS, M.: “Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung”, op. cit., p. 163.

¹⁴⁵ M. SCHMIDT-PREUSS, “Verwaltung und Verwaltungsrecht...”, op. cit., pp. 185 y ss.

¹⁴⁶ También entienden que la participación y la actuación informal de la administración forman parte de las estrategias de regulación de la autorregulación: D. GRIMM, “Regulierte Selbstregulierung in der Tradition des Verfassungsstaats”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, p. 18; y K-H LADEUR, “Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer “Logik der Netzwerke”. Rechtliche Steuerung und die beschleunigte Selbsttransformation der postmodernen Gesellschaft”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, p. 59.

¹⁴⁷ Dicha intervención puede limitarse a la emisión de informes o puede llegar, como describe Udo Di Fabio, a la completa privatización del procedimiento, en aquellos casos en los que la legislación

Un poco más precisas resultan las propuestas de Hoffmann-Riem. Define la regulación soberana (*hoheitliche Regulierung*) como las diversas manifestaciones de poder público a través de las cuales el Estado establece reglas que fijan la conducta de los destinatarios para cumplir determinados fines. Para este autor, la autorregulación social (*gesellschaftliche Selbstregulierung*) sería el modelo contrario, en el que son los propios destinatarios de las normas quienes fijan sus propias reglas de conducta. Según ello, la autorregulación social regulada soberanamente (*hoheitlich regulierte gesellschaftliche Selbstregulierung*) vendría a ser aquella forma de regulación mediante la cual es el Estado quien hace posible la autorregulación y fija las estructuras y los procesos de la misma para conseguir que mediante ella se consiga la satisfacción de fines públicos¹⁴⁸.

En claro contraste con el interés que ha despertado la autorregulación en Alemania, en nuestro país la doctrina iuspublicista ha permanecido prácticamente al margen de este fenómeno, con la notable excepción del director de esta tesis. José Esteve Pardo reparó tempranamente en la tendencia del ordenamiento, impulsado por la normativa europea, “a fiar en muy buena medida al autocontrol y autorregulación privada el tratamiento, contención y control de los riesgos que genera la moderna industria y las tecnologías asociadas”¹⁴⁹. Esta constatación le condujo a abrir una línea de investigación sobre este tema que ha dado ya importantes frutos¹⁵⁰. Entre ellos, un sugerente trabajo que versa la autorregulación que, gestándose en la órbita privada, alcanza significación pública al ser tomada en consideración y como referencia –con un valor que varía según los casos- por los poderes públicos¹⁵¹.

se limita a atribuir efectos jurídicos autorizatorios a la documentación presentada por los particulares, si se desprende de la misma que han intervenido en su elaboración especialistas independientes. U. DI FABIO, “Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung...”, op. cit., p. 242.

¹⁴⁸ Véase W. HOFFMANN-RIEM, en D. SAUER, (Hrsg.), *Paradoxien der Innovation: Perspektiven sozialwissenschaftlicher Innovationsforschung*, Campus-Verl, Frankfurt am Main, 1999, p. 229-243. Esta definición es acogida también por E. BRANDT, “Regulierte Selbstregulierung im Umweltrecht”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000 p. 125; y por W. SCHULZ, “Regulierte Selbstregulierung im Telekommunikationsrecht. Die informationale Beteiligung Dritter bei der Regelsetzung des Regulierers in Deutschland und der Vereinigten Staaten”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000 pp. 103-104.

¹⁴⁹ J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho...*, op.cit., p. 69.

¹⁵⁰ Como hemos mencionado con anterioridad, las ideas apuntadas por este autor en *Técnica, riesgo y Derecho...*, op. cit., han sido desarrolladas después por las tesis doctorales de D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*; y M. TARRÉS VIVES, *Normas técnicas...* op. cit.

¹⁵¹ J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 18: “La autorregulación objeto de estudio será únicamente aquella que tiene efectos públicos, que es tomada en consideración y hasta asumida por los poderes públicos”.

La noción de autorregulación manejada por este autor se ciñe a aquellas manifestaciones de la actividad de los particulares que poseen un contenido normativo, declarativo o resolutorio¹⁵². Esta actividad ofrece a los poderes públicos una información privilegiada que es utilizada instrumentalmente por éstos para conseguir la ejecución de aquellos aspectos o contenidos de la legislación que, por su complejidad, resultan inaccesibles a la Administración. Con este enfoque del tema se consigue, en primer lugar, aplicar la noción de autorregulación solamente a aquellas manifestaciones de la actividad privada que posee algún tipo de relevancia pública; en segundo lugar, se evita cualquier confusión entre las nociones de autorregulación y autogobernación o autogestión; y, en tercer lugar, no se pierde de vista, en ningún momento, la realidad social en la que se gesta este fenómeno¹⁵³.

4. Una propuesta conceptual: la autorregulación regulada.

El concepto de autorregulación mantenido en esta tesis coincide sustancialmente con el que se desprende de las aportaciones del profesor Esteve Pardo. Este autor, como hemos advertido, delimita las fronteras de la realidad por él analizada en aquellas

¹⁵² Resulta interesante constatar que, sin ninguna vocación conceptual, la doctrina más autorizada conviene en delimitar las manifestaciones de la autorregulación a aquéllas que quedan integradas en el concepto ofrecido el citado autor. Así se consideran manifestaciones de la autorregulación: “tasques d’autosupervisió, en lloc de les funcions de supervisió per les pròpies autoritats administratives, tot i que aquèstes es reservin la possibilitat de comprovar la correcció documental dels privats [autorregulación de contenido declarativo]; concretesa associativa de les normes, en especial a través de normes tècniques [autorregulación de contenido normativo]; institució d’estructures organitzatives on coincideixen persones de Dret públic juntament amb privats; existència d’entitats privades en què resideix la responsabilitat del compliment de tasques d’interès general; execució de les normes a través d’organitzacions no enquadrades a l’Administració en termes subjectius [autorregulación que puede poseer, según los casos, contenido declarativo, normativo o resolutorio]”: M. J. MONTORO CHINER, en *L’avaluació de les normes. Racionalitat i eficiència*, Escola d’Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2001, p. 68. Probablemente por influencia de la doctrina germánica esta autora añade también, entre los múltiples ejemplos de autorregulación la “completesa i perfeccionament de l’execució de la norma a través de l’activitat prestacional de l’Administració”. Esta última manifestación, a nuestro entender, responde a una realidad distinta, en la que se manifiesta la capacidad organizativa –de la Administración y/o de la sociedad– en la realización de actividades materiales. Se trata de una actividad vinculada a la noción de servicio público, dogmáticamente distinta a la de función pública –de la que son una clara manifestación las actividades declarativas, normativas y resolutorias de la Administración vinculadas a la noción de policía–, en los términos claramente expuestos por E. MALARET GARCÍA, en “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, *RAP*, nº 145, 1998, pp. 49 a 87.

¹⁵³ “La autorregulación se sigue articulando en el ámbito privado, son sujetos y organizaciones privadas quienes la desarrollan. En esto no se registra novedad alguna, ni puede haberla tampoco por cuanto ese marco privado de gestión es (...) un elemento característico e irrenunciable de la autorregulación. Lo que ocurre es que los resultados de la autorregulación en muchos casos van más allá de los sujetos que se autorregulan para ser referencias de terceros, del mercado y, también, cada vez más, de los poderes públicos”: J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación...*, op. cit., p. 16.

manifestaciones de la actividad normativa, declarativa o resolutoria de la sociedad que son tomadas en consideración por los poderes públicos. Tal consideración comporta, en todos los casos, una actividad reguladora del Estado con incidencia en la autorregulación. Por esta razón, para referirnos a la misma realidad, proponemos en este trabajo la noción de autorregulación regulada. Con ello se quiere poner de relieve que todas las manifestaciones de la consideración y la instrumentalización pública de la autorregulación –el fomento de la autorregulación, la atribución de efectos públicos a la autorregulación y la regulación de su contexto- responden a una nueva estrategia reguladora del Estado. Estrategia que incide frontalmente, como venimos señalando, en las técnicas tradicionales de regulación de policía. Se trata, indiscutiblemente, de un fenómeno novedoso que se desarrolla al hilo de las transformaciones de la relación entre Estado y sociedad que venimos describiendo en este trabajo. Su novedad y la urgencia por adaptar las perspectivas tradicionales de análisis a dichas transformaciones realza la necesidad de encontrar las diferencias y las analogías existentes entre la regulación y la autorregulación. Obviamente son sus puntos de conexión, que se presentan en la autorregulación regulada, los que poseen mayor interés.

La autorregulación que aquí se tendrá en consideración será siempre, pues, una autorregulación regulada. La utilización de dicha expresión denota ya la estrecha ligazón existente entre la autorregulación privada y la regulación pública de la autorregulación. A pesar de ello, en este capítulo, intentaremos focalizar el análisis de las manifestaciones de la primera, para analizar con mayor detalle las que son propias de la segunda en el capítulo siguiente. Resultará, no obstante, inevitable la alusión en diversas ocasiones a la actividad pública de regulación cuando nos refiramos a la autorregulación. Ello es debido a que la autorregulación regulada es una actividad privada de producción y control de normas, que se encuentra condicionada por una actividad pública tendente al establecimiento de los cauces y de los controles a los que debe someterse la autorregulación.

Como señala la doctrina alemana, la autorregulación regulada engloba una diversidad de manifestaciones que se sitúan en un punto intermedio entre la regulación pública de carácter tradicional y la autorregulación libre, en la intersección formada por la confluencia de dos círculos que, paulatinamente, han visto aumentar sus puntos de conexión. Se sostiene la existencia de una escala de gradación entre lo público y lo

privado, en cuyos peldaños intermedios se sitúa la autorregulación regulada. No nos consta, sin embargo, que tales peldaños hayan sido definidos con claridad por algún autor.

En un intento de clasificación preliminar, podemos establecer la siguiente tipología de normas y controles: normas aprobadas por la Administración pública, de carácter obligatorio o voluntario –estas normas quedan excluidas, obviamente, de la noción de autorregulación y son, o bien reglamentos administrativos, que responden a la clásica regulación de policía, o bien una manifestación de la regulación pública de la autorregulación-; normas aprobadas por sujetos privados, que habitualmente poseen carácter voluntario, pero que pueden también, a través de la autovinculación o mediante la acción de los poderes públicos, adquirir carácter vinculante –en ambos casos constituyen manifestaciones de la autorregulación normativa-; controles realizados por sujetos privados tendentes a certificar el cumplimiento de normas privadas –son una indiscutible manifestación de la autorregulación declarativa-; controles realizados por sujetos privados tendentes a certificar el cumplimiento de normas públicas –según los casos, estaremos, o bien ante manifestaciones de la autorregulación declarativa, o bien ante supuestos en los que, genuinas funciones públicas, son ejercidas por los particulares-; controles realizados por sujetos privados tendentes a garantizar el cumplimiento de normas privadas o públicas, mediante resoluciones arbitrales o mediante la imposición de sanciones de carácter disciplinario –autorregulación resolutoria-; controles públicos tendentes a garantizar el cumplimiento de normas y/o controles privados –que se sitúan, de nuevo, fuera del marco conceptual propio de la autorregulación, siendo en concreto una manifestación de la regulación pública de la autorregulación-; y controles públicos tendentes a garantizar el cumplimiento de normas públicas –que constituyen una manifestación de la clásica regulación de policía, en forma de inspecciones, autorizaciones o sanciones administrativas-.

Las diversas manifestaciones de la autorregulación regulada incluyen pues, un amplio abanico de realidades que van desde la fijación y el control de las normas por parte de sus destinatarios hasta supuestos que se confunden con el ejercicio privado de las funciones de reglamentación y control públicos, de no ser, precisamente, porque la responsabilidad de tales funciones corresponde, por razones diversas, a los particulares y no a la Administración. Ello nos permite precisar con mayor detalle la noción de

autorregulación regulada manejada en este trabajo. Por autorregulación entendemos, de acuerdo con lo expuesto, la actividad privada de producción y de control de normas, bajo la responsabilidad de quienes elaboran, aplican o controlan tales normas.

Mediante una sistematización preliminar de las principales manifestaciones que responden a este concepto intentaremos precisar los contornos del mismo. Para ello retomaremos solamente algunos de los ejemplos que ya han sido analizados con anterioridad e intentaremos analizar con mayor detalle las ideas expuestas al hilo del análisis de los elementos que conforman la autorregulación regulada.

No cabe duda de que aquellas manifestaciones en las que son los destinatarios de las normas privadas quienes, de modo voluntario, elaboran y aplican tales normas constituyen un caso paradigmático de autorregulación regulada. En estos casos la autorregulación estaría vinculada a la autorreglamentación, es decir, a la capacidad de un sujeto de darse normas a sí mismo, con base en la autonomía que el ordenamiento reconoce a los sujetos privados. El origen negocial de estas normas no plantea dudas cuando éstas son adoptadas mediante convenios de autorregulación, a través de los cuáles diversas empresas o asociaciones adoptan voluntariamente un código de conducta. En tales convenios puede preverse, asimismo, el sometimiento voluntario de quienes suscriben el código al control de su cumplimiento realizado por un tercero imparcial¹⁵⁴.

El mismo carácter paradigmático se encuentra en aquellas manifestaciones, que tienen lugar en el seno de organizaciones privadas, en las que son los destinatarios de las normas privadas quienes, de modo voluntario, no sólo elaboran y aplican tales normas sino que también controlan su cumplimiento o, en su caso, se someten a un control realizado por un experto privado. La aprobación de códigos de conducta por parte de una empresa o de una asociación privada de autodisciplina, el establecimiento de sanciones disciplinarias por su incumplimiento o la realización de arbitrajes basados

¹⁵⁴ Puede traerse a colación aquí el ejemplo ofrecido por la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de noviembre de 2000, en la que se analiza la solicitud de autorización de la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE) para el establecimiento de un Código de Autorregulación Publicitaria. En este acuerdo las empresas asociadas a FEBE, por un lado, suscriben un código de conducta que tiene como consecuencia una autolimitación de su política publicitaria y, por el otro, deciden someterse voluntariamente a las resoluciones del Jurado de la “Asociación de Autocontrol de la Publicidad”, a quien atribuyen la función de controlar el cumplimiento del citado Código.

en dichos códigos, serían algunos de los ejemplos más relevantes en este sentido. Los códigos de conducta aprobados por las empresas siguen siendo una manifestación de la autorregulación normativa, aún en aquellos casos en los que su adopción es obligatoria y su cumplimiento es controlado por una Administración –un ejemplo de ello lo encontramos en los Reglamentos Internos de Conducta de las sociedades que cotizan en bolsa, que son controlados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores-¹⁵⁵. Más problemático es el caso de los códigos de conducta del personal al servicio de la Administración, que sólo podrán ser calificados como una manifestación de la autorregulación normativa si puede demostrarse, de algún modo, su origen privado¹⁵⁶.

La aprobación de normas por sujetos privados, que son aplicadas voluntariamente por terceros, y la certificación del cumplimiento de tales normas privadas, por parte de sus destinatarios o por parte de otros particulares, también integran la noción de autorregulación defendida en este trabajo. Se calificaría así de autorregulación, por un lado, la actividad de los organismos de normalización y la actividad de los organismos de certificación, y, por el otro, el cumplimiento voluntario por parte de las empresas de las normas técnicas y la autocertificación empresarial del cumplimiento de tales normas. El ejemplo de las ecoauditorías, además de las combinaciones citadas -sumisión voluntaria de una empresa a normas y a controles privados realizados por terceros y el establecimiento voluntario de sistemas de autocontrol-, ayuda a advertir que, entre las connotaciones del concepto de autorregulación se encuentra también el sometimiento voluntario de una empresa a

¹⁵⁵ Como ha sido señalado ya en el capítulo anterior, a tenor del artículo 3 del RD 629/93, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados y registros obligatorios, las sociedades de valores -y todas las personas públicas o privadas que realicen actividades relacionadas con los mercados de valores-, están obligadas a elaborar un “reglamento interno de conducta de obligado cumplimiento”, que regulará la actuación de sus órganos de administración, empleados y representantes. La CNMV podrá controlar, previamente a su aplicación, el contenido de estas normas para comprobar su adecuación a la legislación vigente. Asimismo se prevé que: “El incumplimiento de lo previsto en los reglamentos internos de conducta, en cuanto su contenido sea desarrollo de lo previsto en la Ley del Mercado de Valores y en el código general de conducta, como normas de ordenación y disciplina del mercado de valores, podrá dar lugar a la imposición de las correspondientes sanciones administrativas, sin perjuicio de lo que resulte de aplicación conforme a la legislación laboral”.

¹⁵⁶ También se ha apuntado en el capítulo anterior que, uno de los elementos que pueden ser de utilidad para destacar este “origen social” es la participación, en el procedimiento de aprobación de los códigos de conducta, de sus concretos destinatarios. Este dato sólo resulta especialmente relevante si, finalmente, el código aprobado no se integra en un reglamento. En este último caso podría confundirse fácilmente la autorregulación con el fenómeno, distinto a nuestro entender –por su diverso origen o procedencia- de la participación en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. En la autorregulación lo relevante es la iniciativa de los destinatarios de la norma; en el marco de un procedimiento administrativo, obviamente, la pauta clasificatoria viene marcada por la iniciativa pública.

controles privados que certifican el cumplimiento de normas aprobadas por los poderes públicos que poseen, sin embargo, carácter voluntario¹⁵⁷.

Este concepto daría cabida también, a nuestro entender, a los autocontroles privados que deben realizar obligatoriamente las empresas con base en normas de carácter privado. La plasmación documental de estos autocontroles permite encontrar en ellos una manifestación de la autorregulación declarativa; y ello, con independencia de si las normas privadas en las que se basan han sido impuestas obligatoriamente por los poderes públicos -como ocurre con los principios ARPC en el control de los productos alimenticios- o de si mantienen su carácter voluntario -como en el caso de las Buenas Prácticas de Higiene que permiten una mejor aplicación de tales principios-. Los principios ARPC y las Buenas Prácticas de Higiene son, a su vez, manifestaciones de la autorregulación normativa que poseen efectos públicos vinculantes y carácter voluntario respectivamente¹⁵⁸.

El control voluntario del cumplimiento de normas jurídicas al que responden los arbitrajes de Derecho también constituye una manifestación de la autorregulación -en este caso, de carácter resolutivo-. Lo mismo cabe decir del control privado de carácter obligatorio del cumplimiento de normas jurídicas obligatorias, aprobadas por los poderes públicos, en aquellos casos en los que dicho control es responsabilidad de su destinatario. Responden a este esquema diversos instrumentos de autorregulación declarativa, como la autodeclaración del cumplimiento de las normas sobre protección de la dignidad de las personas, protección de menores y no discriminación que deben

¹⁵⁷ Con ello queremos destacar que, a nuestro entender, la actividad realizada por los verificadores ambientales se inscribe en el marco de la autorregulación. Dicha actividad consiste, -de acuerdo a lo establecido en el Reglamento CEE 1836/93/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1993, modificado por el Reglamento 76/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS)-, en la certificación de que una empresa cumple, no sólo las normas técnicas, sino también las normas jurídicas de protección del medio ambiente. Sin embargo, la actuación de los verificadores no es obligatoria. Sólo deben someterse al control ejercido por estos sujetos privados aquellas empresas que, voluntariamente, quieran adherirse al sistema previsto en el Reglamento EMAS.

¹⁵⁸ En concreto, según el artículo 3 del RD 2207/1995, que incorpora la Directiva 93/43/CEE sobre la higiene de los productos alimentarios, las empresas de este sector *están obligadas* a definir, poner en práctica, cumplir y actualizar los procedimientos de seguridad adecuados, de acuerdo con los principios del sistema ARPC. Asimismo, según el artículo 4.1 del RD 2207/1995: “Las empresas del sector alimentario *podrán utilizar voluntariamente* guías de prácticas correctas de higiene como un medio para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3”.

presentar los medios de comunicación a la Administración pública¹⁵⁹. En el ámbito del control del cumplimiento de la normativa ambiental, también pueden calificarse de manifestaciones de la autorregulación declarativa, por un lado, el sistema de comunicación que sustituye a las autorizaciones administrativas de inicio de una actividad de escasa incidencia ambiental y, por el otro, los controles realizados por organismos de control o por entidades colaboradoras de la Administración cuando el resultado de dichos controles no es asumido como propio por parte de la Administración.

De acuerdo con la propuesta realizada en este trabajo, y habiendo esbozado ya a grandes rasgos diversas de las combinaciones posibles entre lo público y lo privado que dan lugar a la autorregulación regulada, cabría sostener que muchos de los elementos que se desprenden de la noción de autorregulación utilizada por el Derecho positivo o por la doctrina resultan accesorios, queriendo con ello decir que no se dan en todas sus manifestaciones. En concreto y a pesar de estar presentes en muchas de ellas, creemos, por ejemplo, que la voluntariedad y la autovinculación no tienen porque considerarse esenciales en un análisis del concepto de autorregulación que nos ocupa.

La voluntariedad es un rasgo que está presente de modo muy destacado en la mayor parte de los ejemplos que venimos analizando y que predomina claramente en aquellos que integran, de algún modo, el núcleo duro de la autorregulación. A pesar de ello, podemos esgrimir, por lo menos, tres razones, que invitan a prescindir de la voluntariedad como un elemento propio de la autorregulación. En primer lugar –y en la medida en que sólo el Estado puede imponer coactivamente sus decisiones, sin necesidad de una aceptación previa- en puridad, toda actividad privada, y no solo la autorregulación, está presidida por la voluntariedad. Es, en cierto modo, una obviedad, señalar que toda actividad privada tendente al establecimiento de normas y controles no posee ningún efecto jurídico si no responde a un sometimiento voluntario, por parte de sus destinatarios, de tales normas y controles. Ello nos remite al juego de la autonomía privada, del que hablaremos a continuación. En segundo lugar, al desenvolverse la autorregulación en un marco regulado por el Estado, la voluntariedad se diluye o

¹⁵⁹ Véanse: el artículo 9 de la Ley catalana 8/1996, de 5 de julio de 1996, reguladora de la programación audiovisual distribuida por cable; y el artículo 12 de la Ley de la Comunidad de Madrid 2/2001, de 18 de abril, reguladora del Consejo Audiovisual.

desaparece en diversas de sus manifestaciones. No sólo se trata de una voluntariedad condicionada por acciones de fomento de la Administración, sino también de una voluntariedad que desaparece por completo cuando son los poderes públicos quienes imponen a concretos sujetos su sumisión a normas o a controles privados. Y, en tercer lugar, tomar en consideración el dato de la voluntariedad provoca confusiones innecesarias, debido a la tendencia del Estado a actuar mediante instrumentos no vinculantes. Muchas de las manifestaciones de la regulación pública de la autorregulación –y, cada vez con más frecuencia, otras novedosas formas de regulación ensayadas por las Administraciones públicas- se caracterizan por su carácter no coercitivo.

Tampoco la autovinculación, como hemos dicho, tiene porqué contar como rasgo definitorio de la autorregulación regulada. La autovinculación está relacionada, desde un punto de vista jurídico, con el juego de la autonomía de la voluntad y, desde un punto de vista ético, con una determinada concepción de los valores y con sentido concreto de la noción de autorresponsabilidad. Así, atendiendo a la vertiente de libertad que el Derecho concede a los individuos, y observando el uso que se hace de la autonomía privada en los subsistemas sociales autorregulados, puede afirmarse que, en muchos supuestos, la autorregulación equivale a autovinculación. A través de ejemplos tomados de la autorregulación que tiene lugar en el seno de concretas organizaciones esta cuestión puede observarse con mayor claridad. Las organizaciones privadas se autorregulan cuando deciden someterse a unas reglas, más estrictas que las que les impone el ordenamiento general, que pueden ser, o no, elaboradas por ellos mismos. Es este el caso de las asociaciones privadas que aprueban o se someten voluntariamente a un código de conducta. La autorregulación también deriva de la autonomía que el ordenamiento concede a los particulares cuando son las empresas las que, superando los mínimos legales establecidos, deciden aplicar a su ámbito de actuación pautas de comportamiento relacionadas con sus sistemas de producción, con sus modos de gestión, o con sus relaciones con los clientes, los distribuidores, los trabajadores, los accionistas o la sociedad en general. Asimismo, es fruto de la libertad el autocontrol que pueden ejercer estos mismos sujetos sobre el cumplimiento de tales normas, o su sumisión voluntaria al control de estas mismas normas por parte de un tercero. Son ejemplos de ello tanto la incorporación voluntaria a una asociación de autocontrol, como el autocontrol interno de una empresa respecto de la adecuación de sus procesos

de producción a normas voluntarias, o el encargo que pueda hacer dicha empresa a experto para realizar esta función -control de normas técnicas por tercero o control realizado por un auditor ambiental, por ejemplo-.

La autonomía, como espacio de libertad, puede predicarse también, en muchos casos, de la concreta aplicación de algunos instrumentos de autorregulación. Existen, de hecho, códigos de conducta que no se aplican, porque no se han formalizado debidamente, o porque nadie se encarga de imponerlos. Sin embargo -y éste es el principal potencial de la autorregulación- si la organización que genera estos instrumentos posee el debido grado de madurez y desarrollo, los códigos internos y las normas técnicas voluntarias se aplican con total normalidad, como si fueran Derecho. Cuando ello sucede, estas mismas organizaciones se encargan de vehicular su autonomía en un sentido jurídico, concluyendo negocios con capacidad de convertir en vinculantes los instrumentos de autorregulación. La autonomía se convierte, en este caso, en autolimitación, o, dicho de otro modo, la autonomía habilita el ejercicio de una potestad. La potestad, a la que equivale la autonomía, constituye la vertiente jurídica del poder del que gozan las organizaciones¹⁶⁰. Así, el contrato a través del cual se crea una entidad asociativa de derecho privado comporta también la creación de unos órganos de gobierno que ejercen un poder de mando sobre los demás miembros de esta organización¹⁶¹. El contrato societario también comporta la constitución de unos órganos de gobierno de las sociedades mercantiles, que ejercen un poder de mando y decisión; y el contrato de trabajo permite fundamentar, gracias a las previsiones generales del ordenamiento jurídico, un poder de mando del empresario respecto de los trabajadores. En este sentido, es importante advertir que, si la bien la libertad que se predica de la autonomía puede ser una de las ventajas que se advierten de la principal

¹⁶⁰ Esta correlación viene establecida, desde un punto de vista sociológico por T. PARSONS, en *Estructura y proceso en las sociedades modernas*, op. cit., p. 34, cuando afirma que “el poder ejercido por una organización, y dentro de ella, tiene su origen dentro y fuera de la misma”. Cada organización es un generador de poder (en uso de la autonomía atribuida por el ordenamiento jurídico) y, al mismo tiempo que es destinatario de un poder (que limita dicha autonomía).

¹⁶¹ Refiriéndose específicamente a las asociaciones, sostiene J. M. GARRIGOU-LAGRANGE, *Asociaciones y poderes públicos*, [*Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics*, LGDJ, París, 1970, traducción de M. Gonzalo González], IEP, Madrid, 1974, p. 50: “Mientras que los contratos consistentes en un intercambio de prestaciones se caracterizan por la permanente igualdad de los contratantes, el contrato de asociación tiene como rasgo específico el de dar nacimiento a una entidad jurídica original; en cuyo seno se produce una diferenciación entre gobernantes y gobernados. Estos se encuentran colocados en una situación de inferioridad con relación a los primeros, que ejercen sobre ellos un poder de mando”.

virtud de la autorregulación, el poder, fáctico y jurídico, que deriva de su desarrollo, puede ser, si no se ejerce de forma responsable, su principal fuente de perversión.

En cualquier caso, como acabamos de ver, la autonomía privada juega un papel relevante en muchas de las manifestaciones de la autorregulación, y explica los mecanismos a través de los cuáles algunas de ellas alcanzan carácter jurídico, pero es un elemento que, obviamente, no se halla presente cuando la autorregulación es impuesta por los poderes públicos. Lo mismo cabe decir de la autorreflexión y la autorresponsabilidad. La autorresponsabilidad y la asunción, por parte de un sujeto o de un colectivo, de determinados valores, puede estar presente en algunas de las manifestaciones de la autorregulación. De ser así, la autorregulación presentaría claras ventajas, frente a la regulación pública, en aras a la consecución de tales valores. Así, acabamos de aludir al ejercicio responsable de la autonomía de la voluntad. También desde diversos estudios filosóficos se argumenta, desde perspectivas diversas, a favor de la importancia de la autorreflexión de los individuos y las organizaciones privadas; su responsabilidad en el ejercicio de su actividad cotidiana; y su responsabilidad en la minimización de los riesgos dicha actividad genera con relación a ciertos bienes o valores que, coinciden, a su vez, con valores o principios constitucionales. A pesar de ser este, pues, un dato digno de tomar en consideración nada obliga a tratarlo como un elemento consustancial a la autorregulación. Si concurre efectivamente tendrán razón aquellos autores que defienden la innecesariedad del Derecho y de las instituciones jurídicas allí donde la sociedad es capaz de dotarse espontáneamente de normas que permiten satisfacer los mismos fines que los perseguidos por el ordenamiento jurídico¹⁶².

No compartimos, sin embargo, una visión tan optimista de las bondades de la sociedad y de los individuos. Tampoco el Derecho demuestra una confianza ciega en la autorregulación al punto de confiarle la satisfacción de ciertos fines públicos. Así, todas las manifestaciones de la autorregulación regulada poseen un elemento, derivado de la regulación pública de la autorregulación, que es indispensable para comprender este fenómeno. Dicho elemento deriva de una nueva correlación de responsabilidades entre el Estado y la sociedad, en concreto, del principio de corresponsabilidad en la

¹⁶² Así, entre otros, F. A. HAYEK, en *Derecho, legislación y libertad*, vol. I. *Normas y orden*, op. cit., pp. 90 y ss.; y J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, op. cit.

protección del medio ambiente, en la protección de la salud y la seguridad de consumidores y usuarios y en la protección de determinados derechos fundamentales¹⁶³. Con base en esta nueva distribución jurídica de responsabilidades estamos ante una manifestación de la autorregulación regulada solamente cuando se atribuye a la sociedad la responsabilidad directa de la minimización de los riesgos que genera una actividad privada, capaz de vulnerar estos bienes; y al Estado la responsabilidad de velar, indirectamente, por su efectiva protección. Esto es, sólo estamos ante una manifestación de la autorregulación cuando, por un lado, quien se autorregula debe asumir como propios los resultados de la autorregulación y, por el otro, cuando dicha autorregulación responde a la consecución de un fin que, desde un punto de vista jurídico, debe ser alcanzado en primer término mediante la autorregulación –y no mediante una regulación estatal directa-.

II. LA AUTORREGULACIÓN REGULADA Y SUS ELEMENTOS.

Despojando, pues, a la autorregulación de lo que podrían considerarse sus características accesorias, resta solamente identificar aquéllas que consideramos esenciales, y que por lo demás se hallan presentes en todas las concepciones manejadas sobre la autorregulación. Son básicamente las siguientes: el carácter privado de los sujetos y las estructuras de autorregulación, esto es, el origen social de la autorregulación; y el carácter normativo, declarativo o resolutorio de los instrumentos de autorregulación. La autorregulación debe responder, asimismo, a la consecución de un fin cuya responsabilidad corresponde, en primera instancia, a la propia sociedad y no, de manera directa, al Estado o a la Administración.

1. Sujetos y estructuras de autorregulación.

La autorregulación remite, en todas sus manifestaciones, a la sociedad. El origen social de la autorregulación, su vinculación a la existencia de organizaciones o

¹⁶³ Compartimos pues, plenamente, la opinión de M. J. MONTORO CHINER, en *L'avaluació de les normes. Racionalitat i eficiència*, op. cit., p. 68 cuando, refiriéndose a las manifestaciones autorregulación sostiene que estas responden a “una disminució de la distància entre la societat i l'Estat, on la balança per la salvaguarda de l'esfera de la llibertat pot resultar positiva si veritablement se substitueixen els rígids controls administratius per una propia responsabilitat en la custodia de les obligacions imposades però on el resultat pot resultar negatiu si la inclusió d'associacions privades en

instituciones privadas, a unos subsistemas que no se identifican o que no se integran en el Estado, constituye quizás, su elemento más significativo. Existe un claro consenso sobre este dato. Éste se deduce de todas las aportaciones doctrinales analizadas y de las referencias del Derecho comunitario a la autorregulación. Sólo en nuestro Derecho interno -donde, como ya hemos comentado, se utiliza este término sin ninguna vocación conceptual, para referirse a otro tipo de instituciones y realidades-, se califica, en ocasiones, de autorregulación la capacidad normativa independiente de sujetos públicos o la negociación de éstos entre sí.

Dicho consenso se rompe cuando se trata de delimitar las fronteras entre lo que es Estado y lo que es sociedad y, consiguientemente, entre el Derecho público y el Derecho privado. Los enfoques de carácter sociológico de la autorregulación prescinden del dato de la naturaleza, pública o privada, del subsistema social en la que aquélla se desarrolla¹⁶⁴. La jurisprudencia tampoco es clara en este sentido. Algunas sentencias, como hemos visto, califican de autorregulación la facultad normativa autónoma de las Corporaciones Locales o, incluso, la potestad organizativa de las Administraciones Públicas. Incluso algunas aportaciones de la doctrina jurídica incurren, en nuestra opinión, en algunas confusiones al respecto¹⁶⁵.

En un contexto en el que las fronteras entre Estado y sociedad se encuentran desdibujadas, resulta insuficiente recurrir a un único criterio delimitador. Para deslindar ambas realidades se exige, por tanto, tener en cuenta diversos aspectos, cuya intensidad determina el grado de publicación –o de despublicación- de la organización o sujeto de referencia.

El carácter público de los fines perseguidos, la atribución de potestades, el ejercicio de funciones públicas de autoridad, la forma jurídico-pública de

l'observança d'aquestes tasques públiques dóna lloc a una relativització o disminució de la protecció dels drets fonamentals”.

¹⁶⁴ Pueden traerse a colación aquí, entre otras, las obras ya citadas de R. MAYNTZ, *Steuerung, Steuerungsakteure und Steuerungsinstrumente*, op. cit.; y *Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung*, op. cit.; o de M. GLAGOW, y H. WILLKE (Hrsg): *Dezentrale Gesellschaftssteuerung. Probleme der Integration polyzentrischer Gesellschaft*, op. cit.

¹⁶⁵ En este sentido, se ha defendido con persistencia el origen social y, por tanto, la no integración en el complejo de las Administraciones Públicas, de las Corporaciones de Derecho público, a raíz del influyente trabajo de T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Derecho Administrativo, sindicatos y autoadministración*, IEAL, Madrid, 1972.

personificación, la financiación con fondos públicos, la sumisión al Derecho Administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa, son datos que, cuando concurren en una organización, obviamente, avalan su reconducción a la noción de Estado.

En nuestro Derecho, todos los sujetos dotados de personalidad jurídico-pública son Administraciones públicas y pertenecen, por ello, a la esfera estatal, puesto que poseen un grado de publicación tal que impide, por definición, que puedan reconducirse a la noción de sociedad. Nótese bien lo que se quiere decir con ello: la forma de personificación no sería, por sí sola, suficiente para caracterizar una organización como Administración pública. A pesar de ello, nuestro Derecho positivo, con intensidades diversas, acaba reconduciendo todas las organizaciones con forma de personificación jurídico-pública al Derecho Administrativo. Incluso en aquellos casos en los que se les posibilita la utilización instrumental del Derecho privado, la actividad de las estructuras públicas deriva de concretas habilitaciones legales y está sometida a los límites, materiales y formales, impuestos por el Derecho Administrativo. Cuando una organización jurídico pública actúa con base en estos presupuestos –que la doctrina iuspublicista considera, por lo demás, del todo indispensables- no puede hablarse, pues, de autorregulación. Sólo plantean dudas aquellos supuestos en los que, en el seno de una organización pública, concretos sujetos privados, sin habilitación expresa alguna, aprueban normas de conducta que pueden servir de base al control disciplinario que, sobre ellos, ejercerá luego una organización pública en base a concretas potestades atribuidas, esta vez sí, por el ordenamiento¹⁶⁶.

Sensu contrario, parecería que la autorregulación se desarrolla siempre en el seno de formas de personificación jurídico-privada. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada, con el fin de evitar posibles equívocos. Por un lado, puede hablarse también de autorregulación cuando estamos ante la presencia de subsistemas sociales que no están dotados de personalidad jurídica. Por otro lado, a pesar de su personalidad jurídico-privada, no puede hablarse de autorregulación cuando nos hallamos ante sujetos privados que tienen atribuidas potestades públicas, o que gozan de la condición

¹⁶⁶ Nos referimos, claro está, a los códigos de conducta que regulan la actividad de los funcionarios públicos y que son elaborados e, incluso, aprobados, al margen de las estructuras jurídico

y de los medios propios de la autoridad pública. En este último caso, el grado de publicación de la actividad de tales sujetos privados y de su concreto régimen jurídico es tan intenso, que los mismos acaban confluyendo a la órbita del Estado y de sus formas de actuación¹⁶⁷.

A) *Estructuras simples o primarias de autorregulación.*

Las organizaciones privadas –empresas y asociaciones- que se dotan voluntariamente de códigos de conducta y que controlan su cumplimiento pueden ser calificadas como estructuras simples o primarias de autorregulación. El carácter privado de tales sujetos, su reconducción a la noción de sociedad, no admite discusiones. Son sujetos que poseen personalidad jurídico-privada y que, cuando se autorregulan, no ejercen potestades públicas ni actúan con medios propios de la autoridad estatal. Calificamos de simples o primarias a estas estructuras por dos motivos: en primer lugar, porque existe una coincidencia entre el subsistema o institución que se autorregula y un ordenamiento privado: en segundo lugar, y como consecuencia de ello, porque existe también una identificación entre los sujetos que aprueban las normas y realizan los controles sobre su cumplimiento y los destinatarios de tales normas y controles.

De este modo, una empresa no sólo identifica un subsistema técnico funcionalmente diferenciado, sino también un ordenamiento jurídico privado, que se reconduce a la unidad gracias a la estructura jurídica que le sirve de cobertura. Cuando

públicas; y a los códigos de conducta aprobados por concretos colegios de profesionales, que van más allá, a nuestro entender, de las potestades organizativas que les atribuye la Ley de Colegios Profesionales.

¹⁶⁷ En relación con ello, adquieren renovada vigencia algunas de las aportaciones clásicas a la concepción material del Derecho Administrativo. En este sentido, J. M. GARRIGOU-LAGRANGE, *Asociaciones y poderes públicos*, op.cit, pp. 487-488, sostiene que: “las nociones de persona pública y de persona privada se encuentran desvalorizadas, puesto que ya no constituyen el criterio para la aplicación del derecho público o del derecho privado”. Este autor fundamenta esta afirmación en las aportaciones de BLAEVOET [*Personnes privées, personnes publiques. Objectivité du droit public français*, JCP, 1950, p. 889]: “Poco importa que la persona actuante o en causa sea pública o privada para determinar las normas aplicables y la jurisdicción competente en caso de litigio. Las normas a aplicar y la jurisdicción competente dependen ahora, sobre todo, no de las personas en presencia, públicas o privadas, sino de las situaciones jurídicas en que en cada caso se encuentran, de las relaciones queridas entre las partes, del pie en que se encuentran colocadas”. En la misma línea, y en clara defensa de la concepción funcional del Derecho Administrativo, el citado autor recoge también la posición mantenida por AUBY, [*Traité de la science administrative*, París, 1967, p. 197], según el cual la personalidad pública de un sujeto depende de que el Estado le encomiende una función de interés general: “(...) esta misión de interés general se deducirá de diversos indicios, por ejemplo, el del origen de la persona (creación por el Estado, aprobación o reconocimiento por el mismo); la procedencia de sus bienes (atribución de ellos por el Estado); la definición por el Estado de sus funciones”.

una empresa se autorregula demuestra su capacidad de institucionalización, pudiendo integrar en su propio ordenamiento –el derivado de sus estatutos y reglamentos internos- normas privadas elaboradas por ella misma o por terceros, en virtud del ejercicio de su autonomía. La estructura societaria y las formas jurídicas que caracterizan la actuación empresarial –decisiones adoptadas por sus órganos estatutarios y contratos privados- permiten trasladar la obligatoriedad del cumplimiento de tales normas a toda la estructura empresarial o a parte de ella –empleados, accionistas, directivos-, aunque también a terceros –mediante especificaciones contractuales impuestas a otras empresas de la cadena de suministro-.

Las motivaciones y los instrumentos de la autorregulación empresarial nos son ya conocidos. Las empresas, en la actualidad, deben asumir progresivamente no sólo la responsabilidad de ejercer su actividad con un cierto grado de profesionalización –lo cual afectará a la calidad de sus productos o servicios-, sino también la responsabilidad de proteger aquellos bienes que ponen en peligro mediante su actividad cotidiana. En consecuencia, son ellas quienes deben garantizar a la Administración que llevan al mercado productos seguros, que realizan todos los controles necesarios para minimizar los riesgos derivados de la manipulación de alimentos, o que intentan reducir los niveles de contaminación ambiental. Se autorregulan las empresas cuando aplican buenas prácticas o normas técnicas que les ayuden a cumplir con estos objetivos, cuando controlan ellas mismas el cumplimiento de tales normas, o cuando se someten, voluntaria u obligatoriamente, a controles privados que certifican dicho cumplimiento. También se autorregulan cuando adoptan códigos de conducta que regulan los fines, los objetivos y los valores que guían su actividad o que indican las conductas adecuadas para la consecución de tales objetivos; cuando imponen su cumplimiento a miembros de la estructura empresarial o a terceros, pudiendo prever la imposición de sanciones por su incumplimiento; o cuando se someten a mecanismos de certificación, interna o externa, sobre el grado de cumplimiento de tales códigos.

Junto con las empresas, pueden calificarse también de estructuras simples o primarias de autorregulación las asociaciones profesionales y los organismos de autocontrol o autodisciplina existentes en el ámbito de la publicidad o los medios de comunicación. Como sabemos, las estructuras de las asociaciones de periodistas, de los Consejos de Prensa o de los organismos de autodisciplina publicitaria están basadas en

la autoorganización de los profesionales. Son instituciones privadas, de carácter voluntario, integradas por los profesionales de un sector y que tienen por objeto velar por el cumplimiento de los valores y las normas éticas que rigen la actividad de la profesión a la que representan. Su carácter asociativo permite sostener que son los propios profesionales quienes se dotan voluntariamente de tales normas y quienes controlan su aplicación, mediante su sometimiento voluntario a los fallos y sanciones de organización a la que pertenecen.

El carácter simple o primario de estas estructuras, sin embargo, se difumina progresivamente a medida en que aumenta su volumen –tanto de las empresas como de las asociaciones de autodisciplina- y se diversifica su composición. Se produce, con ello, un gradual alejamiento de los órganos que aprueban e imponen la autorregulación y sus destinatarios. El ejerciente de un poder privado, derivado de la autonomía, se distancia progresivamente del destinatario de este poder, que se ha sometido a él, aunque haya sido de forma voluntaria. Este dato es más relevante todavía cuando se observa, en primer lugar, que las asociaciones de autodisciplina de ámbito estatal integran, a su vez, asociados individuales –empresas- y asociados colectivos –asociaciones-; y, al mismo tiempo, profesionales del sector –según el caso, anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación, editores, o periodistas- y, ocasionalmente, destinatarios de la actividad profesional. Y, en segundo lugar, cuando se toma en consideración la tendencia a la progresiva integración de las organizaciones estatales de autorregulación en organismos de ámbito supraestatal.

B) Estructuras complejas o secundarias de autorregulación.

El grado de complejidad de las estructuras de autorregulación es mucho más notable cuando existe una disociación formal entre los organismos de autorregulación y los destinatarios de dicha autorregulación. La existencia de entidades de acreditación, organismos de normalización, entidades de certificación, organismos de control, auditores y verificadores ambientales o laboratorios de ensayo y calibración, nos pone en contacto con esta realidad. Todas estas organizaciones poseen también las características de un subsistema técnico o profesional. En puridad, son organizaciones profesionales especializadas, precisamente, en la producción y en el control de reglas técnicas. Sin embargo, no se localiza en ellas la existencia de un ordenamiento privado

o, dicho con mayor precisión, el ordenamiento privado propio de estas instituciones, en su vertiente organizativa, no tiene relación directa con los fines que cumplen. Es decir, es cierto que, en la mayoría de los casos, dichas organizaciones poseen naturaleza asociativa o empresarial. El estatuto y las normas procedimentales de estas entidades, en tanto que asociaciones o empresas, definen su ordenamiento jurídico particular. Ahora bien, la función que cumplen en su calidad de subsistemas técnicos, en concreto la autorregulación normativa –elaboración y aprobación de normas técnicas- y la autorregulación declarativa –verificación, control y certificación del cumplimiento de tales normas- no tienen como destinatarios directos a los sujetos o unidades integrantes de la organización. La función que cumplen estas estructuras es una función instrumental. Por un lado, cumplen una función de soporte a la autorregulación empresarial, dotándola de mayor racionalidad y, por otro, facilitan la regulación y el control público de la autorregulación.

Aunque las funciones de todas las entidades arriba mencionadas son distintas, y es también variable su relación con los particulares y con la Administración, pueden calificarse todas ellas de estructuras de autorregulación. Con una precisión muy destacable: sólo responden a esta calificación cuando su actividad está encaminada a servir de complemento a aquellas responsabilidades que han sido trasladadas a la sociedad. Actúan, en este caso, como mandatarios de aquellos particulares que les encargan, voluntariamente o por obligación, la realización de ciertos controles. Mucho más confusa resulta, sin embargo, su relación con la Administración. Cuando realizan una función de soporte a la autorregulación, las estructuras secundarias parecen actuar como mandatarios de la Administración, pero actuando en nombre de los particulares, con quien también les une una relación de mandato; estos mismos sujetos, sin embargo, pueden actuar asimismo como delegados de la Administración –ejerciendo en nombre propio competencias cuya responsabilidad o titularidad sigue en manos de la Administración¹⁶⁸. Esta dualidad de funciones dificulta enormemente la caracterización jurídica de estas entidades¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Según H. TRIEPEL, *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht. Eine kritische Studie*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, Berlín, 1942, pp. 23 y ss., la delegación, desde una perspectiva del Derecho público, es el acto jurídico mediante el cual el titular de una competencia -Estado, municipio o uno de los órganos estatales o locales- transfiere total o parcialmente dicha competencia a otro sujeto. En sentido estricto, la delegación comporta una pérdida de la competencia por voluntad de quien la cede y una atribución de la misma a quien la recibe. El delegante, necesariamente, tiene que estar en posesión de la competencia sobre la cual dispone, al tiempo que el delegado pasa a ejercerla como si se tratase de una

Algunas de las estructuras complejas de autorregulación y, en particular, los laboratorios privados de ensayo y calibración pueden actuar, simultáneamente, como sujetos de autorregulación –cuando actúan por encargo de los particulares- o como entidades colaboradoras de la Administración, en el sentido tradicional que posee la categoría de la colaboración privada.

Las entidades de certificación y los auditores ambientales realizan una actividad destinada a los particulares, y no a la Administración, de modo que actúan siempre como estructuras de autorregulación. Su función consiste, simplemente, en comprobar la adecuación de los productos o los procesos industriales a las normas técnicas aplicables en cada caso. Realizan una actividad reglada, de marcado carácter técnico que puede tener, ello no obstante, efectos públicos de carácter probatorio o presuntivo.

La actividad de acreditación también es básicamente una actividad de carácter reglado. Sin embargo, los efectos de dicha actividad plantean problemas de mayor calado. La acreditación significa, en términos generales, dar testimonio de que un sujeto cumple las características, condiciones y requisitos indispensables de aptitud, competencia técnica, e incluso económica, material y de personal, para poder ejercer determinada función. Se trata de una actividad de mera comprobación de la adecuación de un sujeto a las normas que regulan el ejercicio de ciertas funciones caracterizadas por requerir un determinado grado de especialización profesional¹⁷⁰. Esta comprobación se basa, fundamentalmente, en normas técnicas¹⁷¹. Ahora bien, esta actividad de

competencia propia. En consecuencia, la delegación constituye una modificación del ordenamiento competencial establecido por el derecho objetivo y, por tanto, tienen que ser observada como acto de ordenación jurídica. En contraposición a la delegación, que comporta el ejercicio de la función delegada en nombre propio, el mandato significaría el ejercicio de una competencia ajena y, a diferencia de aquella -que exige un acto normativo de atribución-, dependería siempre de un negocio jurídico.

¹⁶⁹ La relación de las estructuras secundarias de autorregulación con la Administración pública y su reconducción, en su caso, a la categoría de la colaboración privada, a la categoría del ejercicio privado de funciones públicas, o su imposibilidad de reconducción a ninguna de las categorías manejadas por la doctrina administrativista, será analizada en el capítulo siguiente. Es la publicación del régimen jurídico de los sujetos o estructuras de autorregulación y la necesidad de distinguir tales estructuras de algunas figuras afines la que ofrece el marco adecuado para su análisis.

¹⁷⁰ Refiriéndose a la actividad administrativa de acreditación, L. MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 38, sostiene que “la acreditación es una actividad administrativa reglada, y de mera comprobación de requisitos. Viene a ser, por ello, una prueba anticipada, creada por la Administración para facilitar a la persona su participación en el tráfico jurídico; o para permitirle el acceso a determinadas actividades”. Naturalmente, si la actividad de acreditación es asumida por la Administración nos hallamos en un plano distinto de consideraciones, en la medida en que no procede hablar, ni de colaboración privada ni de autorregulación.

¹⁷¹ Véase el documento elaborado por ENAC relativo al procedimiento de acreditación de Entidades de inspección PE-ENAC-EI-01 y los criterios generales de acreditación y de competencia

comprobación posee importantes efectos jurídicos, que podrían ser calificados como habilitantes. La acreditación es un requisito indispensable para el ejercicio de determinadas “actividades profesionales” –las que son propias de las entidades de certificación, los auditores y verificadores ambientales, y los laboratorios- y actúa también como un dictamen técnico favorable que deben conseguir los organismos de control para ejercer funciones de inspección, control y certificación en el campo reglamentario o de la seguridad industrial. Sin embargo, esta actividad no comporta el ejercicio de potestades. Las entidades de acreditación no actúan con medios propios de autoridad estatal, ni ejercen una función pública, en sentido estricto. Debe advertirse, así que, en aquellos casos en los que esta actividad no es asumida como propia por la Administración, las entidades de acreditación, por un lado, actúan mediante instrumentos de autorregulación declarativa y, por el otro, realizan una función de soporte a la autorregulación¹⁷².

Similares consideraciones cabe realizar respecto los organismos de normalización. Su función consiste en elaborar y aprobar normas técnicas, destinadas a ser aplicadas voluntariamente por los particulares. Al no poseer estas normas carácter jurídico, no puede considerarse que ejerzan potestades o que actúen con medios de autoridad estatal. Realizan también una actividad que no es propia de la Administración. La normalización es una manifestación de la autorregulación normativa que, a su vez, está destinada primordialmente a facilitar la autorregulación empresarial. Este dato no es desmentido, a nuestro entender, por el hecho de que las normas técnicas puedan adquirir carácter vinculante, mediante su integración en un reglamento, o mediante la técnica de la remisión normativa, que son ambas manifestaciones de la regulación pública de la autorregulación.

Las dos estructuras complejas de autorregulación que nos resta por analizar, esto es, los organismos de control y los verificadores ambientales, plantean, si cabe, mayores

técnica de tales Entidades CGA-ENAC-EI; dichos criterios se publicaron en la Revista de ENAC núm. 4 (6/98), pp. 1 a 21, y se basan en la Norma Europea EN 45004. Para más detalles véase: M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, pp. 504 y ss.

¹⁷² No compartimos, pues, la opinión sostenida por A. NOGUEIRA LÓPEZ, *Ecoauditorías, intervención pública...*, op. cit., p. 229, según la cuál los organismos de acreditación constituyen un supuesto de autoadministración por tratarse de asociaciones a las que se les confieren funciones públicas [en el sentido expuesto por J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 217 y 218].

problemas todavía. Tanto los organismos de control como los verificadores ambientales ejercen no sólo una función técnica de carácter reglado –de comprobación y certificación del cumplimiento de normas técnicas-, sino también una función que posee mayor relevancia jurídica, puesto que deben certificar la adecuación de productos, instalaciones o procesos industriales a normas técnicas y a normas jurídicas¹⁷³. La vinculación de estas entidades a la autorregulación, sin embargo, es sustancialmente diversa. Si bien su actividad se orienta inequívocamente a verificar el cumplimiento de la legalidad vigente en materia de protección del medio ambiente, la intervención de los verificadores ambientales depende de la previa y voluntaria solicitud de la empresa interesada en obtener el correspondiente reconocimiento público de su adecuación a las

¹⁷³ La colaboración de sujetos privados en la materialización de funciones de control e inspección en el ámbito de la industria empieza a generalizarse con la aprobación del Real Decreto 735/1979, de 20 de febrero, que regula las normas que deben cumplir las “Entidades Colaboradoras de la Administración pública” (ECAs) en la expedición de certificados de calidad, homologación y verificación de productos industriales. Por Real Decreto 1407/1987, de 13 de noviembre, estas entidades son sustituidas por las denominadas Entidades de Inspección y Control Reglamentario (ENICREs). Tales entidades realizaban una actividad puramente material o técnica, que servía “de soporte a las funciones administrativas”: E. MALA RET GARCÍA, “Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales. (Algunas consideraciones en torno a la regulación de productos)”, *RAP*, n.º 116, 1998, p. 325. También consideran que se trata de un auxilio técnico a la actuación administrativa: A. OJEDA MARÍN, “Entidades privadas colaboradoras con la Administración en el ámbito técnico”, en *Libro homenaje al profesor José Antonio García-Trevijano Fos*, Colegio Universitario de Estudios Financieros/IEAL, Madrid, 1982, p. 613; y, G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Industria”, en S. Martín-Retortillo Baquer (Dir.), *Derecho administrativo económico*, vol. II, Madrid, 1991, pp. 503 a 509.

Sin embargo, con la aprobación de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (LI) y el Reglamento 2200/1995, de 28 de diciembre, de la Infraestructura para la Calidad y Seguridad Industrial (RICSI), este tipo de colaboración, de carácter técnico, se amplía a una colaboración de carácter jurídico, con la regulación de los Organismos de Control contenida en estas normas. En ellas tales organismos se definen como “entidades públicas o privadas, con personalidad jurídica, que se constituyen con la finalidad de verificar el cumplimiento de carácter obligatorio de las condiciones de seguridad de productos e instalaciones industriales, establecidas por los Reglamentos de Seguridad Industrial, mediante actividades de verificación, inspección o auditoría”: art. 41 del RICSÍ. Las certificaciones emitidas por estos organismos acerca de las condiciones de seguridad de las instalaciones y productos inspeccionados poseen los mismos efectos que los que se atribuyen a las certificaciones públicas. Con ello puede afirmarse que “estos fenómenos de colaboración se emplazan fuera de la actuación vicarial de sujetos y entidades privadas que obran por delegación o mandato de la Administración o de los supuestos de gestión a título contractual. Estamos, por el contrario, en presencia de entidades privadas que reciben del ordenamiento un poder de decisión, un ámbito de capacidad jurídico-pública destinada a satisfacer determinadas exigencias de interés general, para cuya consecución gozan de prerrogativas y potestades exorbitantes. Se trata, en definitiva, de atribuciones de poder público que recaen sobre sujetos no administrativos”: J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad y la calidad industrial*, IGO/Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, p. 15.

La figura de los Verificadores medioambientales, en cambio, aparece regulada por vez primera en nuestro ordenamiento cuando se traspone a nuestro ordenamiento el Reglamento CEE 1836/93, de 29 de junio, [modificado por el Reglamento (CE) núm. 761/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, DOCE L 114, de 24.4.2001], por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema de gestión y auditoría medioambiental. Un excelente trabajo sobre los verificadores ambientales es el de M. TARRÉS VIVES, en “Los sujetos privados en la gestión y auditoría medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la *Umweltauditgesetz* alemana”, *RAP*, n.º 145, 1998, pp. 503 a 542.

exigencias del Reglamento EMAS. La actividad de los verificadores ambientales está principalmente destinada a completar un ámbito de responsabilidad privada, sin perjuicio de los efectos públicos que se atribuyen a la verificación¹⁷⁴. La actividad de los organismos de control, por el contrario, se orienta fundamentalmente al servicio de la Administración. Su actuación como estructuras secundarias de autorregulación se limita a determinados supuestos puntuales en los que el ordenamiento prevé expresamente que puedan actuar como soporte de la autorregulación empresarial.

C) *Estructuras difusas de autorregulación.*

Cabe añadir a esta clasificación un tipo de estructuras que pueden ser calificadas como difusas. Este adjetivo es claramente aplicable a la autorregulación que tiene lugar en subsistemas técnicos o en instituciones en las que resulta difícil identificar una estructura organizativa definida y resulta también complejo identificar los concretos destinatarios de la autorregulación. Cuando se afirma que los usuarios de Internet o la comunidad virtual se autorregulan se alude en realidad a este tipo de estructuras. El entramado de relaciones que se establecen en este ámbito ha dado lugar a la aparición incluso de un nuevo concepto de sociedad, a la que se le reconoce una elevada capacidad de autorregulación: la denominada “sociedad de la información”¹⁷⁵.

¹⁷⁴ A pesar de ello, los verificadores ambientales son calificados por A. NOGUEIRA LÓPEZ, *Ecoauditorías, intervención pública...*, op. cit., p. 243 como una manifestación del ejercicio privado de funciones públicas, poniendo esta autora el acento en los efectos administrativos de la verificación y no en la relación jurídica entre el verificador y las empresas.

¹⁷⁵ La noción de “sociedad de la información” no es en absoluto pacífica. Se alude a ella cuando se hace referencia a las específicas relaciones sociales articuladas en torno a Internet, identificando una sociedad basada en el uso de las nuevas tecnologías, una sociedad “virtual”, paralela a la sociedad “real”. La “sociedad de la información”, la “sociedad telemática” sería, así, una sociedad basada en unos principios y unas relaciones, paralelas, pero no idénticas, a las propias de la sociedad humana. Pero también se utiliza el término de “sociedad de la información” para destacar los rasgos de la sociedad actual -en general-, caracterizados por la preponderancia de la información proveniente de los medios de comunicación y de la utilización de las nuevas tecnologías. Según J. MAJÓ, *Chips, cables y poder*, Planeta, Barcelona, 1997, p. 60, la noción de “sociedad de la información” aparece cuando se pone de relieve que es precisamente la cantidad y la calidad de la información, así como la forma en que ésta se distribuye, el rasgo más característico de nuestra sociedad. Y es precisamente Internet el medio que ha hecho posible que la mayoría de los contactos económicos, sociales y culturales, giren alrededor de la información y de sus redes de interconexión.

En la misma línea, la noción de *sociedad informacional* alude tanto al desarrollo y florecimiento de nuevas tecnologías de la información como a las transformaciones sociales derivadas de dicho desarrollo. Lo mismo sucede con la noción de *sociedad red*, o de *cibersociedad*, que califica a los usuarios de la red, por un lado o, en su acepción más amplia, es utilizada también para calificar la peculiar estructuración social actual, caracterizada por la interconexión múltiple y descentralizada de las diversas unidades o “nudos” que integran el sistema social. Sobre la utilización de estos términos pueden verse, entre otros: M. CASTELLS, *La ciudad informacional. Tecnologías de la información, reestructuración económica y proceso urbano-regional*, Alianza, Madrid, 1995; M. CASTELLS, en *La sociedad red. La*

No pretendemos desconocer que los operadores de la red pueden dotarse de estructuras orgánicas diversas. Existen, como hemos visto, asociaciones de proveedores de servicios u organizaciones de gobierno de la red que poseen una estructura orgánica determinada. Sin embargo, por su inmensidad, por su complejidad y por la relativa opacidad de este tipo de organizaciones resulta complejo identificar quién se autorregula y a quién va dirigida la autorregulación.

En la misma línea, puede mencionarse también la existencia de grupos de intereses o colectivos que se autorregulan sin estar integrados en ningún tipo de organización. Resulta claro, por ejemplo, que los grupos de individuos o empresas que, sin estar organizados, están en cierto modo unidos por una actividad común, como pueda ser la fabricación o distribución de un determinado producto o la prestación de un mismo servicio, también se autorregulan cuando celebran acuerdos o convenios para someterse voluntariamente a ciertas pautas de conducta. El origen social de estos grupos, en principio, no plantea problemas, como tampoco es controvertida su capacidad de autorregulación que dependerá, en gran medida, de su grado de institucionalización.

Otro tipo de estructuras difusas de autorregulación, que plantean problemas de mayor calado, son las formadas por los equipos de funcionarios que trabajan en el desarrollo de códigos éticos. Para empezar, es ciertamente discutible la adscripción de la autorregulación de funcionarios públicos en la órbita de la sociedad. Ello no obstante, la especialidad funcional de la actividad autorreguladora de estos grupos en relación con la que les corresponde en su calidad de profesionales de la administración y el desarrollo de esta actividad al margen de la organización en la que se integran, parecen aconsejar este planteamiento. Aún cuando pudiésemos demostrar el origen social de este tipo de autorregulación –que resultaría visible si, por ejemplo, quienes se autorregulasen fuesen solamente determinados funcionarios agrupados en asociaciones de carácter privado-, seguiría siendo cierto que la misma posee rasgos muy peculiares. La autorregulación en este ámbito no denota, según parece, un elevado grado de institucionalización de los

era de la información. Economía, sociedad y cultura, Alianza, Madrid, 1997; S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red...*, op. cit.; L. JOYANES AGUILAR, *Cibersociedad*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; y, del mismo autor, “Cibersociedad: La nueva sociedad de la información (Orígenes, evolución e implantación)”, *Sociedad y Utopía*, n.º 9, 1997, pp. 83 a 103.

profesionales de la Administración sino que, por el contrario, parece ser el instrumento a través del cual ésta pretende conseguirse.

Parece, en suma, que el grado de complejidad alcanzado por las estructuras de autorregulación, la difuminación de las fronteras entre Estado y sociedad, así como el largo camino que queda por recorrer en la determinación de lo que sea una función pública, una potestad pública o una manifestación de autoridad pública, impiden resolver muchas de las cuestiones que plantean tales estructuras.

2. Instrumentos de autorregulación.

Si las fronteras entre lo público y lo privado no están claras en las estructuras de autorregulación, tampoco éstas pueden ser trazadas nítidamente analizando los diversos instrumentos de autorregulación. Tales instrumentos se diseñan en claro paralelismo con otros de carácter público. Así, en cierto modo, la autorregulación normativa es una actividad paralela a la actividad reglamentaria de la Administración; la autorregulación declarativa se asemeja, en algunos casos, a la actividad autorizatoria y, en otros, a determinadas actividades certificantes y de fomento de la Administración; y la autorregulación resolutoria, esto es, la imposición de sanciones disciplinarias y las resoluciones arbitrales, poseen la misma textura que la potestad sancionadora y la actividad arbitral de la Administración.

Podría pensarse que el distinto origen, público o privado, de los unos y de los otros, comporta el sometimiento a un régimen radicalmente diverso. Sin embargo, como veremos con mayor detalle en el capítulo siguiente, mediante la regulación pública de la autorregulación se difuminan notablemente las diferencias que pudieran existir. También podría ocurrir que la concreta forma en la que se documentan las diversas manifestaciones de la autorregulación, o sus concretos contenidos, marcasen algunas diferencias. Sin embargo, y a pesar de que en algunos casos es así, documentos o contenidos que no son sino una manifestación de la formalización de la “lex artis”, de las “reglas técnicas” o de las “reglas éticas” de una actividad profesional, son utilizados también por la Administración, con el objeto de fomentar o de atribuir efectos vinculantes a la autorregulación.

A) *Instrumentos normativos de autorregulación.*

La *lex artis* y las “reglas técnicas” tienen por objeto la definición de los medios que permiten cumplir correctamente los fines perseguidos por una actividad profesional. Son normas procedimentales que describen cómo debe realizarse una concreta actividad. Prescriben una conducta que no implica, de forma directa, la persecución de un fin determinado. Ello no obstante, la vinculación de estas normas a unos conocimientos basados en relaciones de causalidad científicamente probadas comporta que la aplicación de los métodos en ellas descritos posibilitem, o faciliten cuanto menos, la consecución de un resultado, de modo que pueden ser también utilizadas instrumentalmente para alcanzarlo¹⁷⁶. La plasmación documental de una determinada “*lex artis*” o de concretas “reglas técnicas” se encuentra, normalmente, en normas técnicas, códigos y manuales de buenas prácticas, protocolos y procedimientos normalizados de trabajo.

Frente a este tipo de normas, las “reglas éticas” dicen relación con la definición de los valores asumidos como propios por una profesión, y con la descripción de las conductas o comportamientos que se consideran acordes o contrarios a dichos valores. Ello nos remite a la deontología profesional, a las normas deontológicas, que se plasman normalmente en códigos éticos y/o de buena conducta profesional.

a) Códigos éticos y/o de conducta.

Los códigos deontológicos –códigos éticos y/o de conducta- son documentos que recogen un conjunto más o menos amplio de criterios, normas y valores que formulan y asumen quienes llevan a cabo una actividad profesional. Pueden contener, simplemente, una enunciación de tales valores. En este caso, los profesionales o las empresas manifiestan su compromiso con un conjunto de principios aceptados con

¹⁷⁶ Retomando en este punto las reflexiones formuladas por L. MORELL OCAÑA, en “Deontología de los quehaceres sanitarios: Códigos de buenas prácticas y “*lex artis*””, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 184, 2000, pp. 95 a 108, podrían distinguirse las “reglas técnicas” de la “*lex artis*” por su respectiva vinculación a una ciencia exacta o a una ciencia inexacta, relacionándose las primeras con obligaciones de resultado y las segundas con obligaciones de hacer. Si bien en determinados supuestos esta distinción es perfectamente asumible, nos parece entrever que las fronteras se difuminan cuando se observa, por un lado, la influencia del desarrollo científico en todo tipo de profesiones y, por tanto, la elevación de la exactitud de sus predicciones; y, por el otro, los límites o las fronteras de conocimiento demostradas por algunas de las ciencias calificadas tradicionalmente como ciencias exactas.

carácter general. El catálogo de valores que se incluye en los códigos es de lo más variado. Así, tanto las empresas como los profesionales, como hemos visto, pueden comprometerse a la protección del medio ambiente, la protección de los trabajadores, la protección de la dignidad personal, o la protección, en definitiva, de aquellos bienes y colectivos que pueden resultar afectados por su actividad. Valores como la honorabilidad, la lealtad, la objetividad, la transparencia o el secreto profesional integran el catálogo de la mayoría de los códigos profesionales. El contenido de muchos de estos códigos no es sino una concreta forma de conexión entre la ética y el Derecho, en la medida en que se recogen en ellos principios y reglas jurídicas, incorporándose incluso, como sabemos, el respeto al principio de legalidad en algunos códigos. También a la inversa, el Derecho incorpora o utiliza conceptos o principios tales como la honorabilidad profesional¹⁷⁷. Esta incorporación puede ser entendida, de acuerdo con la argumentación sostenida en este trabajo, como una técnica de remisión a la autorregulación.

Los códigos pueden contener, no sólo una relación de valores, sino también una descripción de las conductas que se consideran acordes con dichos valores y de las conductas reprobables por ser contrarias a los mismos. Este contenido puede estar formulado de forma genérica, aunque se tiende, cada vez más, a su concreción. En esta línea, existen códigos que contienen una detallada relación de prácticamente todas las situaciones éticamente conflictivas en el ejercicio de una actividad profesional, aportando una marcada casuística.

Los mismos códigos pueden prever también una relación de sanciones por su incumplimiento o, por el contrario, algún mecanismo de certificación de su cumplimiento. En estos casos, en el mismo código o en otras normas relacionadas con él deben concretarse los sujetos encargados de realizar estas funciones.

Los códigos éticos que son fruto de la autorregulación son aprobados por sujetos privados, normalmente empresas y asociaciones de profesionales. Cuando quienes se autorregulan no están integrados en una organización formal, pueden adoptar estos

¹⁷⁷ Sobre la cada vez más habitual incorporación del término “honorabilidad” en la legislación, véase: L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades”, *RAP*, n.º 130, 1993, pp. 23 a 96.

códigos mediante la suscripción de convenios privados. En todos estos casos, puede afirmarse que los destinatarios de los códigos son aquellos mismos sujetos que han participado en su elaboración. Sin embargo, las organizaciones privadas también pueden incorporar voluntariamente códigos aprobados por terceros, normalmente por organizaciones privadas de carácter supranacional.

Según el contexto organizativo en el que se gestan y los mecanismos de control previstos para su cumplimiento, los códigos de conducta pueden tener un grado de vinculatoriedad variable. Pueden estar articulados como instrumentos indicativos, de mero asesoramiento de las conductas a seguir por los profesionales, manteniendo en todo caso su carácter voluntario, o pueden tener una textura normativa más acabada, siendo vinculantes para los miembros de una organización, a los que se les puede sancionar por su incumplimiento.

Sin embargo, no todos los códigos éticos y/o de conducta son fruto de la autorregulación. Poseen también idénticos fines y contenidos y, en ocasiones, idéntica denominación, algunas normas aprobadas por los poderes públicos, en el ejercicio de potestades normativas atribuidas por el ordenamiento. Es el caso de las leyes o reglamentos que regulan el estatuto de los profesionales de la Administración o de diversas organizaciones públicas y que, en la actualidad, en el derecho comparado, empiezan a aprobarse con la denominación de códigos éticos. También los estatutos de los profesionales integrados en una estructura colegial son aprobados mediante reglamento.

Queda abierta todavía, sin embargo, la cuestión acerca de la naturaleza de los códigos éticos aprobados por un concreto colegio profesional –que, por su contenido, no responden al haz de potestades que estas estructuras públicas tienen atribuidas- y de los códigos éticos adoptados con carácter voluntario en el seno de la Administración pública. Si, por el grado de participación alcanzado, puede demostrarse que quienes se autorregulan son los profesionales en cuanto institución, y no la organización formal que les sirve de cobertura –la Administración o la Corporación- parece que estaríamos ante un supuesto de autorregulación.

b) Normas técnicas.

Las normas técnicas, en sentido estricto, son reglas técnicas a aprobadas por un organismo de normalización. Se impone, en los últimos años, la distinción terminológica entre diversas reglas técnicas -reglamentaciones técnicas, normas técnicas, protocolos, o buenas prácticas- en función no de su contenido, sino del sujeto que las aprueba. En la medida en que los organismos de normalización son mayoritariamente, casi exclusivamente en la actualidad, sujetos privados, puede sostenerse que las normas técnicas son fruto de la autorregulación.

Según las definiciones manejadas por la legislación y por los propios organismos de normalización las normas técnicas son: especificaciones técnicas, reglas técnicas en definitiva; basadas en los resultados conjuntos de la ciencia, la tecnología y la experiencia; aprobadas, con la cooperación y el consenso de todas las partes interesadas, por un organismo de normalización. También se tienen en cuenta en su caracterización otros elementos, como son su carácter no obligatorio, la necesidad de que sean accesibles al público, y su vinculación al cumplimiento de objetivos generales, cifrados en “el beneficio óptimo de la comunidad”.

El catálogo de fines incluidos en las especificaciones técnicas que integran una norma técnica ha sufrido una notable ampliación. Por retomar sólo algunos de los ejemplos que ya hemos analizado, las normas técnicas regulan los procedimientos que debe seguir una empresa en la elaboración de un producto o las especificaciones que debe contener dicho producto (normas técnicas de producción); las indicaciones para gestionar una empresa con el objeto de minimizar los riesgos ambientales y los controles que deben realizarse para conseguir este fin (normas técnicas reguladoras de ecogestión y ecoauditoría); o, incluso, los requisitos necesarios para ejercer una profesión (normas técnicas de acreditación).

Aunque en el ámbito industrial el sentido del término se encuentra bastante acotado, también se conocen como normas técnicas, por ejemplo, las normas reguladoras de las auditorías de cuentas que no son, en ningún caso, aprobadas por organismos de normalización.

Por su vinculación al ordenamiento jurídico puede afirmarse que las normas técnicas no son normas jurídicas. No existe, con carácter general, una norma de reconocimiento que les atribuya dicho carácter. Son normas de carácter voluntario aprobadas por organismos que no tienen atribuida la *potestas normandi*. Sin embargo, en la actualidad, constituyen la referencia técnica de mayor credibilidad para garantizar la adecuación de los productos industriales a las condiciones de seguridad (normas técnicas de productos) o la adecuación de las instalaciones industriales a las condiciones de protección del medio ambiente (normas técnicas de ecogestión y ecoauditoría) exigidas por el ordenamiento. Esta referencia no es sólo tomada en consideración por los particulares, sino también por la Administración, que, por un lado, atribuye a la certificación privada del cumplimiento de las normas sobre productos una presunción de conformidad sobre el cumplimiento de los requisitos de seguridad fijados normativamente y, por el otro, otorga carácter vinculante a determinadas normas técnicas mediante su integración en reglamentos o leyes administrativas.

c) Códigos y Manuales de Buenas Prácticas.

Se entiende por Buenas Prácticas las que aplica un profesional responsable en el ejercicio de su actividad con el objeto de conseguir determinados fines. Así, las Buenas Prácticas Agrarias son las que aplica un agricultor responsable en su explotación para mejorar los resultados de la misma sin poner en peligro la salud de los consumidores finales de sus productos y sin perjudicar al medio ambiente. Las Buenas Prácticas Ambientales son aquellas que aplica cualquier empresa o profesional, en el ejercicio de su actividad, que tienden a disminuir los riesgos para el medio ambiente. Las Buenas Prácticas de Higiene son las que aplican los manipuladores de alimentos para evitar los posibles riesgos para la salud de los consumidores derivados de dicha manipulación. Las Buenas Prácticas de Laboratorio son las que aplican los científicos y técnicos, en la realización de ensayos, o en la toma de pruebas y mediciones, con el objeto de limitar los riesgos tanto para quienes realizan la actividad como para los destinatarios finales de la misma.

La plasmación documental de las Buenas Prácticas puede encontrarse en códigos aprobados por los propios profesionales, en documentos internos de trabajo o en manuales elaborados, con el objeto de facilitar su cumplimiento y su divulgación, por

instituciones públicas o privadas. Los manuales de Buenas Prácticas elaborados por instituciones públicas responden a una acción pública de fomento de la autorregulación. También se inscribe en esta acción de fomento la colaboración de la Administración en la elaboración de códigos de Buenas Prácticas que deben ser aprobados por un determinado sector profesional. La tendencia hacia la unificación de las Buenas Prácticas de un determinado sector se produce normalmente mediante la actividad de organizaciones privadas de profesionales, o mediante la simple transferencia informal de conocimientos.

La aplicación de las Buenas Prácticas es, en principio voluntaria, y depende del grado de profesionalización de una actividad o de la concienciación de quien ejerce dicha actividad con respecto a la protección de determinados bienes –Buenas Prácticas Ambientales-. Sin embargo, dicha aplicación puede también ser objeto de recomendaciones públicas –Buenas Prácticas de Higiene Alimentaria-; puede ser impuesta como condición para la obtención de determinadas subvenciones –Buenas Prácticas Agrarias-, o puede ser jurídicamente obligatoria, mediante la atribución de efectos vinculantes a la autorregulación –Buenas Prácticas de Laboratorio para estudios no clínicos- o mediante la incorporación de su contenido en un reglamento –Buenas Prácticas de Laboratorio para la realización en ensayos clínicos-.

En algunos sectores, el cumplimiento de las Buenas Prácticas implica que todos los concretos actos de aplicación de las mismas se encuentren debidamente documentados. Así, las Buenas Prácticas de Laboratorio establecen sólo las bases y los procedimientos generales para la realización de una actividad y una distribución general de las responsabilidades que competen a los diversos especialistas y técnicos que participan en la misma, e imponen la realización de determinados autocontroles sobre su cumplimiento, que deben encontrarse debidamente documentados. Ello nos remite a la existencia de Protocolos y Procedimientos Normalizados de trabajo.

d) Protocolos y Procedimientos Normalizados de Trabajo.

Los Protocolos y los Procedimientos Normalizados de Trabajo pueden estar presentes de forma habitual en el ejercicio de determinadas actividades profesionales, incluso en aquellos casos en los que las Buenas Prácticas no se encuentran detalladas

por escrito. En el seno de las instituciones hospitalarias, por ejemplo, existen protocolos que definen con detalle la actividad de todos los profesionales que en ellas trabajan. Así, pueden encontrarse protocolos que establecen los criterios a seguir en la admisión de pacientes, el establecimiento de prioridades en dicha admisión o, incluso, la documentación que debe ser presentada por aquellos para su admisión en el centro. Mayor relevancia poseen los protocolos que contienen las indicaciones a seguir por el personal hospitalario en el tratamiento de los pacientes, en el sometimiento de los mismos a determinadas terapias, en la dosificación de la medicación, en la realización de análisis clínicos o en las intervenciones quirúrgicas. En el ámbito de las profesiones sanitarias y de la investigación clínica también reciben esta denominación los documentos en los que se plasma el consentimiento de los pacientes o de los enfermos que someten a determinadas pruebas o intervenciones de cierto riesgo –protocolos de consentimiento informado-.

En ocasiones resulta difícil distinguir, por sus contenidos, los protocolos de los Procedimientos Normalizados de Trabajo. Estos últimos concretan cómo deben ser aplicadas las Buenas Prácticas en un centro o institución determinada, en función de los instrumentos, las técnicas y el personal disponible en dicho centro. Describen pues, para una concreta organización, cómo deben ser realizados, controlados, documentados, archivados e informados desde el primero hasta el último de los actos que tienen lugar en dicha organización, de acuerdo con las Buenas Prácticas. Los Protocolos, en cambio, suelen tener un contenido más concreto, refiriéndose solamente a algunos de dichos actos –un concreto ensayo de investigación o una determinada intervención quirúrgica, por ejemplo-.

Allí donde existen, estas reglas técnicas suelen ser aplicadas con toda normalidad, con base en la autoridad científica que se atribuye a quien las ha elaborado. Se consideran obligatorias aunque, desde un punto de vista jurídico, no se imponga dicha obligatoriedad. La utilización de protocolos y procedimientos normalizados de trabajo es, en principio, voluntaria, excepto en los supuestos en los que, o bien se establece jurídicamente la obligatoriedad de las Buenas Prácticas que los exigen –como es el caso de las Buenas Prácticas de Laboratorio-, o bien se impone su concreta existencia a través de una norma de carácter reglamentario –protocolos para centros que realizan transplantes de órganos o unidades de radioterapia, por ejemplo-.

Los reglamentos administrativos pueden contener también protocolos y guías de procedimiento que, normalmente, describen la actuación del personal al servicio de la Administración en caso de determinadas emergencias. Estos protocolos existen, asimismo, sin poseer cobertura jurídica alguna, como documentos de trabajo de determinados profesionales de la Administración. En ambos casos, los protocolos no son ya una manifestación de la autorregulación.

B) Instrumentos declarativos de autorregulación.

El cumplimiento de las reglas técnicas y/o de las reglas éticas que son fruto de la autorregulación puede ser certificado mediante los denominados instrumentos declarativos de autorregulación. La existencia de dicha certificación se inscribe en una tendencia, cada vez más extendida, caracterizada por la realización de controles de carácter preventivo por parte de quienes se autorregulan. Lo relevante de estas prácticas es que ofrecen una información, destinada a los profesionales, a las empresas y al público en general, que resulta de sumo interés también para los poderes públicos.

La comprobación del cumplimiento de una norma técnica y su posterior certificación constituyen una actividad reglada, claramente acotada por la concreción que caracteriza los contenidos de las reglas técnicas. Según cual sea su formulación, podría decirse lo mismo de la comprobación del cumplimiento de reglas éticas. Sin embargo, la certificación de conformidad a los códigos éticos, al incluir éstos valores y conceptos indeterminados, plantea mayores dudas sobre su carácter reglado. Aplicando, sin embargo, una arraigada distinción, propia y peculiar del Derecho Administrativo, entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, podría interpretarse que también los contenidos de los códigos éticos permiten reconducir cada uno de los aspectos por ellos regulados, en su aplicación a un caso en concreto, a un única solución. Con mayor razón ello debería ser así, teniendo en cuenta que quienes interpretan estas normas conocen -o deben conocer- el sentido concreto de los términos y los conceptos involucrados en ellas.

- a) Declaraciones de autorregulación o autocertificación de conformidad a normas.

El cumplimiento de algunos códigos de conducta, normalmente aquellos que vienen avalados por programas de etiquetado, puede ser certificado por las propias empresas que se adhieren a ellos, mediante la presentación de informes de resultados o la autocertificación de su cumplimiento por parte de los directivos, proveedores o filiales de las mismas. También la certificación de la conformidad de los productos industriales a normas técnicas puede ser realizada por la misma empresa de producción, mediante la denominada “autocertificación de conformidad a normas”.

En ambos casos la autocertificación es voluntaria, si bien posee efectos jurídicos de diversa trascendencia. La autocertificación de conformidad a normas, en los casos concretamente previstos por las Directivas de nuevo enfoque y de enfoque global, puede gozar de una presunción de conformidad de la adecuación de los productos industriales a las condiciones de seguridad fijadas en tales Directivas.

En algunos casos, los empresarios están jurídicamente obligados a certificar el cumplimiento, no ya de normas de carácter voluntario, sino de genuinas normas jurídicas. Ello ocurre en las denominadas “declaraciones de autorregulación” previstas en algunas normas autonómicas reguladoras de los medios de comunicación audiovisual. En estos casos se impone a los medios la obligación de presentar periódicamente una declaración de la conformidad de la programación emitida con determinados valores, reglas y principios, fijados con carácter general por la legislación. No se prevén, en este caso, los efectos jurídicos concretos de estas declaraciones.

La certificación del cumplimiento de la legalidad se impone también a los empresarios sometidos al régimen de comunicación de inicio de una actividad empresarial. Es el empresario quien debe comunicar a la Administración que tiene la intención de iniciar una determinada actividad y que ésta, tal como está planificada, cumple con todos los requisitos legal y reglamentariamente establecidos. En atención a los riesgos derivados de dicha actividad, puede ocurrir que, si la Administración no se opone explícitamente a ello, la simple comunicación, previo transcurso de un período de tiempo fijado normativamente, posea el efecto de habilitar el inicio de la actividad

empresarial. En el régimen de comunicación previsto en la Ley catalana 3/1998, de intervención integral de la Administración ambiental, para que tales efectos se produzcan es necesario que la comunicación vaya acompañada de la certificación de un experto que acredite que las instalaciones y la actividad cumplen los requisitos ambientales legalmente exigibles. De este modo, no se fía solamente la Administración de las autodeclaraciones de cumplimiento de la legislación, sino que se deposita esta confianza en los certificados técnicos emitidos por terceros.

b) Certificados técnicos emitidos por terceros.

En el ámbito empresarial y, más en concreto, en las empresas del sector industrial, los certificados técnicos emitidos por tercera parte parecen tener una enorme proyección. En especial, la certificación voluntaria de conformidad a normas técnicas permite a las empresas obtener una información relevante para conocer su grado de adecuación a la normativa y, al mismo tiempo, atribuye a la empresa o a sus productos un valor adicional que puede ser utilizado en su promoción hacia el exterior, esto es, hacia los destinatarios de su actividad –otros operadores de la cadena de distribución o consumidores y usuarios-. Además, la certificación por tercera parte sobre la adecuación de un producto industrial a normas técnicas goza, como hemos dicho ya en diversas ocasiones, de la presunción de conformidad de dicho producto a las condiciones de seguridad exigibles legalmente.

La certificación por tercera parte puede venir también exigida legal o reglamentariamente. Los supuestos más habituales en los que se exige esta certificación están relacionados con la comprobación del cumplimiento de las instalaciones industriales a determinadas condiciones técnicas de seguridad o de protección del medio ambiente. En estos casos, como ocurre con las previsiones del Reglamento EMAS con relación a la intervención de los verificadores ambientales, los expertos privados no sólo certifican la adecuación de las instalaciones a normas técnicas sino también su conformidad a la legalidad vigente. La verificación ambiental describe un supuesto en el que la certificación de este tipo de expertos se exige solamente si las empresas, voluntariamente, pretenden implantar un determinado sistema de calidad. Sin embargo, la certificación por tercera parte es también exigida, con carácter imperativo: en aquellos casos en los que las empresas deben controlar ellas mismas, con la ayuda de

expertos privados, los niveles de contaminación que producen –debiendo presentar periódicamente los certificados a la Administración-; o, en el periodo de puesta en marcha de una actividad empresarial, como medio de acreditación del cumplimiento de las condiciones impuestas en la licencia o autorización administrativa de apertura de una instalación.

Como puede observarse, la autorregulación declarativa se presenta con mayor frecuencia en el ámbito empresarial que en el ámbito de las profesiones, donde la valoración del cumplimiento de normas técnicas y de normas éticas se realiza normalmente “ex post”, mediante actuaciones de carácter represivo. Ello no obstante, los organismos de autodisciplina de una profesión pueden también emitir informes previos sobre la conformidad de una determinada actividad profesional a los códigos de conducta correspondientes. La acreditación de la competencia profesional, que puede afectar a profesionales individuales o, en el ámbito industrial, a determinadas organizaciones que realizan actividades muy concretas y especializadas, podría conceptuarse también como una manifestación de la autorregulación declarativa. En el primer caso, la acreditación posee los solos efectos de reconocimiento de un elevado grado de capacitación profesional, en el segundo se añaden a éstos los efectos habilitantes para el ejercicio de una concreta función.

c) Sellos, Etiquetas y Marcas.

Tanto la autocertificación como la certificación por tercera parte puede venir acompañada, según los casos, de la concesión de un sello, una etiqueta o una marca identificativa, que otorga un mayor grado de prestigio o reconocimiento en el mercado a la empresa o producto que la luce.

Los códigos éticos pueden venir acompañados, como hemos visto, de concretos programas de etiquetado. Piénsese, por ejemplo, en los logotipos de garantía que acompañan la certificación del cumplimiento de los códigos de conducta de los proveedores de servicios de Internet; en los sellos de confianza que otorga la Asociación Autocontrol de la Publicidad; en las etiquetas que acompañan los programas de filtrado de contenidos en los medios audiovisuales; o en las denominadas etiquetas sociales –las más conocidas de las cuáles son la *White Label* y la *Rugmark*-.

Habitualmente es la certificación de cumplimiento de normas técnicas aprobadas por organismos de normalización la que comporta la concesión de este tipo de signos distintivos. Por retomar sólo algunos de los ejemplos que ya han sido analizados en este trabajo, puede recordarse que la certificación de empresas por AENOR puede dar lugar a la concesión de la Marca “N”, de conformidad de productos a normas UNE de “calidad”; la Marca “S”, de conformidad de productos a las normas UNE de “seguridad”; o al distintivo AENOR-Medio Ambiente, de conformidad a normas UNE de “protección ambiental”. En el ámbito de la seguridad de los productos, la marca europea “CE” garantiza, mediante la autocertificación o la certificación por tercera parte, la conformidad a los requisitos de seguridad establecidos en las Directivas de “nuevo enfoque”.

La conformidad de un producto o de una empresa, no sólo a normas técnicas sino también a los requisitos exigidos por la legislación ambiental puede ser acreditada mediante el Sello EMAS, que es concedido por la Administración. También son los poderes públicos quienes, fijando determinadas reglas técnicas de cumplimiento voluntario, conceden distintivos de calidad como los que son propios de las Denominaciones de Origen, o como el Sello INCE o el *Ecolabel*. En estos casos, la concesión de tales signos distintivos se inscribe en la actividad de fomento de la Administración.

C) Instrumentos resolutivos de autorregulación.

En el seno de ordenamientos jurídicos privados, es habitual que el control de la ejecución de las reglas que integran tal ordenamiento sea ejercido por el mismo organismo o institución que las ha creado. El ejercicio de esta actividad de control, de tipo represivo, puede dar lugar a la imposición de sanciones (sanciones disciplinarias impuestas por organismos de autocontrol, asociaciones, o empresas). Podrían calificarse estos supuestos, junto con las resoluciones arbitrales, de “autorregulación resolutiva”.

a) Sanciones disciplinarias.

Las sanciones disciplinarias, con independencia de si son impuestas por un sujeto público o privado, poseen una textura –por no decir una fundamentación– distinta

a la de las sanciones administrativas¹⁷⁸. El ordenamiento jurídico reconoce la potestad disciplinaria a aquellos sujetos de quienes se presupone el conocimiento sobre las conductas correctas o incorrectas dentro de una organización. Tal conocimiento puede derivar de su propio interés en tal funcionamiento y, por tanto, posiblemente, provenir del hecho de que quien ejerce la potestad disciplinaria posee asimismo la facultad de elaborar –imponer incluso- dichas normas de conducta. A este esquema parecen responder tanto la potestad disciplinaria de la Administración con respecto a los funcionarios como la potestad disciplinaria empresarial¹⁷⁹. Dentro de una asociación, el órgano de gobierno que tiene atribuidas estatutariamente la función de sancionar a sus miembros por incumplimiento de sus estatutos o normas internas está dotado de potestades paralelas a las mencionadas¹⁸⁰.

La atribución legal –o, en su caso, estatutaria, derivada, a su vez, de las previsiones legales correspondientes- de la potestad disciplinaria es una concreta forma de regulación estatal. Para que pueda considerarse, de acuerdo con la terminología mantenida en este trabajo, que es ésta una forma de regulación pública de la autorregulación, deben darse, a nuestro entender, dos presupuestos. En primer lugar, que la potestad disciplinaria sea ejercida por un sujeto privado. En segundo lugar, que el ejercicio de dicha potestad se fundamente en normas de conducta voluntariamente aceptadas por quienes serán, en su caso, sancionados, por su incumplimiento. Ello implica que los destinatarios de las normas de conducta las conocen y las aceptan –y, en algunos casos, participan incluso en su proceso de elaboración-; y que aceptan también ser sancionados por su incumplimiento. Esta aceptación tiene lugar a través de un contrato –el contrato de trabajo-, o de un negocio jurídico –el contrato de asociación-. Se consideran, en suma, manifestaciones de la autorregulación resolutive las decisiones

¹⁷⁸ No vamos a entrar en este trabajo en el debate acerca de los fundamentos de la potestad sancionadora del Estado, en ninguna de sus concretas manifestaciones, ni tampoco en los fundamentos de la potestad sancionadora –o disciplinaria- de los sujetos privados –empresas u asociaciones-. Sobre estos temas, muy convertidos por lo demás, pueden verse, respectivamente y entre muchos otros: A. NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1994; M. F. FERNÁNDEZ, *El poder disciplinario de la empresa*, Civitas, Madrid, 1991; y P. SALVADOR CODERCH (Coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997.

¹⁷⁹ Esta equivalencia es defendida, con mayores fundamentos de los apuntados aquí, por J. PRATS CATALÀ, en *Régimen disciplinario laboral y funcional en las Administraciones públicas*, Papers ESADE n.º 133, 1995.

¹⁸⁰ Véase, en este sentido, P. SALVADOR CODERCH (Coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales...*, op. cit.

adoptadas por un sujeto privado sobre el cumplimiento o incumplimiento de instrumentos normativos de autorregulación.

En el ejercicio del poder disciplinario de los empresarios, o mediante la creación de órganos internos, las empresas pueden prever que la vulneración de los códigos de conducta adoptados por ellas lleve aparejada algún tipo de sanción. La gravedad de las sanciones es variable, y depende de cuáles sean los concretos destinatarios del código. La sanción más grave que puede preverse, en estos casos, es el despido de los empleados por inaplicación de las normas éticas adoptadas por la empresa.

Las sanciones impuestas por los organismos de autocontrol y de autodisciplina en el ámbito de la profesión periodística o de la publicidad, o por las asociaciones que operan en Internet, suelen adoptar la forma de simples recomendaciones, amonestaciones o reprobaciones, aunque también puede imponerse el cese de una concreta actividad por ser contraria a los códigos de conducta aprobados por estas organizaciones –cesación definitiva de una campaña publicitaria, por ejemplo-. La sanción más grave que puede imponer una asociación de este tipo es la expulsión, la pérdida de la consideración de miembro de la asociación de quien ha incumplido gravemente su código ético o sus normas internas. Su carácter no coercitivo no impide su repercusión, derivada de la publicación de las resoluciones impuestas por estos organismos. La divulgación de una conducta reprobable en el sector profesional afectado constituye un elemento de motivación del cumplimiento de los códigos de conducta.

A pesar de que, formalmente, los organismos de autodisciplina imponen solamente sanciones con base en los códigos de conducta aprobados o aceptados por ellos, debe recordarse que, en aplicación de dichos códigos y debido a la inclusión en los mismos del respeto al principio de legalidad, acaban también aplicando normas jurídicas.

Puede ocurrir –y este supuesto ya no podrá ser considerado como una manifestación de la autorregulación resolutoria, sino como una forma de regulación pública de la autorregulación-, que el control de la autorregulación normativa sea ejercida por una Administración. La imposición de genuinas sanciones administrativas

con base en documentos de autorregulación se produce en el marco de las funciones de la Comisión Nacional del Mercado de valores. Como hemos visto, esta Administración Independiente puede sancionar a las empresas que cotizan en bolsa por incumplir unos códigos, denominados “reglamentos internos de conducta”, que son aprobados, por imposición legal, por tales empresas. Si se acepta la dudosa consideración de los códigos de conducta aprobados por los colegios profesionales, sin expresa atribución legal, como instrumentos de autorregulación, también las sanciones disciplinarias de tales colegios responderían a este esquema.

El paralelismo existente entre las potestades sancionadoras –disciplinarias en puridad- atribuidas a los empresarios, a las asociaciones privadas de autocontrol, a los Colegios Profesionales y a las Administraciones Independientes, derivado de la especial relación existente entre quien impone la sanción y sobre quien ésta recae no es sino una muestra más, entre otras, de la dificultad de distinguir las fronteras entre la regulación y la autorregulación.

b) Resoluciones arbitrales.

Aunque en este trabajo se ha hecho mención solamente de algunas manifestaciones muy concretas del arbitraje –los arbitrajes virtuales y los arbitrajes institucionales realizados o bien por la asociación Autocontrol de la Publicidad o bien por las Juntas Arbitrales de Consumo-, el arbitraje, en general –a excepción de los arbitrajes administrativos-, es una manifestación de la autorregulación regulada.

El arbitraje consiste en la sumisión voluntaria de dos sujetos a la resolución de una controversia por parte de un tercero imparcial, excluyendo con ello el recurso a la vía judicial. Entre los elementos del arbitraje propios de la autorregulación pueden citarse los siguientes: en primer lugar, el carácter privado de los sujetos que se someten a arbitraje y el carácter privado de quien ejerce como árbitro; en segundo lugar, la existencia previa de un convenio en el que las partes deciden voluntariamente someterse a arbitraje; en tercer lugar, la posterior formalización de un contrato entre las partes y el árbitro. Finalmente, en cuarto y último lugar, el arbitraje se caracteriza por la preeminencia en él de la autonomía de la voluntad de las partes, que se manifiesta en la decisión de excluir la vía jurisdiccional; en la libertad de elección del árbitro; en la

autovinculación a lo decidido por el árbitro; y en la libre disposición, de las partes y del árbitro, respecto al desarrollo del procedimiento arbitral.

Como contrapunto, la imposición legal del requisito de imparcialidad a los árbitros, el respeto a ciertos principios constitucionales en el desarrollo del procedimiento arbitral y su terminación mediante un laudo arbitral, de derecho o de equidad, con efectos de cosa juzgada, son los elementos que definen esta institución como manifestación de la autorregulación regulada. En este sentido, cabe advertir que las resoluciones arbitrales pueden basarse en normas jurídicas o pueden depender del saber y entender de los árbitros. Cuando actúan como árbitros determinadas organizaciones, como ocurre en el caso de Autocontrol de la Publicidad, sus resoluciones se basan en los códigos de conducta adoptados por éstas. Ello nos sitúa ante los denominados arbitrajes institucionales, que facilitan el acceso al arbitraje y se caracterizan por garantizar un mayor grado de profesionalización de los árbitros. En estos casos, las partes no suelen designar directamente al árbitro, sino que designan una institución, que suele ser una asociación sin ánimo de lucro o una corporación de derecho público, para que gestione el arbitraje. Esto es, dicha institución debe poner a disposición de las partes un listado de personas que reúnan los requisitos para ser árbitro en una determinada controversia. Este aspecto añade a la calidad de árbitro un elemento que no está explícitamente previsto en la legislación de arbitraje: la especialización técnica y profesional. Dicha especialización debe ser predicable en un doble sentido: en relación con el objeto de la controversia y en relación con la función arbitral propiamente dicha.

Los arbitrajes institucionales, en una sociedad altamente autorregulada, son gestionados por organizaciones privadas, encargadas de la administración del arbitraje. Un exponente de ello puede encontrarse en la denominada “sociedad de la información”, en la que proliferan por doquier asociaciones privadas que ofrecen sus servicios en materia de arbitraje. Puede darse el caso, ello no obstante, de que la sociedad no organice arbitrajes institucionales. Cuando ello ocurre es, normalmente, la Administración pública quien asume esta función. Este fenómeno da lugar a la denominada “actividad arbitral de la Administración”, que puede ser calificada como una actividad de fomento de la autorregulación.

En el marco de dicha actividad la institución arbitral pierde buena parte de las notas que la caracterizan como un instrumento de autorregulación. Es más, ni siquiera todas las manifestaciones de la actividad arbitral de la Administración responden, en puridad, al arbitraje. Un ejemplo de ello nos lo ofrecen las estructuras públicas de control de la actividad periodística y de control de la publicidad existentes antes de la entrada en vigor de la Constitución española –el Jurado de Ética Profesional y el Jurado de Apelación, previstos para el control de la aplicación del estatuto de la profesión periodística, y el Jurado Central de Publicidad-. Tales estructuras, a pesar de caracterizar como arbitrales algunas de sus funciones se erigían en realidad como verdaderos tribunales de honor, puesto que el sometimiento a sus resoluciones no sólo excluía la vía judicial –rasgo propio de todo arbitraje- sino que era de carácter obligatorio –con lo cuál se elimina la característica distintiva y habilitante de la institución arbitral-.

Incluso en el caso de los verdaderos arbitrajes institucionales, es necesario, en primer lugar, establecer una distinción entre, por un lado, aquellos supuestos en los que la Administración se limitaría a gestionar el arbitraje y, por el otro, aquellos casos en los que se constituyen órganos administrativos que se erigen ellos mismos como árbitros en una determinada materia. A este segundo supuesto responden, entre otros, los arbitrajes de consumo, gestionados y resueltos por las Juntas Arbitrales de Consumo.

Junto a estos supuestos, parece que también es posible la actividad arbitral de la Administración en algunos casos en los que es la propia Administración quien, en sus controversias con los particulares, decide someterse a arbitraje. En concreto, se viene admitiendo el recurso a la técnica arbitral cuando la Administración actúa sometida al Derecho privado, sea en materia de contratación administrativa o de responsabilidad, contractual o extracontractual. En nuestra opinión, el arbitraje que tiene por objeto la resolución de un conflicto entre un particular y la Administración, no es ya un supuesto de autorregulación. Se trata más bien de un supuesto en el que la Administración busca, en instituciones propias del Derecho privado como el arbitraje, flexibilizar el régimen de resolución de conflictos que le es propio. Esta utilización instrumental del derecho privado por parte de la Administración sólo parece posible cuando ésta puede utilizar también el derecho privado en la relación jurídica que se encuentra en la base del conflicto. Es, por tanto, discutible, el recurso al arbitraje cuando la Administración actúa

en un ámbito en el que debe someterse al ordenamiento administrativo, aún en aquellos casos en los que dicho ordenamiento concede a la Administración cierta discrecionalidad. Quizás cabría excepcionar solamente esta regla si la discrecionalidad de la Administración fuese estrictamente técnica. En estas materias, e incluso en el marco de una actividad reglada de carácter técnico, si el árbitro o la institución arbitral goza de un grado de especialización superior al que posee la propia Administración competente, podría plantearse el arbitraje como un recurso a la resolución de controversias en materia administrativa.

Considerar estas manifestaciones como un traslado ilegítimo de funciones públicas a particulares o como un supuesto de autorregulación regulada dependerá, en su caso, de los concretos elementos que acompañen su articulación jurídica y su implementación real¹⁸¹.

D) Figuras afines.

Junto con la autorregulación normativa, declarativa y resolutive, podemos hallar también otras manifestaciones semejantes. Las similitudes provienen del origen social, de la voluntariedad que se predica de una determinada actividad social y/o de la vinculación de ésta a fines públicos. También se asemejan estas manifestaciones a la autorregulación regulada por la actitud que frente a ellas adoptan los poderes públicos. Se trata, en puridad, de manifestaciones de la autogobernación social, de la capacidad de la sociedad para facilitar la gobernanza. Son ejemplos, pues, que se inscriben en la misma tendencia que la autorregulación regulada pero que difieren de ella por alguno de los tres motivos siguientes: no poseen relevancia pública; no tienden a sustituir la actividad de regulación de policía, sino que están conectadas con la actividad prestacional del Estado; se inscriben en la existencia de nuevas formas de regulación del Estado distintas de la autorregulación regulada.

¹⁸¹ Esta línea discursiva se encuentra más detallada en: M. DARNACULLETA GARDELLA, “Arbitraje y derecho procesal: Experiencias de Derecho comparado”, Ponencia presentada en el marco

a) La autoorganización y la autogestión.

La autoorganización es la capacidad autorregulativa mínima que se atribuye a toda organización a la que se le reconoce autonomía, pública o privada. Esta actividad tiene por objeto dotar a la institución de la estructura organizativa y procedimental necesaria para su funcionamiento, en aquellos aspectos no previstos por la norma que sirve de marco a su creación. Así pues, es evidente que la autoorganización es autorregulación. Sin embargo, se trata de una manifestación autorregulativa que, por definición, no tiene efectos más allá del núcleo esencial del subsistema social en el que se genera. Por este motivo, y puesto que interesa solamente la autorregulación que es tomada en consideración por los poderes públicos, la simple actividad organizativa queda fuera de nuestro objeto de estudio.

También se excluye la autorregulación que se identifica con la gestión privada de actividades y servicios de interés general, relacionados con la actividad prestacional del Estado; y ello por diversos motivos. En primer lugar porque, en muchos casos, la autogestión solamente es autorregulación en el sentido organizativo. La consideración pública de esta realidad deriva del alivio y la descarga que supone para el Estado comprobar que no está sólo, frente al mercado, en la prestación de servicios públicos. En segundo lugar, a diferencia de lo que sucede con las manifestaciones de la autorregulación de las que se viene dando noticia, en las que la sociedad incide en funciones monopolizadas desde siempre por el Estado, la autogestión y la autoayuda no afectan al núcleo de poder estatal. Por el contrario, estas manifestaciones constituyen un supuesto de devolución a la sociedad de funciones que se habían desarrollado siempre en su seno y de las que se apropió, en su momento de apogeo, el Estado social. En tercer lugar -y este es quizás el argumento de mayor peso-, al analizar las relaciones entre la regulación estatal y la autorregulación social es necesario no mezclar realidades distintas y trasladar las técnicas que explican la colaboración privada en la gestión de servicios públicos, con las que deben servir para explicar dicha colaboración en el ámbito de las funciones de reglamentación, inspección, sanción y control.

del Seminario sobre arbitraje administrativo organizado por el “Institut d’Estudis Autònomic” y el “Gabinet Jurídic de la Generalitat de Catalunya”, actualmente en prensa.

Las realidades que la doctrina califica de autorregulación, pero que se explican por la tradicional noción de colaboración Estado-sociedad en la prestación de servicios públicos son las dos siguientes: el denominado sistema dual de gestión de residuos y las asociaciones voluntarias de carácter social.

El sistema dual de gestión de residuos deriva del establecimiento, en una norma jurídica, de la posibilidad de opción entre el cumplimiento de determinadas obligaciones de derecho público o la asunción voluntaria de la gestión privada de determinados residuos. El protagonismo de los agentes sociales en la creación de las organizaciones encargadas de gestionar tales residuos, su carácter voluntario, su relación con el cumplimiento de fines públicos, y la regulación contextual de estos sistemas contenida en las normas que prevén su existencia, parecen indicar que deberíamos prestarles especial atención. Sin embargo, los mismos vienen a sustituir una actividad prestacional del Estado, tan arraigada como se quiera, pero prestacional en todo caso. No inciden, en principio, en el haz de potestades que tradicionalmente se han considerado exclusivas de los poderes públicos y por ello, también en principio, las relaciones de estas estructuras privadas con las administraciones públicas podrán explicarse mediante las tradicionales formas de colaboración privada en la gestión de servicios públicos¹⁸².

El fenómeno de la colaboración, incluye, no sólo la concesión administrativa clásica, como técnica de prestación indirecta de servicios públicos, sino también las relaciones de los poderes públicos con aquellas organizaciones privadas que realizan actividades de utilidad pública o que satisfacen determinadas necesidades sociales¹⁸³.

¹⁸² Venimos matizando las afirmaciones sostenidas en el texto principal porque no es del todo claro que las entidades privadas que forman parte de un sistema integrado de gestión de residuos no incidan en potestades públicas, cuando, por ejemplo, intervienen activamente en la elaboración de los planes autonómicos de eliminación de residuos. Por otro lado, las relaciones entre las Administraciones locales y estas estructuras privadas, en el caso español, no se articulan a través de las modalidades contractuales previstas en la Ley 13/1995, de 13 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, sino mediante convenios de colaboración que, en virtud del artículo 3.1.d) de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases, pueden resultar excluidos de la misma.

¹⁸³ La primera teorización doctrinal sobre la noción de colaboración de los particulares en el ejercicio de “funciones administrativas” se debe a Génny [B. GÉNNY, *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, Recueil Sirey, París, 1930]. A pesar de la confusión que puede inducir la referencia a las “funciones administrativas”, Génny restringe la noción de colaboración a la actuación de los particulares vinculada a la prestación de servicios públicos o servicios sociales, excluyendo su eventual colaboración en aquellas parcelas de actividad administrativa configuradas como “servicios de poder público”, “servicios de *puissance publique*” o “servicios de soberanía”.

En concreto, la figura de los convenios de colaboración y, con carácter general, la técnica de fomento, dan razón de las relaciones de los poderes públicos con aquella colaboración privada, de carácter material, técnico o prestacional, no vinculada sin embargo a la noción estricta de servicio público¹⁸⁴. Este tipo de colaboración, progresivamente, está ganando terreno, tanto en el ámbito de las actividades de interés público o de las prestaciones sociales no asumidas por el Estado ni por las empresas, como en el ámbito de la prestación de los servicios públicos de carácter social, donde las asociaciones de carácter voluntario conviven con la Administración o sus concesionarios, realizando una actividad paralela a la ejercida por éstos¹⁸⁵.

La autorregulación de estas organizaciones es bien visible en varios aspectos. La autoorganización es un dato previo y consustancial a su existencia. Pero el tercer sector también se autorregula cuando se autodefine y se autolimita, a través de la aprobación de códigos de conducta, o cuando construye redes de relación entre diversas organizaciones de fines similares¹⁸⁶. Qué duda cabe de que esta autorregulación es

Entre las manifestaciones de la colaboración analizadas por Gény encontramos supuestos que hoy tienen su encuadre bien en la denominada “administración indirecta del Estado”, relacionada con la “descentralización funcional de servicios públicos”, bien en la categoría de la “autoadministración”. Pero también se incluyen, por un lado, las técnicas de gestión indirecta de servicios públicos y, por el otro, la explotación económica por parte de particulares de actividades industriales de utilidad pública y la colaboración de instituciones u organizaciones privadas en la satisfacción de necesidades sociales. De hecho, las principales reflexiones doctrinales sobre la colaboración de los particulares con la Administración pública se desarrollan en torno a la gestión de los servicios públicos y, por ello, se centran especialmente en la técnica de la concesión. Pueden citarse, entre otros estudios: M. HAURIUO, *La gestión administrativa*, 1900, consultada en *Obra Escogida*, [traducción a cargo de J. A. Santamaría Pastor y S. Muñoz Machado], IEAL, Madrid, 1976, pp. 125 y ss.; G. RENARD, “La collaboration des administrés”, *Revue Générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence*, 1930, pp. 280 y ss.; G. JÈZE, *Principes Généraux du droit Administratif*, t. III, Marcel Giard, París, 1934, pp. 154 y ss.; y A. LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, Libraire Generale de Droit, París, 1953, pp. 46 y ss. Entre la doctrina española: J. L. VILLAR PALASÍ, “Concesión administrativa”, *Enciclopedia Jurídica F. Seix Editor*, t. IV, Barcelona, 1958, pp. 684 a 770.

¹⁸⁴ Sobre esta forma de colaboración pueden verse, entre otras, las aportaciones doctrinales de: M. BASSOLS COMA, “Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público”, *RAP*, n.º82, 1977, pp. 61 y ss.; y J. L. VILLAR PALASÍ, “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, *RAP*, n.º 3, 1950, pp. 53 a 129.

¹⁸⁵ Véase al respecto la obra dirigida por S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO, y L. GONZÁLEZ SEARA, *Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sociedad en España*, Civitas, Madrid, 1997, en especial, el capítulo IX de la misma, dedicado a los servicios sociales. Desde una perspectiva más amplia, y después de un análisis de las diversas manifestaciones asociativas existentes en Francia, J. M. GARRIGOU-LAGRANGE, *Asociaciones y poderes públicos*, op. cit., señala que el Estado reconoce la colaboración de las asociaciones en el cumplimiento de finalidades de interés público tanto en sectores donde no existen instituciones públicas paralelas como en aquellos donde la Administración o sus concesionarios vienen prestando servicios públicos.

¹⁸⁶ Son sumamente interesantes, en este sentido, el “Código de Conducta de las Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo” y el “Código de conducta relativo al socorro en casos de desastre para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las organizaciones no

relevante para los poderes públicos y de que la existencia de estas organizaciones está muy presente en las políticas estatales, especialmente en el ámbito de los servicios sociales¹⁸⁷.

A pesar de ello, este fenómeno, al servir de apoyo a las estructuras prestacionales del Estado, se mueve en un plano de relaciones con éste muy distinto al que es propio de aquella autorregulación social con incidencia directa en potestades públicas. Existen, naturalmente, algunas coincidencias. Es obvio que el tercer sector es una manifestación autorregulativa fomentada por los poderes públicos. El Estado también regula el contexto de esta autorregulación, publicando el régimen jurídico de las organizaciones privadas creadas con el fin exclusivo de satisfacer fines de interés general¹⁸⁸. Sin embargo, por un lado, es obvio que muchas de las funciones que cumplen estas organizaciones desbordan aquellas que son propias del Estado. Y, por el otro, también se advierte que las relaciones entre unas y otros se explican mejor desde las perspectivas clásicas de la colaboración, más o menos formalizada, o desde las técnicas de gestión de servicios públicos, que desde la noción de regulación pública de la autorregulación.

b) Los denominados “convenios de autorregulación”.

El interés que posee la autorregulación para los poderes públicos desencadena por su parte una serie de actuaciones encaminadas a vehicular la actividad

gubernamentales (ONG)”. He accedido a estos textos, respectivamente, a través de las siguientes páginas web: <http://www.mpd.org/informes/codigo-conducta-ong-espana.htm>, <http://www.icrc.org/icrcspa.nsf/22>. Puede encontrarse también más información sobre el segundo de los códigos citados en, P. NAVAJO GÓMEZ, “La ayuda humanitaria en el movimiento internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”, *Boletín de Estudios Económicos*, n.º 153, 1999, pp. 525 a 548.

¹⁸⁷ Según indica M. VAQUER CABALLERÍA, en “Las relaciones entre Administración Pública y Tercer Sector, a propósito de la asistencia social en Italia”, *RAP*, n.º 152, 2000, p. 310: “La incorporación de organizaciones del llamado “tercer sector” a la gestión de servicios públicos sociales mediante convenio se ha convertido, pues, en un fenómeno habitual, que incluso supera a la gestión con los medios propios de los poderes públicos en algunos casos”.

¹⁸⁸ Como advierte M. VAQUER CABALLERÍA, en “Las relaciones entre Administración Pública y Tercer Sector...”, op. cit., la publicación del régimen jurídico de estas organizaciones es también un dato a tener en cuenta en su caracterización como un *tertium genus*, “con elementos originarios del sector privado y otros adquiridos del sector público”. En este sentido, se advierte en la actualidad una intensa actividad estatal tendente a la regulación y publicación del régimen jurídico de las organizaciones de voluntariado, las cooperativas sociales, las mutualidades, las asociaciones de utilidad pública y las fundaciones, con el objeto de integrar de algún modo estas nuevas realidades. Puede consultarse al respecto el número monográfico, dedicado al “tercer sector”, de la revista *DS* (n.º103, 1996), y la bibliografía allí citada.

autorregulativa de los particulares hacia el cumplimiento efectivo de los fines de interés general propuestos en cada caso o, simplemente, a recoger los frutos de tal actividad. En términos generales, estas actuaciones nos remiten a la regulación pública de la autorregulación. Sin embargo, nos parece advertir una cierta promiscuidad en la utilización del lenguaje, que lleva a confundir con la autorregulación regulada una variada gama de relaciones entre la Administración y determinados grupos de sujetos privados. Nos referimos, en concreto, a los denominados “convenios o pactos de autorregulación” que, a su vez, se confunden con la actividad informal de la administración y con la actividad convencional de ésta.

Puede calificarse, en sentido estricto, de pacto de autorregulación aquel tipo de acuerdo que tiene por finalidad la aprobación o la sumisión voluntaria de determinados sujetos privados a un código de conducta¹⁸⁹. También responden a esta denominación los acuerdos de fijación de precios celebrados entre los operadores del mercado, que, en concreto, son un ejemplo de la autorregulación de mercado vetado por la normativa sobre defensa de la competencia¹⁹⁰.

Cuando una de las partes del convenio es una Administración pública nos situamos, sin embargo, en un plano distinto de reflexión. Para empezar, este tipo de convenios se inscribe, en todo caso, en el marco de la instrumentalización o regulación pública de la autorregulación. Lo que se pretende con ellos es que un determinado sector, sin perjuicio de las competencias de los poderes públicos en relación al mismo, alcance determinados fines de interés público mediante la autorregulación.

El pacto que firmaron, en marzo de 1993, el Ministerio de Educación y Ciencia (en la actualidad Ministerio de Educación y Cultura), las Consejerías de Educación de las Comunidades Autónomas y las cadenas de televisión españolas, se inscribe en esta línea. En dicho pacto se acordaron una serie de principios respecto a los valores humanísticos, formativos y educativos de la televisión y se instaba a las cadenas de

¹⁸⁹ Por citar un ejemplo del que ya hemos hablado, podemos acudir de nuevo al acuerdo celebrado por la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE) para el establecimiento de un Código de Autorregulación Publicitaria.

¹⁹⁰ Así se desprende, como hemos comentado con anterioridad, de las Sentencias de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9801 y RJ 1996/9802); de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9803); de 20 de enero de 1997 (RJ 1997/535) y de 22 de octubre de 1997 (RJ 1997/7542).

televisión a que aprobasen un código de conducta relativo a la protección de la infancia y la juventud, en relación principalmente con la violencia, la discriminación, el consumo de sustancias perjudiciales, el sexo y el lenguaje¹⁹¹.

En una situación intermedia, entre los pactos celebrados estrictamente entre privados y los convenios de fomento de la autorregulación, cabría situar al “Convenio de autorregulación de la publicidad en la radio”, celebrado entre el Consejo del Audiovisual de Cataluña (CAC), el Gremio de Publicidad de Cataluña, el Colegio de Publicidad de Cataluña, el Consorcio de Comunicación Local, la Federación de Entidades y Organismos de Radio Local de Cataluña, la Asociación Catalana de Radiodifusión Privada y determinadas empresas concesionarias de ràdio¹⁹².

Más problemáticos son aquellos casos en los que los pactos celebrados entre poderes públicos y particulares comportan una negociación previa sobre la determinación de los intereses generales.

El Pacto de Armonización que propone al Ministerio de Sanidad y Consumo -en el que debería participar también Farmaindustria y los Colegios profesionales afectados- la Asociación de Empresarios de Farmacia de Madrid, con el objeto de limitar el crecimiento del gasto farmacéutico, es un ejemplo de ello¹⁹³.

Sin embargo, este ejemplo, tomado al azar, es quizás menos importante que el que se deriva de la política de la Unión Europea en materia de energía, a través de la cual se fomenta la adopción de compromisos voluntarios por parte de diversos sectores industriales, como alternativa al establecimiento de niveles mínimos obligatorios¹⁹⁴.

¹⁹¹ Este convenio, así como la información aportada por los participantes en su seguimiento, se encuentra en la página web: <http://www.pntic.mec.es/tele/convenio/convenio.htm>

¹⁹² El contenido de este acuerdo puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <http://www.gencat.es/cac/convenis/radio.htm>

¹⁹³ Los perfiles de este pacto, calificado, indistintamente, como “pacto de autorregulación” y “pacto de Estado” se detallan en la página web: <http://www.ceofa.es/gasto/documento/6.htm>

¹⁹⁴ Véase, en este sentido, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, por la que se propone un Plan de acción para mejorar la eficacia energética en la Comunidad Europea, de 26 de abril de 2000 (COM 2000 247 final) y la Decisión n.º 647/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2000, por la que se aprueba un programa plurianual de fomento de la eficiencia energética (SAVE) (1998-2002) (Diario Oficial n.º L 079 de 30/03/2000), en la que se prevé la financiación de actividades y medidas en materia energética, como, por ejemplo, “acuerdos voluntarios, dirigidos a introducir, aplicar y complementar las medidas comunitarias para mejorar la eficiencia energética”.

Esta forma de regulación indirecta, muy habitual Estados Unidos, por ejemplo, presenta un claro paralelismo con lo que, en la terminología anglosajona, se conoce como *enforced self-regulation* o “autorregulación forzada u obligatoria”¹⁹⁵.

La autorregulación regulada se confunde también con la actividad administrativa negocial de las Administraciones públicas, cuando se quiere dar cobertura legal a la negociación entre Administración y particulares en materia de protección del medio ambiente. Surgen así los denominados “acuerdos ambientales” o convenios de autorregulación ambiental¹⁹⁶. El derecho positivo recoge estas figuras con la denominación de “acuerdos voluntarios” o “pactos ambientales”. Pueden citarse como ejemplo el artículo 4 de Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la administración ambiental¹⁹⁷; y los artículos 2 y 25 de Ley gallega 1/1995, de 2 de enero, de protección del medio ambiente¹⁹⁸.

¹⁹⁵ En tales casos es fundamentalmente la industria o sector quien formula e impone la regulación bajo la amenaza de que su inactividad se sustituirá por la acción legislativa de los poderes públicos. Sobre ello véase el capítulo cuarto de la monografía de I. AYERS, y J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1992. La traslación de esta forma de relación entre los poderes públicos y la sociedad a nuestro entorno jurídico plantea serias dudas, aunque parece que éste va a ser el camino a recorrer en los próximos años

¹⁹⁶ Véase W. HOFFMANN-RIEM, “La reforma del Derecho administrativo. Primeras experiencias: el ejemplo del Derecho ambiental”, *DA*, n.º 234, 1993, pp. 19 a 84; M. KLOEPPFER, “En torno a las nuevas formas de actuación mediambientales del Estado”, *DA*, n.º 235-236, pp. 33 y ss.; y D. SANZ PÉREZ, “Algunas notas sobre los acuerdos ambientales como instrumentos de gestión ambiental”, *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, diciembre 1999, pp. 1 y ss.

¹⁹⁷ Según este precepto: “Acuerdo voluntario es el acuerdo suscrito entre la Administración ambiental competente y una empresa o los representantes de un sector industrial determinado según el cual ambas partes se vinculan voluntariamente para el cumplimiento de unos objetivos cuantificados de calidad ambiental”. Cabe advertir que no se fijan las materias, ni el contenido, ni los límites de este tipo de acuerdos.

¹⁹⁸ De acuerdo con el artículo 2.j) de esta Ley, la Administración fomentará la adopción de un “pacto ambiental, como actuación encaminada a obtener acuerdos, tanto en el establecimiento de medidas preventivas y correctoras como, sobre todo, en situaciones con planteamientos ambientales conflictivos que afecten a sectores sociales y económicos, en las que, mediante una estrategia adecuada, se consiga la compatibilización de las medidas correctoras con la viabilidad de las empresas a través de innovaciones tecnológicas en los procesos de fabricación y en los sistemas de eliminación de agentes contaminantes, teniendo presente que la Administración no podrá aceptar la pervivencia de situaciones que produzcan agresiones o deterioro grave del ambiente”. Dicho “pacto ambiental” viene regulado en el artículo 25 de la Ley en los siguientes términos: 1. “La acción administrativa en esta materia estará orientada a la consecución de un pacto ambiental para las situaciones más conflictivas, así como para acometer aquellas que puedan mejorar la imagen pública de las empresas a través de los instrumentos de participación dispositiva de las mismas y de los ciudadanos en la defensa del medio, pudiendo extenderse a estrategias y acciones de carácter local o comarcal”. 2. “Este pacto ambiental, que se planteará con los sectores sociales implicados, constará de los siguientes contenidos mínimos: objetivos que pretenden conseguirse, inconvenientes de las medidas propuestas, compensación, medidas que se van a adoptar y plazo para realizarlas.” 3. “En aplicación del pacto ambiental, se establecerá un sistema de cogestión y ecoauditoría que permita la participación voluntaria de las empresas que desarrollen actividades industriales para la evaluación y mejora de los resultados de sus actividades industriales en relación con el medio ambiente y la facilitación de la correspondiente información al público”.

La negociación entre la Administración y los particulares sobre la concreción de un fin público puede tener lugar, de un modo informal, al margen de los cauces previstos por el ordenamiento jurídico¹⁹⁹. Lo mismo cabe decir de la denominada actividad convencional de la Administración, que permite condicionar el ejercicio de determinadas potestades administrativas al contenido de los acuerdos adoptados entre la Administración y los destinatarios de tales potestades. Según la regulación prevista en nuestro ordenamiento, la Administración puede celebrar pactos, acuerdos o convenios en el seno de un procedimiento administrativo. Dichos convenios pueden poner fin a un procedimiento administrativo –terminación convencional del procedimiento-; pueden condicionar el contenido de la resolución administrativa final –terminación mediante un acto administrativo que recoja lo acordado entre la Administración y las partes-; o pueden no tener ningún efecto vinculante para la Administración, pudiendo esta decidir libremente utilizando a su propia responsabilidad la información recabada mediante la negociación con los particulares²⁰⁰.

En todos estos casos estamos ante nuevas modalidades de regulación que no responden, a nuestro entender, a la autorregulación regulada. La autorregulación regulada se manifiesta cuando una actividad privada, de contenido normativo, declarativo o resolutorio, es tomada en consideración por la Administración y, debido a ello, es objeto de una gradual publicación. La utilización de técnicas convencionales por parte de la Administración remite, por el contrario, a una actividad administrativa que comporta la utilización de instrumentos propios del derecho privado.

La utilización de unos mismos términos para aludir, indistintamente, a una actividad privada y a una actividad pública proviene, sin duda, de la notable extensión que ha sufrido la noción de regulación en los últimos años. No solamente se ha

¹⁹⁹ Sobre este aspecto puede consultarse H. SCHULZE-FIELITZ, “Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie”, *DVBl*, Heft 12, 1994, pp. 657 a 667; J. SALAS, “El régimen de acción concertada”, *RAP*, n.º 56, 1968, pp. 435 y ss.; así como las diversas aportaciones al número 235-236 de la revista *Documentación Administrativa* y, en particular: G. LÜBBE-WOLFF, “El principio de cooperación en el Derecho medioambiental. ¿Principio jurídico o encubrimiento del déficit de ejecución?”, *DA*, n.º 235-236, 1993, pp. 405 a 428; M. SCHULE, “Actuación administrativa informal como instrumento de protección estatal del medio ambiente y de la salud”, *DA*, n.º 235-236, 1993, pp. 113 y ss.; y H. SCHULZE-FIELITZ, “¿Informalidad o ilegalidad de la actuación administrativa?”, *DA*, n.º 235-236, 1993, pp. 89 y ss.

²⁰⁰ La introducción de fórmulas convencionales en el seno del procedimiento administrativo y en su terminación, ha sido estudiada entre nosotros por F. DELGADO PIQUERAS, *La terminación*

ampliado notablemente la utilización de este término sino que, además, se han introducido técnicas de regulación desconocidas, que responden a similares razones y, en concreto, a la necesidad de mejorar la capacidad de gobierno del Estado frente a la sociedad. La extensión de la noción de regulación y las peculiaridades que, frente a ellas, presenta la regulación pública de la autorregulación son objeto de análisis en el capítulo siguiente.

convencional del procedimiento, Aranzadi, Pamplona, 1995; y A. DE PALMA TESO, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

CAPÍTULO V.- LA REGULACIÓN PÚBLICA DE LA AUTORREGULACIÓN.

I. CONCEPTO E INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN.

Los temas que vamos a tratar en este capítulo inciden, directamente, en el núcleo duro del Derecho Administrativo, en la correcta comprensión de esta disciplina y de sus límites. Para articular adecuadamente sus contenidos, debería desentrañarse primero el significado de nociones tan resbaladizas como la de función pública, poder público, o autoridad¹. El propio concepto de regulación, en el que nos vamos a concentrar con más detalle, escapa de cualquier intento de reconducción a unos límites concretos. Debido a ello, nos limitaremos a recoger sólo algunas de las líneas generales de la evolución del Derecho Administrativo, con el objeto de enmarcar la regulación pública de la autorregulación dentro de las coordenadas generales de esta disciplina.

Debemos advertir también que las realidades que vamos a analizar no se presentan de forma pura en ningún momento histórico. Utilizamos, de forma convencional, por ejemplo, los términos “Estado liberal” y “Estado social”, para ubicar en ellos unos fenómenos cuyo completo desarrollo llega hasta nuestros días. Las

¹ Aunque somos conscientes de que estos temas requieren un tratamiento mucho más detallado, nos parece que la noción de función pública debería ser limitada al contenido que se atribuye a la noción de “función estatal” o de “función soberana”, a las que se refieren, respectivamente U. DI FABIO, en “Privatisierung und Staatsvorbehalt. Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe”, *Juristen Zeitung*, Junio 1999, pp. 585 y ss.; y M. J. MONTORO CHINER, en *La Funció Pública en el federalisme alemany*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1986, pp. 28 y ss. Di Fabio establece, así, una distinción entre las nociones de “función pública” -esto es, una actividad de interés público que puede ser asumida, indistintamente, por el Estado o por la sociedad-, y “función estatal” -es decir, “una función pública cuyo ejercicio está reservado constitucionalmente al Estado”-. Estas funciones públicas reservadas al Estado remiten, a su vez, a las “funciones soberanas” que, como señala la profesora M. J. Montoro, en el ordenamiento alemán deben ser ejercidas necesariamente por funcionarios públicos.

La noción de poder público, de acuerdo con el concepto de “poder” acuñado por R. F. ENTELMAN, *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 117 y ss. haría referencia a los recursos de los que dispone el Estado para procurar sus objetivos. Probablemente, entre tales recursos, deberían distinguirse asimismo entre aquellos de los que sólo el Estado puede disponer -y que implican coacción jurídica- y aquellos otros que pueden ser utilizados por los poderes públicos, pero también por sujetos privados -otorgamiento de premios, recompensas u ofertas, poder de convicción, poder de persuasión, autoridad técnica o moral, entre otros-.

Sobre la noción de autoridad, cabría distinguir asimismo entre la autoridad material -basada en el dominio de ciertos conocimientos expertos o en el reconocimiento de cierto prestigio, predicado tanto de sujetos públicos como privados-, y la autoridad en sentido jurídico -reconocida por Ley y cuyo ejercicio comporta la atribución de efectos públicos-. Esta distinción ha sido claramente establecida en la tesis doctoral inédita de D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, 2001, que puede resultar de gran utilidad para esclarecer las nociones que maneja habitualmente la doctrina iuspublicista.

instituciones jurídicas y las formas de regulación de las que vamos a hablar evolucionan constantemente y se superponen, las unas a las otras, al paso de las transformaciones del tejido social, de las relaciones entre Estado y sociedad y de las necesidades de intervención pública, cuya mutabilidad es, también, constante.

En fin, no pretendemos ofrecer una delimitación de lo que sea, en nuestros días, el Derecho Administrativo. Sin embargo, queremos resaltar algunos aspectos de su evolución más reciente que, a nuestro entender, deberían ser tenidos en cuenta en su caracterización futura. En concreto, nos parece entrever que, de modo paralelo al surgimiento del Derecho Administrativo –vinculado a la función ejecutiva, a la atribución y control de potestades y al ejercicio de la autoridad-, surge ahora un nuevo Derecho, de formación, en parte, autónoma –autorregulación- y, en parte, heterónoma –regulación de la autorregulación-, que adquiere algunos rasgos propios de aquél. La autorregulación regulada sirve de complemento a la función ejecutiva y adquiere relevancia con base en la autoridad que se reconoce a quienes elaboran las normas de autorregulación y velan por su cumplimiento. El reconocimiento público de la autorregulación, asimismo, lleva implícitas, por un lado, la atribución de ciertos efectos que aproximan sus instrumentos a los que caracterizan la actuación de los poderes públicos y, por otro, la exigencia de idénticos principios constitucionales a los que rigen la actividad de las Administraciones Públicas.

Si se confirma la tendencia que venimos apuntando en este trabajo, estos aspectos deberán ser objeto de una articulación más acabada que les permita ocupar el lugar que merecen en la órbita del Derecho Administrativo. Las consecuencias de la regulación pública de la autorregulación plantean serios problemas de articulación con las categorías propias de esta disciplina que parecen, por el momento, irresolubles. Puede adelantarse ya que la tipología de los reglamentos administrativos que se maneja habitualmente no es suficiente para integrar la variedad y diversidad de manifestaciones de este tipo de normas. Por citar sólo un ejemplo, los “reglamentos” de carácter voluntario se encuentran faltos de una sistematización y un engarce adecuado en el marco de las fuentes del Derecho. Similares problemas se advierten con otras fórmulas de regulación mucho menos arraigadas que los citados reglamentos, como ocurre con la remisión a normas técnicas. También las sanciones administrativas y disciplinarias adquieren visos propios de determinadas fórmulas de disciplina privada. Pero, al mismo

tiempo, los organismos privados de autodisciplina deben adecuar sus procedimientos a los principios constitucionales que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora estatal. Estas reflexiones preliminares justifican que la tesis que se mantiene no constituya una teoría cerrada sobre la autorregulación regulada. Las ideas expuestas en este trabajo están, inevitablemente, condicionadas por las conclusiones que puedan alcanzarse en ulteriores desarrollos de algunos de sus concretos contenidos.

1. Delimitación del término “regulación”.

Resulta sorprendente que una de las nociones más utilizadas por los juristas y por el Derecho, la noción de regulación, es, a la vez, una de las más olvidadas por éstos². Parece advertirse que se está reparando en este concepto, precisamente, cuando se plantea su vuelta atrás, su retirada o su limitación. En definitiva, las aportaciones doctrinales más relevantes, en términos conceptuales, aparecen con los análisis sobre la desregulación³ y sobre la aparición de nuevas formas de regulación⁴. Prescindiendo de ellas, por el momento, intentaremos delimitar cuál es el objeto de la actividad de regulación -que nos permitirá distinguir, más adelante, la denominada “regulación económica” de la “regulación de policía”- y cuáles son los principales instrumentos de regulación.

A) Regulación como instrumento versus regulación como actividad.

El término “regulación” es utilizado por primera vez en los siglos XVIII y XIX, en el ámbito de la cibernética y de la biología, para designar la capacidad de los ingenios mecánicos o de los cuerpos para recuperar su propio equilibrio. La traslación

² Compartimos esta observación, que es destacada por G. TIMSIT en “Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation”, *RFAP*, n.º 78, 1996, pp. 375 a 394.

³ G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Comares, Granada, 1999, pp. 439 y ss.; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “Del servicio público a la regulación: ¿y de la regulación a la desregulación?”, *Derecho de los Negocios*, Junio 2001, pp. 16 a 22; R. MARTÍN MATEO, *La liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 47; J. PRATS y J. COMPANY, “La construcción institucional de las capacidades reguladoras. Un tema clave en la nueva agenda de desarrollo”, *Instituciones y Desarrollo*, n.º 1, 1998, pp. 59 a 103; J. E. SORIANO GARCÍA, *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993; y A. LA SPINA y G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000.

⁴ M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales a las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, pp. 348 y ss.; y J. TORNOS MAS, *Las autoridades de regulación de lo*

de este concepto a las ciencias sociales identifica la regulación por su contenido o por su finalidad. La regulación sería, así, una *actividad* que tendría por función garantizar los equilibrios en el mercado o los equilibrios sociales⁵. Esta finalidad es asumida como propia por los Estados y, de hecho, constituye el fin con base en el cual se justificó, en la teoría clásica, su existencia. Para llevar a cabo esta función garantizadora de los equilibrios sociales y, por ende, de la seguridad interna del Estado, éste se dota de una serie de medios que conducen a la noción instrumental de regulación.

La noción instrumental de regulación está relacionada con una perspectiva estrictamente etimológica del término. El vocablo “regulación” proviene del latín *regulare*, esto es, regular o someter a una regla⁶. La capacidad de “someter” implica heteronomía y autoridad del regulador frente al regulado. El establecimiento de reglas identifica la regulación por su forma. La regulación sería, según ello, el *instrumento* o instrumentos a través de los cuales es posible someter a alguien a una regla. La posibilidad de utilizar la regulación como instrumento también nos remite a la noción de Estado. Es el Estado y, más en concreto, el poder ejecutivo, como ejecutor de las decisiones del Parlamento, el sujeto al que se le reconoce la autoridad y al que se le atribuyen las potestades necesarias para imponer heterónoma e unilateralmente determinadas reglas a los administrados.

En el ámbito del Derecho, se ha venido utilizando el término regulación en este último sentido. De este modo la regulación se identifica, principalmente, con la actividad estatal de reglamentación –esto es, la actividad estatal de producción de normas jurídicas-. En un sentido más amplio, también se utiliza el término para identificar cualquier manifestación de la intervención estatal que comprenda la ordenación de un sector mediante la utilización de instrumentos jurídicos vinculantes – reglamentos, órdenes, o actos administrativos-.

audiovisual, Consell de l’Audiovisual de Catalunya/Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999, pp. 51 y ss., entre otros.

⁵ A. J. ARNAUD (Dir.): voz “Régulation”, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, París, 1993, pp. 521 y ss. También destaca este origen en la utilización del término en las ciencias sociales R. BOYER, en *La teoría de la regulación*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1992 [*La théorie de la régulation. Une analyse critique*, La Découverte, París, 1987], p. 31: “En su origen se encuentra la definición forjada por el filósofo G. Ganguilhem, para quien la regulación es “el ajuste, conforme a ciertas reglas o normas, de una pluralidad de movimientos o de actos y de sus efectos o productos cuya diversidad o sucesión hace que en un principio sean extraños unos a otros””.

⁶ A. J. ARNAUD (Dir.): voz “Régulation”, *Dictionnaire encyclopédique...*, op. cit., p. 521.

La existencia de una estrecha relación, una identificación casi, entre el término “regulación” y el Estado puede explicar que no se haya planteado, hasta ahora, una reflexión profunda sobre su diversidad de significados. Se ha venido considerando que la actividad de regulación corresponde al Estado, a quien se atribuye también la función de garantizar el equilibrio de la sociedad. Los instrumentos para llevar a cabo esta función, esto es, la aprobación de leyes, reglamentos o actos administrativos, corresponden asimismo a los órganos del poder estatal –legislativo y ejecutivo, respectivamente-.

Sin embargo, con la expansión de los fines atribuidos al Estado se produce una intensificación de su intervención en la sociedad y una multiplicación y diversificación de las técnicas públicas de actuación. La prestación directa o indirecta de servicios públicos, la creación de empresas públicas que concurren en el mercado con las empresas privadas, o la actividad de planificación económica, muestran un abanico de técnicas de intervención que se apartan de la noción tradicional de regulación. Algunos autores utilizan el término “regulación” para referirse a estas técnicas de intervención, seguramente debido a que éstas tienen también por finalidad garantizar determinados equilibrios, económicos y sociales, y constituyen un instrumento a través del cual se consigue someter a la sociedad a ciertas reglas y limitaciones⁷.

Más recientemente, el vocablo “regulación” ha sido utilizado para designar algunas prácticas estatales tales como la supervisión, la conciliación, o el establecimiento de directrices generales o de meras orientaciones. En este caso se alude a los fines perseguidos por estas técnicas, pero en ningún caso al sentido etimológico del término. La mayoría de las veces se pretende, con ello, establecer una correlación, o incluso una identificación, entre la actividad que llevan a cabo las Administraciones independientes, calificadas como “entidades reguladoras”, y la noción de regulación. Se advierte, así, que la regulación incluye la actividad normativa, en algunos casos, pero,

⁷ Destacadamente, G. F. SCHUPPERT, “Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, pp. 232 a 245, realiza un recorrido sobre la transformación de las formas de regulación en función de las transformaciones operadas en el seno del Estado, en las que califica los instrumentos citados, y otros, como técnicas de regulación. También incluyen estas técnicas en la noción de regulación, entre otros, G. ARIÑO, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 266 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, en *Servicio público y mercado*, vol. I, Civitas, Madrid, 1998, pp. 264 y ss.

fundamentalmente, dice relación con una actividad de control y supervisión⁸, y con una actividad de orientación, basada en la búsqueda de equilibrios y en la composición de intereses⁹. Los autores que ponen el acento en esta transformación del concepto sostienen que “lo que nos identifica la regulación es el fin perseguido y el pragmatismo, no las técnicas concretas que en cada caso se utilicen”¹⁰.

Se produce, pues, un cierto retorno al sentido originario del término. La noción de regulación remite al fin perseguido, esto es, a la función de garantía de los equilibrios en el mercado o en la sociedad, con independencia del instrumento o instrumentos concretos que sirvan a ese fin. Este sentido es, a su vez, el propio de la noción de regulación en la tradición del *Common Law*. El término “regulación” no indica, para los autores de la órbita anglosajona, una actuación jerárquica, jurídicamente orientada del Estado, sino una forma de modulación estatal de los procesos sociales. Cualquier intervención del Estado, cualquier acción de gobierno o cualquier actividad de una

⁸ Centran su atención en las funciones de supervisión que realizan las administraciones independientes, a las que califican de entidades reguladoras, entre otros: M. M. FERNANDO PABLO, *Derecho general de las telecomunicaciones*, Colex, Madrid, 1998, p. 162; y J. J. LAVILLA RUVIRA, “Primer paso hacia la liberalización de las telecomunicaciones españolas (Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio), en *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio de 1996*, Civitas, Madrid, 1996, p. 132. A pesar de centrarse también en las funciones de supervisión de este tipo de entidades, critica la identificación entre supervisión y regulación M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales a las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 348 y ss; y p. 351. Según este autor, sólo manejando un concepto muy amplio de regulación -propio de la *regulation* del Derecho estadounidense, que abarcaría toda intervención pública en los sectores que han pasado de estar reservados al Estado a abrirse a la competencia bajo un estricto control público-, podría afirmarse que las Administraciones de supervisión son de regulación -aunque su capacidad de configuración sobre el sector en el que operen no pueda compararse a la de las *independent regulatory commissions* estadounidenses-. Por ello, concluye que “resulta más adecuado el uso del término regulación en su sentido más restringido. En primer lugar, porque el uso que nuestras leyes hacen del término regulación remite a la idea del establecimiento de las normas que rigen un cierto sector (...), al tiempo que la propia expresión incita a pensar fundamentalmente en una actividad de creación de normas, o en una actividad no normativa con una capacidad de conformación equivalente. En segundo lugar, porque el empleo de este calificativo en relación con una Administración independiente evoca fácilmente la imagen de las “Comisiones reguladoras independientes” del Derecho estadounidense, que poseen un verdadero poder de ordenación de los sectores sobre los que actúan”.

⁹ En concreto, para J. TORNOS MAS, J., *Las autoridades de regulación...*, op. cit., pp. 68 y 69, el concepto de regulación incluiría “el conjunto de medidas que adopta la autoridad de regulación para mantener un sistema de relaciones complejo”. Entre tales medidas se incluyen el “ejercicio de la potestad de normación especializada, autorización, sanción, conciliación, mediación y arbitraje”.

¹⁰ J. TORNOS MAS, en *Las autoridades de regulación...*, op. cit., pp. 68 y 69, apoya su definición de “regulación” en la diferenciación entre reglamentación y regulación, ofrecida por MAISL, en “Le régulation des télécommunications, changements et perspectives”, *RFDA*, n.º 3, 1995, p. 449, de quien reproduce la siguiente cita: “la reglamentación puede definirse como el encuadramiento jurídico de los comportamientos sociales; y es, en este sentido, ciertamente, un modo de regulación. Pero el término de regulación tiene un sentido más amplio. Se habla de la regulación del tráfico sobre la red viaria, o más genéricamente de regulación de un sistema para designar la acción tendente a regularizar el movimiento, o asegurar su buen funcionamiento, a mantener su equilibrio. El reglamento jurídico es por tanto un modo

agencia estatal es calificada con el término “regulación”¹¹. Es así como se produce una identificación entre las nociones de gobernanza, de conducción de la conducta (*Steuerung*), y los mecanismos de regulación¹².

B) Regulación económica versus regulación de policía.

Tanto la utilización de instrumentos jurídicos vinculantes –reglamentos, órdenes, actos administrativos-, esto es, la regulación como instrumento, en su sentido más tradicional o estricto, como cualquiera de las nuevas formas de regulación, pueden tener por finalidad ordenar la actividad del mercado –regulación económica- o proteger una serie de derechos y bienes socialmente relevantes –regulación de policía-¹³.

En el primer caso se utiliza la expresión *regulación económica* en atención al objeto de la regulación –el mercado- y a sus objetivos. Con esta regulación se busca equilibrar las relaciones económicas, evitar la existencia de posiciones dominantes, y velar para que estén a disposición de los individuos, por un precio asequible, las prestaciones sociales y los servicios básicos de abastecimiento, suministro, distribución y transporte. Para ello, este tipo de regulación, entendida ahora como reglamentación,

de regulación dentro del conjunto de arreglos, ajustes, que permiten a la sociedad salvaguardar sus equilibrios”.

¹¹ Esta noción amplia es también asumida en el informe *The OCDE Report on Regulatory Reform*, OCDE, 1997. Siguiendo las líneas maestras de dicho informe, J. PRATS y J. COMPANY, “La construcción institucional de las capacidades reguladoras...”, op. cit., definen la regulación como: “toda la serie de instrumentos mediante los cuales los gobiernos establecen requerimientos sobre la libre actividad de las empresas y los ciudadanos por razones de interés público. Las regulaciones así entendidas se expresan tanto en leyes como en reglamentos y órdenes o actos administrativos producidos en los diferentes niveles de gobierno o en las organizaciones no gubernamentales o autorreguladas que tengan poderes reguladores delegados” (p. 64).

¹² Así, W. SCHULZ, en “Regulierte Selbstregulierung im Telekommunikationsrecht. Die informationale Beteiligung Dritter bei der Regelsetzung des Regulierers in Deutschland und der Vereinigten Staaten”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, pp. 103 y ss., sostiene que bajo el concepto de regulación pueden encontrarse diversas formas de gobernanza o conducción de la conducta. Esta identificación entre las nociones de regulación y gobernanza puede encontrarse también en el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea, DOCE C 287, de 12 de octubre de 2001, pp. 1 y ss.

¹³ En atención a los fines perseguidos por la regulación, el informe de la OCDE de 1997 sobre las reformas reguladoras clasifica las regulaciones públicas en las categorías siguientes: regulaciones económicas, con las que se interviene directamente en las decisiones del mercado; y regulaciones sociales, que tienden a proteger bienes tales como la salud, la seguridad, el medio ambiente y la cohesión social. Incorpora dicho informe una tercera categoría, a la que califica de “regulaciones administrativas”, que describen el papeleo y las formalidades administrativas mediante las que los gobiernos recogen información e intervienen en las decisiones económicas individuales. Sobre ello, véase, J. PRATS y J. COMPANY, “La construcción institucional de las capacidades reguladoras...”, op. cit., p. 64. No se repara, a nuestro entender, en el dato de que las “regulaciones administrativas” pueden hallarse englobadas en cualquiera de las dos manifestaciones anteriores.

establece los precios de los servicios, los requisitos de entrada y salida en los mercados, o las zonas en las que deben operar las empresas prestadoras de tales servicios¹⁴.

Sin embargo, cuando se alude a la regulación económica no se hace referencia solamente a la actividad de reglamentación, sino también a la utilización de otras técnicas de intervención por parte de los poderes públicos que persiguen los mismos fines. En nuestra tradición se ha identificado, así, la noción de regulación económica con las técnicas de gestión de servicios públicos y, más concretamente, con el control administrativo de servicios públicos prestados por particulares e, incluso, con la nacionalización, o la prestación directa de dichos servicios por parte del Estado¹⁵. Mucho más recientemente, la privatización de estos servicios y las imposiciones del Derecho comunitario han conllevado la necesidad de distinguir nítidamente el ente regulador –Estado- y el sujeto regulado –empresas privadas prestadoras de servicios públicos-, dando lugar a la aparición de las denominadas “administraciones

¹⁴ G. ARIÑO ORTIZ, en *Principios de Derecho Público Económico...*, op. cit., p. 553, se refiere a la regulación económica en este sentido. En esta línea, afirma que: “(...) la llamada “regulación económica” (...) afecta a sectores intervenidos (en muchos casos, de servicio público), se centra fundamentalmente en la entrada y salida de la actividad (en muchos casos, mediante concesiones) y afecta a las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla: al “quantum” de producción, a las zonas o mercados que sirve cada empresa, a los precios o retribuciones que se perciben por ella y, en definitiva, al negocio mismo en que la actividad consiste”. Obsérvese que, en este caso, este autor no identifica las nociones de intervención económica y regulación económica, sino que limita este término a la reglamentación que tiene por objeto el mercado.

¹⁵ Para A. LA SPINA, y G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, op. cit., p. 17, desde un punto de vista histórico, la propiedad pública constituye la principal forma de regulación económica en Europa. Partiendo de un similar concepto de regulación, que comporta una equiparación, en general, entre las técnicas de intervención estatal en el mercado, con la noción de “regulación de mercado” o “regulación económica”, G. Ariño se ha referido a la existencia de tres posibles modelos de regulación de mercado: la configuración de un sector como actividad reglamentada, el servicio público gestionado mediante concesión y la nacionalización; véase G. ARIÑO, *Economía y Estado...*, op. cit., pp. 266 y ss.

En un sentido más restringido, aunque equiparando, también, las nociones de regulación e intervención pública, S. MUÑOZ MACHADO, en *Servicio público y mercado*, vol. I, op. cit., pp. 264 y ss., sostiene que la regulación es “un conjunto de técnicas de intervención pública en la economía”, que contraponen el autor al monopolio público, al sistema del *laissez faire* y a la autorregulación de los agentes económicos, y que se caracteriza por “una intervención continua de los poderes públicos respecto de la actividad y comportamiento de las empresas”. Incluye, pues, el control estatal de servicios públicos prestados por particulares como técnica de regulación.

Por el contrario, J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, “Aproximación a la regulación de servicio público como nuevo paradigma para la prestación de servicios económicos”, en G. ARIÑO, J. M. DE LA CUÉTARA y J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 94, distingue la “regulación por causa del servicio” del “servicio público estatalizado”. Según este autor: “El objetivo es, en ambos casos, el mismo: conseguir unas prestaciones universales a las que cualquier ciudadano tenga derecho y cualquier usuario pueda hacer efectivas. Pero el punto de partida es radicalmente diferente. Frente a la estatalización, la regulación; frente a la titularidad pública, la titularidad compartida; frente al monopolio, la competencia”. La propiedad pública, pues, la nacionalización o la estatalización no se identifican, sino que se contraponen a la noción de regulación.

independientes” o “agencias reguladoras” que ensayan, a su vez, nuevas formas de intervención en el mercado caracterizadas por su no imperatividad¹⁶.

La *regulación de policía* está encaminada a tutelar bienes y derechos constitucionalmente protegidos, tales como la vida, la salud, la salubridad o el medio ambiente¹⁷. En su versión clásica, esta regulación tiende a la determinación de las condiciones de seguridad en estos campos –mediante reglamentaciones técnicas-, prevé las correspondientes sanciones en caso de su incumplimiento, y establece un sistema de controles preventivos, basados en las técnicas de autorización, inspección y control. Es, precisamente, la regulación de policía y sus técnicas clásicas las que se encuentran directamente afectadas –esto es, están siendo complementadas o sustituidas- por la regulación objeto de nuestra investigación –la regulación pública de la autorregulación-.

La regulación pública de la autorregulación es una nueva forma de intervención indirecta que, bajo el ropaje de una retirada del Estado, esconde niveles de intervención históricamente desconocidos. Responden a esta técnica, por ejemplo: las recomendaciones y declaraciones generales, contenidas en normas jurídicas, de apoyo a la autorregulación; las reglamentaciones públicas que prevén el otorgamiento de subvenciones y ayudas económicas a la adopción de sistemas voluntarios de calidad; las normas voluntarias aprobadas por los poderes públicos que establecen criterios de calidad de los productos alimentarios o industriales; y el otorgamiento de certificaciones públicas de calidad que garantizan la conformidad de tales productos a los criterios previamente fijados. La regulación de la autorregulación haría referencia, en este caso, al fomento de la autorregulación por parte de los poderes públicos.

Esta técnica, sin embargo, incluye también la regulación del contexto de la autorregulación, que supone, por un lado, el establecimiento de sistemas de control de la autorregulación y, por otro, la fijación legal o reglamentaria, entre otros, de: los fines

¹⁶ Véanse, entre otros, S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, vol. I, op. cit., p. 259; M. CARLÓN RUIZ, “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, *REDA*, n.º 102, 1999, p. 233; y V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, “La liberalización del sector eléctrico: perspectiva jurídica”, *REDA*, n.º 98, 1998, pp. 205-206.

¹⁷ En palabras de G. ARIÑO ORTIZ, en *Principios de Derecho Público Económico...*, op. cit., la regulación de policía –que se opone a la regulación económica- “hace referencia a aquellas condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física en que se desarrolla la actividad económica de que se trata, pero sin entrar en el interior de ésta ni predeterminar las decisiones empresariales” (p. 553).

que debe cumplir la autorregulación; las normas procedimentales aplicables a la adopción de instrumentos de autorregulación; la composición de los organismos de autorregulación; y los requisitos de capacidad técnica y de imparcialidad exigibles a los sujetos que se autorregulan. Se garantiza, de este modo, que la sumisión de determinadas actividades a una serie de normas y controles privados viene acompañada de las garantías constitucionales procedentes. Se facilita, asimismo, el control público de tales actividades, en la medida en que dicho control puede concentrarse en y limitarse a la supervisión del buen funcionamiento de los sistemas de autorregulación.

La “regulación de la autorregulación” permite, así, que la autorregulación constituya un complemento o un sustituto de la regulación administrativa de policía. Esta forma de instrumentalización pública de la autorregulación se manifiesta también cuando los poderes públicos atribuyen concretos efectos jurídicos a la autorregulación. Entre tales efectos cabe destacar los efectos habilitantes, los efectos probatorios, los efectos vinculantes y los efectos de cosa juzgada de la autorregulación. La sumisión de una actividad empresarial a una serie de normas que son fruto de la autorregulación – normas técnicas de carácter privado- y, más en concreto, la certificación privada del cumplimiento de dichas normas, constituye una presunción de adecuación de dicha actividad a las normas públicas de seguridad. Asimismo, la incorporación en las normas jurídicas de conceptos que incorporan una considerable carga ética, o las referencias generales al estado de los conocimientos científicos y técnicos, indican una renuncia expresa de los poderes públicos a regular determinados contenidos. La autorregulación actúa, en estos casos, como un elemento integrador del ordenamiento jurídico. Sólo recurriendo a los resultados de la autorregulación puede conocerse el concreto contenido al que aluden estos conceptos. En la mayoría de los casos, la regulación de la autorregulación mantiene intacto el componente de voluntariedad de esta última. Sin embargo, existen supuestos en los que el legislador impone a los particulares que se autorregulen. La importancia que atribuyen los poderes públicos a la autorregulación, cuando ello ocurre, queda fuera de toda duda.

El uso de la expresión “regulación de la autorregulación” posee innumerables riesgos debido, básicamente, a la indeterminación de los términos “regulación” y “autorregulación”. Ahora bien, el fenómeno que pretendemos describir en este trabajo puede definirse con esta expresión porque comporta la utilización de instrumentos de

regulación –reglamentaciones y controles- y sirve a los mismo fines que la regulación de policía –protección de bienes y derechos constitucionalmente protegidos-. La diferencia entre la regulación de policía y la regulación de la autorregulación estriba en que, mientras que la primera tiene relación directa con los contenidos regulados, la segunda tiene por objeto la regulación de los fines y los procedimientos a los que deben someterse los sujetos que, a su vez, van a regular dichos contenidos. La regulación de la autorregulación es, en otros términos, una reglamentación pública de la autorreglamentación privada, un control público del autocontrol privado, una intervención pública, en definitiva, indirecta, aunque perfectamente constatable.

2. Formas e instrumentos tradicionales de regulación.

A diferencia de otras formas e instrumentos tradicionales de regulación, la regulación pública de la autorregulación no responde a ninguna de las clásicas formas de intervención estatal en la sociedad –si bien parcialmente reconducible a la acción pública de fomento-¹⁸; presenta problemas de articulación y engarce con la distribución constitucional de poderes¹⁹; y pone de relieve la necesidad de ofrecer un nuevo marco conceptual, adecuado a los nuevos retos a los que se enfrenta el Derecho Administrativo²⁰.

¹⁸ El fomento y el estímulo de los procesos sociales que coadyuvan a la consecución de los fines perseguidos por la regulación de policía son algunas de las principales manifestaciones de esta nueva técnica de regulación. No obstante, esta acción de fomento, por un lado, es solo una parte de la regulación pública de la autorregulación; y, por otro, remite a estímulos que no siempre responden a las clásicas manifestaciones de la actividad pública de fomento. Aunque volveremos más adelante sobre ello, puede adelantarse ya que seguiremos en este punto, fundamentalmente, las aportaciones de G. TEUBNER y H. WILLKE, “Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, n.º 5, 1984, pp. 5 a 35.

¹⁹ Como acertadamente sostiene D. GRIMM, en “Regulierte Selbstregulierung in der Tradition des Verfassungsstaats”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, p. 19, las soluciones constitucionales a los problemas de articulación entre Estado y sociedad que plantea la regulación pública de la autorregulación todavía no se conocen.

²⁰ Como afirma A. JIMÉNEZ BLANCO [*Derecho público del Mercado de Valores*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, p. 21], el Derecho Administrativo tiene como objeto primario el estudio de las relaciones entre el Estado y la sociedad y este estudio debe comprender la descripción de la idea que se tiene del Estado, la idea que se tiene de la sociedad, y la delimitación, por un lado, de la línea divisoria y, por otro, de los puntos y técnicas de conexión, entre ambas realidades. La nueva articulación de las relaciones Estado-sociedad, derivada de la regulación pública de la autorregulación tiene que dar lugar, necesariamente, a un replanteamiento de lo que sea, en nuestro tiempo, el Derecho Administrativo. Y este replanteamiento tiene que dar entrada, a nuestro entender, por un lado, a las nuevas relaciones jurídicas que se establecen entre el Estado y los subsistemas sociales autorregulados que tienen por objeto la satisfacción de fines públicos y, por el otro, a las relaciones entre tales subsistemas y los individuos que se integran en ellos, fundamentalmente cuando exista, ente unos y otros, una relación de poder o de autoridad, aunque dicha relación se fundamente en bases estrictamente sociológicas o en instituciones propias del Derecho privado.

En realidad, la regulación pública de la autorregulación constituye la culminación de un proceso de progresiva ampliación de las formas de intervención estatal en la sociedad, y supone, por tanto, la acentuación de unos problemas y unos retos que vienen siendo ya destacados desde hace algún tiempo por la doctrina. Un breve repaso a este proceso nos puede ser de utilidad para advertir cuáles de los problemas que plantea la autorregulación regulada son radicalmente nuevos y cuáles no; y para concretar los aspectos que tienen en común -y los rasgos en que difieren- la autorregulación regulada y otras formas de regulación, también novedosas.

En este proceso cabe distinguir, básicamente, tres fases. En la primera de ellas existe básicamente una única forma de regulación -la regulación de policía-, que permite identificar los rasgos que se predicen de un sujeto -la Administración pública- con los rasgos que caracterizan su actuación -basada en el ejercicio de poder público y autoridad, en el sentido más estricto de estos términos-. Los fines propios de la regulación de policía y sus técnicas se consideran el núcleo irreductible del Estado. Sin modificar este presupuesto, en una segunda fase, caracterizada por la extensión de los fines del Estado y de la intervención administrativa en la sociedad, aparecen nuevas formas de regulación -servicio público y fomento- que, rápidamente, empiezan a diversificarse en múltiples formas de actividad estatal -planificación, arbitraje, actividad convencional de la Administración-, caracterizadas por potenciar la actuación conjunta del Estado y la sociedad en la persecución de fines públicos. En la fase actual de relaciones Estado-sociedad se propugna una retirada de la intervención pública que afecta, primordialmente, a los fines y las técnicas de la regulación de policía. Hoy se considera que tales fines son, también, propios de la sociedad. Se intenta involucrar, pues, al tejido social en la consecución de fines públicos a través de novedosas formas de regulación -la regulación en red o la regulación a través de administraciones independientes- entre las que se incluye, y con las que se relaciona, la regulación pública de la autorregulación.

A) La regulación de policía en el Estado liberal.

En el Estado liberal no cabe establecer distinción alguna entre la regulación económica y la regulación de policía, en la medida en que ambas remiten a un mismo sujeto -el poder ejecutivo-, a unas mismas técnicas -de marcado carácter autoritario- y a

un mismo fin –la seguridad-. El Estado –y la Administración pública, como personificación del mismo- era el portador exclusivo de los intereses generales, que podían imponerse coactivamente a una sociedad, a la que se le imputaba la exclusiva persecución de los intereses particulares de los individuos.

La materialización de los intereses generales se producía, así, de forma jerárquica y centralizada, por parte de un poder –el ejecutivo- que debía actuar con total sometimiento a la ley, general y abstracta, y al Derecho.

Las bases sociológicas de esta concepción residen en la consideración del Estado y de la sociedad como dos realidades totalmente distintas, enfrentadas entre sí. El Estado era la personificación del único poder soberano, legitimado a través de la elección democrática del Parlamento que, a su vez, transmitía esta legitimidad al poder ejecutivo, compuesto por el Gobierno y la Administración pública²¹. La Administración, como personificación del Estado, era una organización jerárquica y centralizada, que monopolizaba la definición y la materialización de los intereses generales²². En estas tareas, sin embargo, y por aplicación del principio democrático y del imperio de la ley, la Administración, y todos los poderes del Estado, se encontraban sometidos al Derecho²³.

²¹ En puridad, la estricta separación entre Estado y sociedad tiene sus raíces en un momento anterior al advenimiento del Estado liberal, cuando la soberanía no reside en la nación ni en el pueblo, sino en el monarca. Sin embargo, el ideario liberal permite seguir manteniendo estos postulados. Sobre ello véase: E. W. BÖCKENFÖRDE, “Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft in demokratischen Sozialstaat der gegenwart”, en E. W. Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt, 1976, pp. 185 y ss.; y M. KRIELE, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Verlag GmbH, Hamburg, 1975, [consultado en la versión española, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 433 y ss.].

²² “El Estado era concebido como una organización racional orientada hacia ciertos objetivos y valores y dotada de una estructura vertical o jerárquica, es decir, construida primordialmente bajo relaciones de supra y subordinación. Tal racionalidad se expresaba capitalmente en leyes abstractas (en la medida de lo posible sistematizadas en códigos), en la división de poderes como recurso racional para la garantía de la libertad y para la diversificación e integración del trabajo estatal, y en una organización burocrática de la administración”: M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1987, p. 20.

²³ Como señalan A. DE BLAS GUERRERO y R. GARCÍA COTARELO, *Teoría del Estado y sistemas políticos*, UNED, Madrid, 1990, p. 106: “Dado que, desde los tiempos de Bodino, al soberano compete hacer la ley, el concepto moderno de soberanía, vincula la legitimidad de ésta precisamente al hecho –aparentemente contradictorio- que el soberano acate las normas que de él mismo emanan”. Como explica G. DEL VECCHIO, *Teoría del Estado*, Bosch, Barcelona, 1956, [*Lo Stato*, Editrice Studium, Roma, traducción de E. Galán y Gutierrez], pp. 148-149: “cualquier acto especial de un órgano estatal, debe referirse a un principio general, que viene a ser su lógico presupuesto y puesto que la determinación de esos principios constituye la función propia de los órganos legislativos, resulta de ello que a la ley, y

Frente al Estado, se situaba una sociedad formada por individuos, formalmente libres e iguales, que perseguían la maximización de sus intereses²⁴. En este aspecto, lo cierto es que se identificaba la noción de sociedad, calificada de “civil”, con la burguesía de la época, lo cual potenciaba la reducción de dicha sociedad a la noción de mercado²⁵; un mercado al que se le presumía dotado de una racionalidad y unas leyes propias, y capaz de mantener su equilibrio a través de la autorregulación. La sociedad era, entonces, una realidad dotada de una racionalidad horizontal, caracterizada por relaciones competitivas entre individuos iguales²⁶.

sólo a la ley, corresponde desde un punto de vista tanto lógico como jurídico, el primado en el entero sistema total de la actividad estatal”.

Según el planteamiento originario del principio de legalidad, pues, la Administración no podía actuar por propia autoridad, sino amparándose en la autoridad de la ley; y a este mecanismo se lo calificaba de proceso de ejecución de la ley. La explicación técnica de este proceso, articulado en torno a la noción de “potestad”, y la evolución del principio de vinculación de la Administración a la ley –de la vinculación negativa a la vinculación positiva–, se encuentran magníficamente explicados en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 435 y ss.

²⁴ En palabras de S. GINER, y M. PÉREZ YRUELA, “Sobre el origen, naturaleza y modalidades del corporatismo”, en S. Giner y M. Pérez Yruela (Eds.), *El corporatismo en España*, Ariel Sociología, Barcelona, 1988, p. 17: “El modelo liberal original se asienta sobre la idea de una sociedad civil formada por ciudadanos que persiguen individualmente la maximización de sus intereses en un ámbito de amplias libertades escasamente interferido por el Estado, donde no es necesario que nada ni nadie tenga que mediar para que los individuos alcancen sus objetivos”.

²⁵ Según expone V. PÉREZ DÍAZ, *La primacía de la sociedad civil*, Alianza, Madrid, 1993, pp. 76 y ss., en los siglos XVII y XVIII esta noción fue empleada por Hobbes y Rousseau para diferenciar la supuesta condición de “estado natural”, donde los hombres habrían vivido en libertad, guiados por sus pasiones y necesidades, de la sociedad regida por leyes y dirigida por un cuerpo político donde deberían coexistir la libertad y la razón, con base en el denominado “contrato social”. Esta es también la realidad a la que alude A. FERGUSON, en *Un ensayo sobre la historia de la sociedad civil*, IEP, Madrid, 1974, pp. 80 y ss. [la primera edición de esta obra es de 1767, y fue publicada con el título original, *An Essay on the History of Civil Society*]. En esta obra se entiende por “sociedad civil” una sociedad civilizada, ilustrada, rectora de su propio destino, y cuyo motor principal es la actividad económica. Según el citado autor, dicha actividad económica debe realizarse libremente; como regla general “no es necesario controlar las acciones de los hombres, a no ser que éstas afecten a los demás”.

Más tarde, el concepto de sociedad civil comenzó a ser utilizado en oposición al concepto de Estado. Esta línea fue desarrollada por autores como Tom Paine, Benjamin Constant y Alexis Tocqueville, que propusieron una distinción nítida entre Estado y sociedad, tratando de encontrar la manera de enfrentarse a las nuevas formas de despotismo estatal del siglo XIX, incluido el despotismo del Estado democrático. Frente a los autores mencionados hasta el momento existe otra tradición doctrinal que centra el estudio de las relaciones Estado-sociedad en el Estado. Esta tradición tiene una visión crítica hacia la sociedad, por lo cual se afirma que ésta debe ser articulada mediante un diseño, consciente y deliberado, realizado por el Estado (Hegel), o por un grupo revolucionario que controle el Estado (Marx). En Hegel, sin embargo, los contornos tanto del Estado como de la sociedad son imprecisos; y en Marx la sociedad se identifica con el mercado.

²⁶ Según M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones...*, op. cit., p. 21: “La sociedad (...) era considerada como una ordenación, es decir, como un orden espontáneo dotado de racionalidad (...), una racionalidad expresada en leyes económicas y de otra índole, más poderosas que cualquier ley jurídica, y una racionalidad, en fin, no de estructura vertical o jerárquica, sino horizontal y sustentada capitalmente sobre relaciones competitivas”. Como pone de manifiesto H. HELLER en *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1947 [*Staatslehre*, Sijthoff, Leiden, 1934, traducción de L. Tobío], p. 128, el concepto de sociedad, en cuanto concepto recíproco del Estado, “es un fenómeno reciente, ligado a la economía capitalista, a la liquidación estamental y al nacimiento de la “sociedad civil”. Más adelante, este mismo autor, citando, a su vez, a Max Weber, se refiere explícitamente a la racionalidad propia de esta

Como expresivamente afirma Luis Ortega, en el esquema básico del Estado liberal, “el Estado es el espacio del poder y la autoridad y la sociedad es el espacio del mercado y la libertad”²⁷. Precisamente era la defensa a ultranza del mercado y de la libertad la que propugnaba una intervención mínima del Estado, que sólo debía regular el ámbito propio de la sociedad cuando ello fuese estrictamente necesario²⁸. La separación existente entre ambas esferas, la esfera propia de la autorregulación social y la dominada por la regulación estatal, impide plantearse siquiera la noción de autorregulación regulada, que es una forma de regulación característica de un elevado grado de interpenetración entre el Estado y la sociedad²⁹.

Si bien es cierto que las relaciones Estado-sociedad se caracterizaban por la supremacía del primero frente a la segunda, también cabe advertir que el sometimiento del Estado al Derecho, y su vinculación a los derechos fundamentales, se erigían como barreras de intervención entre el individuo y el Estado y como un límite frente a posibles abusos de su poder³⁰.

En lo que se refiere a sus fines, y de acuerdo con las tradicionales aportaciones a la noción de soberanía, la legitimación del Estado no se derivaba solo su legitimidad

sociedad: “la ley fundamental de la economía capitalista se puede condensar en la siguiente fórmula: “posibilidad de la orientación exclusiva de la satisfacción de las necesidades según las oportunidades del mercado y la rentabilidad””: *Ibíd.*, p. 238.

²⁷ L. ORTEGA, “El Estado como instrumento de la sociedad”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 118-119, 1994, p. 208.

²⁸ Como destacan A. DE BLAS GUERRERO y R. GARCÍA COTARELO, en *Teoría del Estado*, UNED, Madrid, 1998, pp. 87-88: “El Estado liberal, en su teoría, no solamente se articula como un Estado de Derecho, sino también como una fórmula política de abstencionismo (...). La formulación más categórica se encuentra en la obra de Adam Smith en la que taxativamente se asegura que el poder político solamente tiene tres funciones: a) Acometer aquellas obras y servicios de interés público que no sean campo de empresas privadas; b) Garantizar el orden público; c) Garantizar la defensa del país contra agresiones exteriores”. En el pensamiento liberal, el fin exclusivo del Estado es asegurar la libertad de todos, limitándola única y excepcionalmente en aras a la convivencia. Por ello se ha podido hablar de ese Estado como “gendarme”, por la preeminencia de sus funciones de policía, y porque se basa en “la creencia en el orden individualista”.

²⁹ En este sentido, D. GRIMM, “Reguliert Selbstregulierung in der Tradition des Verfassungsstaats”, *op. cit.*, p. 11.

³⁰ Como afirma K. LOWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986, [*Verfassungslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1959, traducción de A. Gallego Anabitarte], p. 390: “Entre todos los límites impuestos al poder del Estado, el más eficaz es el reconocimiento jurídico de determinados ámbitos de autodeterminación individual en los que el Leviatán no puede penetrar. El acceso a estas zonas prohibidas está cerrado a todos los detentadores de poder, al gobierno, al parlamento y, dado que los derechos fundamentales son “inalienables”, también al electorado. Estas esferas privadas, dentro de las cuales los destinatarios de poder están libres de intervención estatal, coinciden con lo que se ha venido a llamar desde hace trescientos años, los “derechos del hombre” o “libertades fundamentales””. Esta formulación se encuentra ampliamente desarrollada en A. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986.

democrática, sino también del hecho de que su existencia era necesaria para el funcionamiento de la sociedad. El Estado debía aportar a la sociedad aquellas prestaciones que ésta no era capaz, por sí sola, de asumir. Entre tales prestaciones se encontraban, casi exclusivamente, la garantía de la seguridad de la nación respecto invasiones externas y la garantía del orden y del Derecho, basados en los principios de libertad, igualdad –formal- y propiedad³¹.

Con carácter secundario, cabe señalar también que, ya en esta época -y como consecuencia de la secularización de actividades que, hasta entonces, habían sido desempeñadas por la Iglesia (beneficencia, sanidad, educación)-, se apunta una incipiente actividad pública de prestación de servicios, basada en el ideal ilustrado de fomento de la prosperidad de la nación³².

Si el Estado, y la Administración pública, eran los portadores exclusivos de los intereses generales, también les correspondía a ellos su materialización, mediante el ejercicio de genuinas funciones públicas de autoridad. Se reconoce, así, la potestad reglamentaria del Gobierno y la potestad administrativa de dictar actos de carácter vinculante. La Administración pública es, en este contexto, una Administración poder, aplicadora y ejecutora de la ley, mediante actos típicos unilaterales, susceptibles de ejecución forzosa³³.

³¹ Como señala G. DEL VECCHIO, *Teoría del Estado*, op. cit., p. 205: “Que al Estado, por su misma naturaleza, le corresponde la custodia y la garantía del orden jurídico, es cosa que resulta de su misma definición”.

³² Así lo ponen de manifiesto J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA, en *Principios de Derecho Administrativo I* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 54. Cabe señalar que no utilizamos aquí la noción de fomento ni de servicio público en el sentido técnico-jurídico. La idea de fomento servía para justificar la intervención del Estado en los sectores antes mencionados, que, como es obvio, no se adecuaban a los postulados de intervención mínima que se predicaban formalmente. De hecho, en el tránsito del Estado liberal al Estado social, la intervención del Estado se vino justificando con base en una serie de categorías –obra pública, dominio público y servicio público en la tradición francesa, y policía administrativa en la tradición germánica- que son claves para la formación del Derecho administrativo. Tales categorías perviven en la actualidad, aun cuando las Constituciones han ofrecido títulos de intervención más que suficientes al Estado para respaldar su interpenetración en el ámbito que antes era considerado propio o reservado a la sociedad.

³³ M. BASSOLS COMA, “Sobre los principios originarios del Derecho Administrativo y su evolución”, *Documentación Jurídica*, n.º 18, 1978, pp. 433 y ss., destaca entre dichos “principios originarios”: la inserción de la Administración pública en el poder ejecutivo y, por ello, su consideración como poder público; la acción unilateral y autoritaria como manifestación típica de la actividad administrativa; el interés público como fin de la acción administrativa; la sumisión de la Administración a la Ley; y la ausencia inicial de colaboración de los administrados en la acción administrativa. En la misma línea, L. ORTEGA ÁLVAREZ, L. PAREJO ALFONSO, y A. JIMÉNEZ BLANCO, en *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 12, sostienen que: “El modelo de Administración

El Derecho Administrativo, bajo estos presupuestos, se erige como el Derecho propio del poder ejecutivo del Estado, esto es, el Derecho de la Administración pública³⁴. En otros términos, la regulación como fin y la regulación como medio o instrumento remiten, con carácter general, a un mismo sujeto y a un mismo Derecho: la Administración Pública y el Derecho Administrativo; un Derecho Administrativo que intenta compensar, mediante el establecimiento de garantías, las prerrogativas derivadas de la autoridad y las potestades atribuidas a la Administración.

B) La expansión de los fines y de los instrumentos de regulación en el Estado social.

El Estado Social y Democrático de Derecho es la formulación jurídico-constitucional que define la configuración de la mayor parte de los Estados occidentales desde finales de la Segunda Guerra Mundial. Sus raíces se sitúan en la Constitución de Weimar de 1919, que consagra la búsqueda de la justicia social como fin del Estado, mediante el reconocimiento de un conjunto de derechos humanos de naturaleza social³⁵.

pública del Estado liberal es el de la Administración poder- investida de imperium, aplicadora y ejecutora de la ley mediante actos típicos unilaterales (fundamentalmente la orden, prohibición, autorización, concesión y sanción) susceptibles de ejecución forzosa; en definitiva, de la Administración-intervención”.

En otro orden de consideraciones, tales actos administrativos son conceptuados a partir de diversas perspectivas. Según J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo II*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, pp. 46 y ss.: las doctrinas formales caracterizan los actos administrativos por su procedencia, como actos emanados por una Administración pública; desde doctrinas materiales, se pone de manifiesto que tales actos gozan de una presunción de legalidad semejante a la cosa juzgada material; y, desde doctrinas funcionales, se pone el acento en que dichos actos se encuentran sometidos al Derecho Administrativo.

³⁴ Destacan esta identificación inicial entre poder ejecutivo, Administración pública y Derecho Administrativo, explicando también su evolución posterior: E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo, I*, op. cit., pp. 24 y ss.; y J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo, I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 37 y ss.

³⁵ Como señala L. PAREJO ALFONSO, en *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, la idea de Estado social, “aparece por primera vez, con una formulación precisa, en el trabajo publicado en 1903 por H. HELLER bajo el título “¿Estado de Derecho o dictadura?”; trabajo en el que se sostiene la tesis de que sólo la transformación del Estado de Derecho en un Estado social de Derecho podría evitar la caída en un régimen dictatorial (...). La diferencia entre el Estado de Derecho y el Estado social de Derecho radicaría, según HELLER, en que el primero atiende sólo a la vertiente formal del principio de igualdad (lo importante es que, para el Derecho, todos tengan iguales derechos, con independencia de que no estén realmente en situación de disfrutarlos y ejercerlos por igual) y prescinde de las relaciones sociales de poder (incurriendo en el riesgo de que la igualdad formal de todos se convierta en el Derecho de los más poderosos de hacer valer sin contemplaciones su superioridad real), mientras que para el segundo lo decisivo ha de ser la igualdad en sentido material (por lo que tiene la obligación, atendiendo a las relaciones sociales de poder, de corregir las desigualdades, garantizando que los débiles socialmente cuenten efectivamente con una libertad y una protección judicial equivalentes a las de los socialmente favorecidos)” (p. 29).

Esta idea se desarrolla y se amplía con la atribución al Estado de una función de “procura asistencial” (*Daseinvorsorge*)³⁶. Con ello, el Estado social se caracteriza por ser un Estado asistencial o, un Estado que, constatando que la sociedad no puede satisfacer por sí misma las prestaciones necesarias para garantizar su existencia, se preocupa directamente por la satisfacción de las mismas. La implantación de este modelo de Estado no supone una ruptura con el modelo anterior, pero comporta una superposición de los objetivos de ambos, con lo cual se producen también algunas contradicciones. Lo que nos interesa destacar ahora es que la asunción progresiva de un número cada vez mayor de fines -y las peculiares formas de materialización de los mismos- desdibujan el carácter autoritario del Estado. Se produce, en el ámbito del mercado, una regulación mucho más intensa, caracterizada por la intervención directa de la Administración y por la instauración de específicas técnicas relacionadas, entre nosotros, con la noción de servicio público. La clásica regulación de policía, por su parte, si bien mantiene formalmente su carácter autoritario, se encuentra impregnada por la interpenetración de la sociedad en el Estado y tiende a caracterizarse, cada vez con más intensidad, por su contractualización³⁷.

³⁶ Esta expresión, traducida normalmente con la locución “procura asistencial”, fue acuñada por Ernst Forsthoff, para poner de relieve que el Estado debía encargarse de procurar al hombre cuanto necesitaba para su existencia y para luchar contra la inestabilidad de su existencia. En concreto, el Estado debía hacerse cargo de la dirección de los procesos económicos, la previsión de la existencia y la redistribución social: E. FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial (El modelo de la república Federal alemana)* [traducción del original *Der Staat der Industriegesellschaft*, C. H. Beck, München, 1971, a cargo de L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz], IEP, Madrid, 1975, pp. 71 y ss. Sobre ello, véase también, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de “Daseinsvorsorge””, *RAP*, n.º 38, 1962, reimpresión 1972, p. 43 y p. 54.

³⁷ En palabras de M. SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, CEC, Madrid, 1980, p. 79, la actuación administrativa pasa a realizarse “sobre la base de la sustitución progresiva del principio de autoridad por el de composición negociada de intereses”. Esta contractualización, que se produce, en la práctica, tanto en el plano de la reglamentación como en el de los ámbitos protagonizados tradicionalmente por la actuación unilateral del Estado, encuentra su fundamentación teórica en la necesidad de encontrar nuevas formas de legitimación de la actividad estatal. Desde un punto de vista práctico, la introducción de elementos técnicos en la reglamentación y en la actuación administrativa, por un lado, y, por otro, la progresiva relevancia adquirida por la necesidad de aceptación, por parte de sus destinatarios, de los contenidos de la regulación, explican este fenómeno. Desde un punto de vista teórico, el protagonismo de la Administración en el Estado social, y la limitación del papel del Parlamento, exigen la introducción de mecanismos de democracia directa, que postulan una mayor participación de los particulares en la actividad pública de reglamentación. Sobre ello, véase, S. MUÑOZ MACHADO, “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración”, *RAP*, n.º 84, 1977, pp. 519 a 535. Éstas y otras manifestaciones de la citada contractualización -en particular, la utilización de técnicas convencionales en la actuación administrativa- son desarrolladas por M. BASSOLS COMA, en “Sobre los principios originarios del Derecho Administrativo...”, op. cit., pp. 457.

Los propios postulados del Estado social comportan una ruptura de las fronteras alzadas por la sociedad frente a éste. Las teorías económicas ponen de manifiesto que la sociedad no es capaz, por si sola, de resolver todos los fallos del mercado y que es preciso, en este ámbito, la intervención reguladora estatal. También se advierte que la sociedad, por falta de altruismo, por un lado, y de recursos económicos, por otro, no puede asumir la construcción de las infraestructuras necesarias que requiere el desarrollo industrial³⁸, ni puede hacer frente a las necesidades de ofrecer unos servicios sanitarios y educativos para todos los ciudadanos, ni cubrir tampoco económicamente las contingencias de los mismos³⁹.

Ante estas constataciones, el Estado interviene, directamente, en la materialización de estos fines, produciéndose una progresiva estatalización de la sociedad. El Estado, sin embargo, no se presenta, frente a la sociedad, como el poder o la autoridad que era antaño, sino como un colaborador de la misma⁴⁰.

Los fines del Estado no se limitan, pues, a la garantía de seguridad de los ciudadanos, sino que se amplían notablemente, hacia la satisfacción de nuevas prestaciones. No se trata, en este contexto, de garantizar y asegurar formalmente unos derechos, sino de conseguir su materialización. La idea que late en este esquema surge de la constatación de la insuficiencia de la garantía de la igualdad formal, que conduce a

³⁸ La formación del Estado social como una consecuencia de la necesidad de adaptación del Estado a la sociedad industrial y a los avances de la técnica ha sido puesta de relieve por E. FORSTHOFF, en *El Estado de la sociedad industrial...*, op. cit., pp. 69 y ss. También señala esta relación M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones...*, op. cit., pp. 85 y ss.: “El Estado social es un ensayo de adaptación del estado decimonónico a la sociedad industrial y postindustrial que se basa en la interacción entre estado y sociedad”. Por su parte, M. STOLLEIS, en “Las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho Administrativo en la era industrial”, *DA*, n.º 234, 1993, p. 8, afirma: “Por primera vez fue posible fijarse a fondo en lo que representa la tecnificación del mundo, la existencia del Estado intervencionista y la dependencia física y psíquica del individuo respecto a los aparatos prestacionales del Estado”.

³⁹ M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones...*, op. cit., p. 22: “El Estado social, por el contrario, parte de la experiencia de que la sociedad dejada total o parcialmente a mecanismos autorreguladores conduce a la pura irracionalidad y que sólo la acción del Estado hecha posible por el desarrollo de las técnicas administrativas, económicas, de programación de decisiones, etc., puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado”. En concreto, en el Estado social, según E. FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial...*, op. cit., p. 71 y ss, las posibilidades del Estado son puestas al servicio de la sociedad en un triple sentido: dirección de los procesos económicos, previsión de la existencia y redistribución social. Ello da lugar a las siguientes manifestaciones de la intervención positiva del Estado en la sociedad: política fiscal para conseguir objetivos de igualación de niveles económicos, lucha contra el paro y consecución de niveles macroeconómicos; prestación directa de bienes y servicios públicos y establecimiento de políticas de protección social.

⁴⁰ L. ORTEGA, “El Estado como instrumento de la sociedad”, op. cit., p. 212.

postular la necesidad de garantizar y materializar la igualdad real. Esta idea se plasma en el reconocimiento de los derechos sociales. En palabras de Lowenstein, “estos nuevos derechos fundamentales no están destinados a garantizar la libertad *frente* al Estado y la protección *frente* al Estado; sino que son pretensiones del individuo o del grupo colectivo *ante* el Estado⁴¹. Los derechos sociales constituyen, así, imperativos de acción del Estado y de la Administración⁴². La procura asistencial pasa a ser una responsabilidad del poder público y, más concretamente, de la Administración.

Para cumplir los fines que se propone el Estado social, la estructura administrativa crece desmesuradamente. Se destaca un claro protagonismo, en esta fase de desarrollo del Estado, del poder ejecutivo, frente a la tradicional primacía del legislativo⁴³.

Desde el punto de vista organizativo, junto a la estructura estatal de carácter jerárquico y centralizado, surgen nuevas constelaciones organizativas, en muchos casos dotadas también de personalidad jurídica, que sirven instrumentalmente a la satisfacción de las nuevas demandas de la sociedad⁴⁴.

⁴¹ K. LOWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 400 (las cursivas transcritas en el texto son del autor).

⁴² Es comúnmente aceptado que los derechos sociales no son derechos en sentido jurídico, ya que no pueden ser exigidos judicialmente al Estado, sin que exista una legislación previa que los desarrolle. Sin embargo, inciden en la interpretación de la legislación vigente, justifican la intervención pública, concretan los límites de la potestad legislativa y orientan la actividad de la Administración. Sobre la evolución de la interpretación de la cláusula de Estado social en Alemania, y de los derechos sociales en España, puede verse el completo análisis realizado por L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración pública...*, op. cit., pp. 29 a 95.

⁴³ Según E. DESDENTADO DAROCA, en *La crisis de identidad del derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 50 y 51: en este nuevo modelo, el Estado asume la dirección del conjunto del sistema económico y social, con lo cual, “de un Estado predominantemente legislativo, propio del Estado liberal, se pasa a un Estado predominantemente administrativo. La toma de decisiones se traslada del Parlamento a las instancias que por sus estructuras tienen mayor capacidad para actuar y para adoptar decisiones rápidas, es decir, a las instancias gubernamentales y administrativas y, además, el fuerte intervencionismo del Estado exige la configuración de un aparato organizativo burocrático de complejidad y extensión considerables”. En la misma línea, P. ESCRIBANO COLLADO, “¿Crisis de los conceptos de Administración Pública y Derecho Administrativo?”, *REDA*, n.º 37, 1983, p. 167.

⁴⁴ Sobre estas nuevas formas de organización, véase, entre otros: G. ARIÑO ORTIZ, *La Administración institucional (Bases de su régimen jurídico)*. Mito y realidad de las personas jurídicas del Estado, IEA, Madrid, 1974; F. GARRIDO FALLA, *Administración indirecta del Estado y Descentralización funcional*, Instituto de Administración Local, Madrid, 1954; F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*, INAP, Alcalá de Henares, Madrid, 1987; y J. L. VILLAR PALASÍ, “Tipología y Derecho Estatutario de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas”, en *Administración Institucional. Libro Homenaje al profesor M. F. Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994.

En el ámbito de la regulación de mercado, el Estado no actúa únicamente mediante sus propios recursos, a través de la denominada “Administración instrumental”. Para satisfacer determinadas prestaciones, se vale también de la colaboración de los particulares, quienes, a través de la técnica concesional, coadyuvan en la satisfacción de fines públicos –en concreto, en la prestación de servicios públicos-. Tales fines asimismo se cumplen, fundamentalmente en el ámbito asistencial, por entidades de carácter social⁴⁵.

Este proceso de ruptura de las correlaciones entre sujetos, fines e instrumentos públicos, destaca también la aparición de determinados supuestos en los que los particulares ejercen, por delegación de la Administración, o por atribución legal, genuinas funciones públicas de autoridad⁴⁶. Ello conduce, por un lado, a una nueva redefinición de lo que sea la Administración o la órbita del Estado⁴⁷, y, por el otro, a una nueva delimitación de la noción de sociedad civil, que incluye, según algunos

⁴⁵ Sobre el fenómeno de la colaboración privada en la prestación de servicios públicos y en la realización de actividades materiales, técnicas o de carácter prestacional, pueden verse, entre muchos otros, las aportaciones de: B. GÉNY, *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, Recueil Sirey, París, 1930; G. RENARD, “La collaboration des administrés”, *Revue Générale de Droit, de la Législation et de la Jurisprudence*, 1930, pp. 280 a 290; M. BASSOLS COMA, “Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público”, *RAP*, n.º 82, 1977, pp. 433 a 472; y J. L. VILAR PALASÍ, “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, *RAP*, n.º 3, 1950, pp. 53 a 129.

⁴⁶ Sobre las diversas formas de colaboración de los particulares en la satisfacción de fines públicos, particularmente cuando tal satisfacción requiere la atribución de potestades y prerrogativas de poder público, así como sobre su incidencia en el criterio delimitador del Derecho administrativo, destacan las aportaciones de: R. MARTÍN MATEO, “La sustantividad del Derecho Administrativo”, *RAP*, n.º 53, t. III, 1967, pp. 35 a 71; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Derecho Administrativo, sindicatos y autoadministración*, IEAL, Madrid, 1972; y F. SAINZ MORENO, “Ejercicio privado de las funciones públicas”, *RAP*, n.º 100-102, t. II, 1983, pp. 1699 a 1783.

Los supuestos de colaboración privada se están viendo notablemente ampliados en la actualidad, dando lugar a una manifestación de la colaboración que no siempre es explicable a través de la técnica de la delegación. Esta nueva colaboración afecta de lleno a verdaderos sujetos privados –no a organizaciones de base privada totalmente administrativizadas, como es el caso de las Corporaciones de Derecho público que analiza con detalle T. R. Fernández-, desborda la atribución de potestades concretas para la realización de una profesión liberal –como sucede con los supuestos analizados por F. Sainz Moreno- e implica el ejercicio privado de la autoridad, esto es, de funciones públicas en el sentido estricto del término. Pueden verse al respecto los ejemplos que traen a colación: S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “El desarrollo de una idea de *colaboración* en el Derecho administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros”, *REDA*, n.º 94, 1997, pp. 203 a 220; D. CANALS AMETLLER, “La jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad”, *RPJ*, n.º 56, 1999, pp. 459 a 479; y, de la misma autora, “El ejercicio privado de la inspección técnica de vehículos: una jurisprudencia controvertida”, *La Llei de Catalunya. Revista catalana de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n.º 291, 2000, pp. 1 a 4.

⁴⁷ Véase, por todos, la tesis inédita, de pronta publicación, de D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, 2001.

autores, “todas las formas de agentes sociales, individuos o grupos, cuya actuación no deriva del Estado y que no actúan con los medios de la autoridad estatal”⁴⁸.

En otro orden de consideraciones, el aumento de la actividad administrativa presupone, también, un aumento desmedido de la legislación⁴⁹ y una transformación de la función de la ley. Así, la ley pierde su carácter general y ordenador de la sociedad, para dar paso, por un lado, a una legislación centrada en casos concretos –son las denominadas “leyes medida”-, y, por otro, a una legislación destinada a programar determinados fines y habilitar al Gobierno y a la Administración para que adopten las decisiones pertinentes para conseguirlos⁵⁰.

En este contexto prolifera, pues, la legislación habilitante, al tiempo que aumenta extraordinariamente el volumen de normas dictadas por el Gobierno y por la

⁴⁸ Esta definición es la ofrecida por E. BRIX, en *Civil Society in Österreich*, Passagen Verlag, Wien, 1998. Puede verse la recensión a este libro de M. DARNACULLETA GARDELLA, en *REDC*, n.º 60, 2000, pp. 383 a 387. La definición de sociedad civil ofrecida en esta obra colectiva responde al acuerdo existente entre los profesores que forman parte de la grupo de trabajo denominado *Wege zur Civil Society in Österreich* (Camino hacia la sociedad civil en Austria), de la Asociación para la Investigación en Austria (*Österreichische Forschungsgemeinschaft*). Este grupo de trabajo, formado por profesores de diversas disciplinas, se dedica al estudio del desarrollo de la sociedad civil y sus potenciales aportaciones a la tarea de descargar al Estado de algunas de sus funciones. Algunas de sus principales líneas de reflexión pueden consultarse en M. DARNACULLETA GARDELLA, “El sistema jurídico entre el Estado y la sociedad. Sobre el papel de la autorregulación social y el arbitraje previo: Crónica del Seminario celebrado en la Academia Diplomática de Viena los días 30 y 31 de marzo de 2000”, *Autonomías. Revista Catalana de Derecho Público*, n.º 26, 2000, pp. 313 a 316.

Cabe destacar que la aproximación mencionada a la noción de sociedad es similar a la ofrecida por N. Bobbio, en la Voz “sociedad civil”, del *Diccionario de Política*, tomo II, siglo XXI, México, 1991, p. 1519, que tomamos de *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, (Coord. R. De Asís Roig), Universitat Carlos III, Dykinson, Madrid, 1996, p. 90: “En la contraposición sociedad civil-Estado se entiende por sociedad civil la esfera de las relaciones entre individuos, entre grupos y entre clases sociales que se desarrollan fuera de las relaciones de poder que caracterizan a las instituciones estatales”.

⁴⁹ Como señala G. DEL VECCHIO, en *Teoría del Estado*, op. cit., p. 214, al natural desenvolvimiento de la actividad humana corresponde también un incremento de la actividad del Estado y, más en concreto, un incremento de la actividad normativa, “pues al Derecho le compete dar las normas que han de regular la vida en todas sus manifestaciones, y el Estado es precisamente, el órgano del Derecho”. Puesto que ya hemos comentado con anterioridad las críticas a la “hiperregulación” que ha acompañado al desarrollo del Estado social, nos gustaría traer a colación aquí unas palabras de Posada Herrera, pronunciadas mucho antes de que la actividad legislativa conociese su actual desbordamiento, recogidas por F. SOSA WAGNER, en *La construcción del Estado y del Derecho Administrativo. Ideario jurídico-político de Posada Herrera*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001, p. 71: “A POSADA le produce ya desde su juventud, es decir, desde el momento en que dicta sus *Lecciones*, una cierta alergia a la discusión permanente (y en buena medida estéril a sus ojos) de las Asambleas y ésta es la razón por la que patrocina y defiende una mesurada actividad de los legisladores, comedimiento que sólo fortuna puede ocasionar al país ya que, de lo contrario, “se ocuparían de cosas que no produjeran bienes generales y tendrían la manía de dar muchas leyes que es la peor de las manías que pueden tener los legisladores””.

⁵⁰ Véanse, entre otros: J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, “La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico formal y la realidad material del funcionamiento de la administración”, *Anuario de filosofía del derecho*, 1990, pp. 100 y ss; y L. PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991, pp. 46 y ss.

Administración, en cuya elaboración se busca, también, la colaboración de la sociedad⁵¹. Ello es debido a que el destacado protagonismo de la Administración, frente al papel meramente programático de la legislación, pone en entredicho la legitimidad democrática de las decisiones administrativas, con lo cual se intenta cubrir este déficit mediante el fomento de la participación⁵².

La participación permite sostener que, junto a la mencionada contractualización de la regulación, se produce una socialización del Estado y una consiguiente “quiebra de la exclusividad de la detentación del poder real o efectivo por los órganos estatales titulares del poder formal político”⁵³. Este rasgo se acentúa notablemente con el tiempo, puesto que, si la participación se limitaba en un principio a la integración de la representación de determinados intereses en la organización administrativa, o a su audiencia en un procedimiento administrativo, en la actualidad se desarrolla a través de procedimientos informales, o mediante el reconocimiento de la posibilidad de sustituir decisiones administrativas unilaterales por convenios administrativos⁵⁴.

⁵¹ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, op. cit., pp. 514 y ss.; F. J. DELGADO BARRIO, “Participación ciudadana y disposiciones generales”, en *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 116 y ss.; M. REBOLLO PUIG, “La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales”, *RAP*, n.º 115, 1988, pp. 99 a 166; F. RODRÍGUEZ PONTÓN, “La participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos y la reserva de ley: algunas consideraciones”, *Autonomías. Revista Catalana de Derecho público*, n.º 21, 1996, pp. 255 a 280.

⁵² S. MUÑOZ MACHADO, en “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación...”, op. cit., pp. 519 y ss., analiza la participación desde la óptica de la legitimación, y advierte sobre las posibles quiebras que esta forma de actuación de las Administraciones públicas puedan introducir en el concepto estatutario de Derecho administrativo. Por su parte J. HABERMAS, en *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Cátedra, Madrid, 1999, [*Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1973], pp. 87 y ss., advierte que la participación y la negociación de la Administración pública con los particulares es más “una forma de legitimación de las sociedades complejas que un intento real de adoptar compromisos”.

⁵³ Según L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración pública...*, op. cit., p. 96, tal quiebra deriva de “la mayor importancia adquirida por organizaciones tales como los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones patronales, las organizaciones profesionales, (...) (además de los grupos de presión), así como el carácter pluralista del orden sociopolítico, que comporta el papel central de la opinión pública fuertemente condicionada por los medios de comunicación social”.

⁵⁴ Ya hemos destacado con anterioridad que este rasgo es una de las consecuencias del corporatismo, de la organización e institucionalización de la sociedad. Como destacan S. GINER, y M. PÉREZ YRUELA, en *El corporatismo en España*, op. cit., p. 18: con el desarrollo del Estado social “toda suerte de grupos y categorías sociales se han organizado de formas variadas para defender mejor colectivamente, que no individualmente, lo que consideran sus intereses o, por lo menos, para hacerse oír. Todos estos colectivos han llamado a las puertas del Estado pidiendo audiencia, reconocimiento, protección, apoyo o subvenciones (...) Como consecuencia se ha ido pasando paulatinamente a lo que se ha denominado modelo pluralista, que reconoce la presencia de esta multiplicidad de grupos que pugnan por satisfacer sus intereses en competencia los unos con los otros invocando al Estado como árbitro, cuando no como cómplice o aliado en tales disputas”. Ello obliga a la Administración a relacionarse con estos grupos de interés, a negociar con ellos y a adecuar sus decisiones, en la medida de lo posible, a sus

Este panorama dificulta enormemente la tarea de buscar un único criterio delimitador del Derecho administrativo. La Administración realiza muchas funciones que no se limitan al ejercicio de poder y de autoridad, ha perdido el monopolio de la satisfacción de los intereses generales, y la colaboración de los particulares en estos aspectos adquiere cada vez mayor protagonismo. En el Estado social, la ley no es ya la única fuente idónea para la definición del interés general. El interés público ha perdido su carácter unívoco, dejando de ser la contraposición natural de los intereses particulares. La ruptura de la rígida separación de los intereses públicos y privados, correlativa a la transformación de las relaciones entre Estado y sociedad, no encaja bien con la tradicional definición y materialización unilateral del interés público por parte del Estado. Por ello, caracterizan esta etapa evolutiva del Estado, por un lado, la intensificación de la participación privada y la búsqueda de fórmulas de concierto, transacción y cooperación con grupos y agentes privados –esto es, la contractualización de la regulación-, y, por otro lado, la incipiente aparición de grupos, individuos o asociaciones sociales, que ven aumentado su poder, que gozan de autoridad en algunos campos específicos, y que van a ser determinantes en el siguiente estadio de las relaciones entre Estado y sociedad.

3. Nuevas formas de regulación: la regulación pública de la autorregulación.

Como hemos podido comprobar, la regulación, entendida como intervención estatal coactiva, abstracta y general, es propia de una forma de Estado, el Estado liberal. El tránsito hacia el Estado social comporta una extraordinaria proliferación en la utilización de los medios coactivos de actuación y la aparición de nuevas formas de intervención directa y no coactiva, que desencadenan la “hiperregulación” que en la actualidad pretende evitarse. Se propugna, pues, una desintervención del Estado en la

pretensiones –con el consiguiente riesgo de desnaturalización de los intereses generales-. Se refieren a este tipo de procesos, entre otros: M. BASSOLS COMA, “Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración...”, op. cit.; F. DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995; W. HOFFMANN-RIEM, “La reforma del Derecho administrativo. Primeras experiencias: el ejemplo del Derecho ambiental”, *DA*, n.º 234, 1993, pp. 19 a 84; J. SALAS, “El régimen de acción concertada”, *RAP*, n.º 56, 1968, pp. 435 y ss.; A. SÁNCHEZ SÁEZ, “El nuevo Derecho Ambiental: cambios y posibilidades de futuro en torno a las técnicas convencionales”, *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, n.º 2, 1998 <http://www.cica.es/aliens/gimadus/sanchezsaez.html>, [última consulta 19/10/2000]; H. SCHULZE-FIELITZ, “Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, Heft 12, 1994, pp. 657 a 667; así como las diversas aportaciones al número 235-236 de la revista *Documentación Administrativa*.

sociedad. Ello no obstante, lo que se consigue con esta aparente retirada del Estado es una transformación de la regulación estatal directa e imperativa por otras formas de regulación.

Las nuevas formas de regulación derivan, según parece, de una nueva configuración del Estado y de la sociedad que es, hoy, una sociedad policéntrica y altamente autorregulada⁵⁵.

Parece indiscutible que el Estado se enfrenta, en estos momentos, a una sociedad altamente autorregulada, en la que aparecen formas de poder –dentro y fuera del mercado- desconocidas históricamente. Al mismo tiempo -como hemos constatado en el capítulo primero de este trabajo-, se han puesto de relieve, en el ámbito del mercado, las disfunciones de la intervención estatal directa, a las que cabe añadir la incapacidad del Estado para materializar las prestaciones sociales. En lo que respecta a la actividad estatal de policía, también se ha señalado la incapacidad de los poderes públicos para cumplir directamente con las obligaciones de protección constitucional, debido a la complejidad organizativa del propio Estado y de la sociedad, y a la complejidad técnica y ética de los ámbitos en los que debe actuar. En definitiva, el Estado se enfrenta al reto de tener que responder a los fines y a las obligaciones que ha ido asumiendo, en un proceso de desregulación y de limitación de su intervención directa.

Lo que se produce, por consiguiente, en lo que a las relaciones Estado-sociedad se refiere, es una intensificación de los rasgos propios del Estado social. Estos rasgos deben convivir ahora, sin embargo, con la paradoja que supone la insistente llamada al retorno de los principios del Estado liberal, en un contexto en el que se sigue exigiendo al Estado la obligación de cumplir aquellos objetivos de protección que le impone una

⁵⁵ M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones...*, op. cit., p. 25, utilizando los términos propios de la teoría de sistemas, sostiene que: “el sistema estatal y el sistema social, sin perjuicio de su respectiva autonomía, son partes de un metasistema, es decir, hay que considerarlos desde la perspectiva de un sistema más amplio en el que cada uno de los términos sirve a finalidades complementarias y posee cualidades y principios estructurales igualmente complementarios”. Sin recurrir a una visión sistémica de la sociedad, también L. MORELL OCAÑA, en “El “criterium” de la Administración pública y el Derecho Administrativo contemporáneo”, *REDA*, n.º 29, 1981, p. 253, pone de relieve la transformación operada en la sociedad: “(...), es imposible seguir manteniendo por más tiempo concepciones excesivamente simplistas de la Sociedad que, por motivos puramente ideológicos, tomo como punto de partida el Derecho Administrativo del Estado Liberal (...). Hoy se ha hecho ya pura evidencia que la Sociedad no es un marco abstracto sino un sistema de grupos extraordinariamente diverso (...) En suma, el contexto

Constitución que lo define como “Social y Democrático de Derecho”. En otras palabras, se combinan las teorías neoliberales y las demandas de adelgazamiento del Estado con el mantenimiento -o incluso, en algunos ámbitos, la expansión- de los fines exigidos al Estado. Ello explica que se intensifique el recurso a la colaboración de los agentes sociales y se ponga el acento en las técnicas, más o menos consolidadas, de instrumentalización de la sociedad al servicio de fines públicos.

Ello no obstante, los retos planteados en este nuevo panorama son difíciles de alcanzar. El Estado debe conseguir, por ejemplo, regulaciones concretas, que recojan los detalles técnicos de la realización de una actividad, o que prevean las consecuencias y las soluciones éticas a la misma, sin acudir a la reglamentación. En el mismo orden de consideraciones, los poderes públicos deben conseguir que tales regulaciones sean fácilmente adaptables al vertiginoso ritmo de transformación de las innovaciones tecnológicas y, además, que sean aplicadas, prescindiendo en lo posible del establecimiento de controles directos que dificulten el ritmo de la economía.

Para conseguir estos objetivos, los instrumentos de regulación pierdan sus tintes de generalidad e imperatividad, para centrarse en lo concreto, lo sugerido y lo contextualizado⁵⁶. Se caracteriza la regulación como “concreta” porque entra en detalles que serían impensables en una regulación de carácter general. Se califican las nuevas formas de regulación por centrarse en lo “sugerido”. La regulación imperativa, obligatoria, da paso a una regulación no coactiva y no vinculante. Se contextualiza la regulación en la medida en que se buscan, en cada caso, los instrumentos más idóneos para conseguir los fines públicos en función del objeto regulado. La influencia de la terminología anglosajona y de sus formas de regulación es clara en este sentido. Al lado

social resulta jerarquizado y organizado: queda compuesto por una amplia pluralidad de grupos, con sus correspondiente elites, que ejercen una determinada dimensión de poder social”.

⁵⁶ Reflexionando sobre estos temas, nos ha llamado la atención el modo en que Gérard TIMSIT explica esta evolución en su artículo “Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation”, op. cit., pp. 375 y ss. Este autor hace uso la metáfora de los dos cuerpos del Rey (un cuerpo místico y un cuerpo real) analizada por Kantorowicz, para invertirla y trasladarla al Derecho. Para Timsit el Derecho ha dejado de ser una realidad abstracta y general, expresión de un Estado heredero del cuerpo místico del rey, para convertirse en un derecho concreto y anclado en la sociedad. Este autor denomina *droit-réglementation* a este primer tipo de Derecho, mientras que califica de *droit de régulation* al derecho concreto, individualizado y contextualizado que se encuentra actualmente en formación.

de un Derecho “duro” –*hard law*–, obligatorio y coactivo, de origen estatal, se viene reconociendo la existencia de un derecho “blando” –*soft law*–⁵⁷.

Se impone, pues, en la actualidad, una materialización descentralizada del interés general y una regulación indirecta, consistente en la instrumentalización de la actividad de los actores sociales y la supervisión de dicha actividad⁵⁸. La autorregulación regulada se enmarca en esta tendencia general, en la que las formas imperativas de actuación se transforman en formas de actuación cooperativas, la jerarquía da paso a la red y la unidad de actuación se quiebra en compartimentos estancos⁵⁹.

Así, una de las nuevas formas de regulación que se inscribe en esta tendencia es la consistente en el establecimiento de “redes de regulación”. La función reguladora del Estado consiste, en este caso, en la articulación de los intereses de todos los actores, públicos y privados, afectados por una determinada regulación⁶⁰. Este nuevo papel del Estado afecta también la Administración, que debe actuar como árbitro en una red o

⁵⁷ No existe un consenso absoluto sobre la utilización del término *soft law*. Esta forma de regulación incluye aquellas decisiones públicas que no poseen efectos vinculantes y que adoptan, por ejemplo, la forma de recomendaciones. Pero también se califican con el mismo término las normas de origen social que poseen idénticos rasgos, fundamentalmente cuando tales normas regulan aspectos que responden a un determinado “interés gubernamental”. De este modo, en función de diversas tradiciones jurídicas, las expresiones “self-regulation”, “voluntary regulation”, “co-regulation” o “quasi-regulation” responden también a la noción de *soft law*. Pueden contrastarse, en este sentido, las afirmaciones de A. LA SPINA y G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, op. cit., pp. 87 y ss. con el estudio realizado por encargo de la Comisión Europea “Study to identify best practice in the use of soft law and to analyse how this best practice can be made to work for consumers in the European Union”, al que puede accederse a través de la página web: <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/enfo/enfo02-en.html>.

⁵⁸ La ejecución de la legislación se descentraliza, se atribuye en muchos casos a los particulares, al tiempo que, por un lado, mediante la reglamentación se vehicula esta ejecución hacia la satisfacción de los fines buscados por el Estado, y, por el otro, mediante la supervisión se controla que no exista ninguna desviación de tales fines. En esta transformación radica, según Helmut Wilke, la ironía del Estado: H. WILKE, *Ironie des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, pp. 142 y ss. En este sentido, podemos observar que las reflexiones de la doctrina sobre el nuevo papel del Estado en la regulación económica son también trasladables a la regulación de policía. Así, por ejemplo, L. PAREJO ALFONSO, en “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y servicios públicos”, *RAP*, n.º 153, 2000, p. 221, señala: “La “reducción” del papel del Estado no significa “eliminación” de dicho papel; significa, sólo, como regla general, su transformación: abandono de la actividad estatal directa (...) y asunción y reforzamiento de la actividad de dirección, supervisión y control”.

⁵⁹ E. SCHMIDT-ASSMANN, “Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher Systembildung”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, p. 271.

⁶⁰ Esta nueva forma de regulación se encuentra también prevista en el Libro Blanco de la Gobernanza, DOCE C 287, de 12 de octubre de 2001, pp. 14-15. Una visión general sobre las diversas aportaciones doctrinales, en la literatura americana, británica y europea sobre el tema puede consultarse en: D. MARSH (Ed.), *Comparing Policy Networks*, Open University Press, Buckingham/Philadelphia, 1998.

entramado de relaciones sociales diversas. La actuación administrativa informal, la fijación del principio de cooperación o algunas de las manifestaciones de la participación orgánica y funcional, dan razón de ello. Estos mecanismos, en la medida en que pretenden orientar la actuación de los particulares al cumplimiento de fines públicos, son considerados también, por algunos autores, como manifestaciones de la autorregulación regulada⁶¹.

Asimismo, la regulación a través de las llamadas “Administraciones independientes” o “Autoridades de regulación” se inscribe entre las nuevas formas de regulación ensayadas por el Estado. La doctrina ha señalado la notable influencia de las experiencias de Derecho comparado en la creación de este tipo de entidades⁶².

Lo cierto es que, como consecuencia de impulsos muy diversos, ha proliferado en nuestro ordenamiento la creación de estas nuevas Administraciones públicas, caracterizadas por su neutralidad. La neutralidad de estas entidades se predica, por un lado, del marcado carácter técnico de su actuación⁶³ y, por otro, de su grado de independencia, tanto frente a la acción del Gobierno como frente a las presiones de los

⁶¹ D. GRIMM, “Regulierte Selbstregulierung in der Tradition des Verfassungsstaats”, op. cit., p. 18; y K.-H. LADEUR, “Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer “Logik der Netzwerke”. Rechtliche Steuerung und die beschleunigte Selbsttransformation der postmodernen Gesellschaft”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, p. 59.

⁶² Los rasgos de las administraciones independientes en España, igual que sucede en el resto de países europeos, se inspiran, a pesar de sus notables diferencias con ellas, en las *Independent Regulatory Commissions* de Estados Unidos. Como pone de relieve S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, vol. I, op. cit., p. 260: “Todo el movimiento de reforma de la Administración norteamericana, producido a finales del siglo XIX, que dio lugar al nacimiento de las entidades reguladoras ahora conocidas, se fundó en dos preocupaciones básicas: la primera, crear organismos suficientemente separados del debate político y de la influencia de los cambios electorales; la segunda, obtener de los mercados suficiente información como para poderlos organizar de un modo consecuente con los intereses generales y el respeto de los consumidores”. Sobre estas autoridades, véanse: C. A. COLLIARD y G. TIMSIT, *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, París, 1988; M. J. GUEDON, *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, París, 1991; A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994; A. M. MORENO MOLINA, *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995; E. CARBONELL y J. L. MUGA, *Agencias y procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes”, y R. PARADA, “Las administraciones independientes”, ambos en *Administración instrumental, Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, vol. I.

⁶³ Correlativo al marcado carácter técnico de su actividad, se reconoce la autonomía técnica de quienes ejercen sus funciones en este tipo de administraciones. Dicha autonomía significa que “el personal directivo del Ente está formado en primer lugar por técnicos, y que cuenta, en segundo lugar, con la libertad (autonomía) suficiente para apreciar y aplicar sus conocimientos técnicos en el desarrollo de la función del ente”. Por esta razón, “la condición principal para su nombramiento es su “reconocida competencia” en el ámbito de los asuntos objeto de la competencia del ente”: A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes...*, op. cit., pp. 212-213.

particulares que quedan sometidos a su radio de acción⁶⁴. La independencia de estas organizaciones se afirma, en muchos casos, en sus propias leyes de creación y se garantiza, en todos los supuestos, a través de su peculiar estatuto orgánico⁶⁵. La neutralidad –rasgo que se añade a la exigencia de objetividad de toda Administración pública-, el marcado carácter técnico de su actividad y su intervención en sectores que han sido calificados como especialmente “sensibles”, serían, en suma, los rasgos comunes a este tipo de organizaciones⁶⁶.

Con carácter muy general, podemos identificar dos razones de peso en la creación de las Administraciones independientes, que no se excluyen completamente, y que tienen que ver con los sectores afectados por su regulación.

La primera de ellas explica la creación de entidades como el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público de Radio Televisión, el Consejo del Audiovisual de Cataluña, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España o la Agencia de Protección de Datos, y está relacionada con la complejidad que envuelve el

⁶⁴ Como señala E. MALARET, “La Comisión Nacional del Mercado de Valores (Una aproximación a su configuración institucional)”, *REDA*, n.º 76, 1992, p. 559: “La creación de organizaciones con similares rasgos pretende garantizar, respecto a todos los intereses sectoriales en presencia, una posición neutral en la realización de la misión confiada en un sector social y constitucionalmente importante. Razones de eficiencia, pero sobre todo de garantía, presiden la creación de estas instituciones (...). La “neutralidad” es una exigencia ligada no sólo al carácter técnico de la materia, sino también, y sobre todo, una garantía contra la parcialidad de la acción gubernamental –puesto que la Administración se coloca en una posición de árbitro con relación a los distintos intereses privados- y las presiones de intereses “fuertes y organizados”. En definitiva, y a pesar de las explicaciones diversas que ha merecido la aparición de las administraciones independientes, la idea de imparcialidad o neutralidad está siempre presente. Véase, por todos, J. M. SALA ARQUER, “El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes”, *REDA*, n.º 42, 1984, pp. 401 a 422. Este autor concluye que la unidad del fenómeno consiste en “la necesidad de colocar fuera de la contienda política partidista, determinadas funciones administrativas singulares”, es decir, “políticamente neutralizadas” (p. 403)

⁶⁵ En este sentido, se ha afirmado que el estatuto orgánico constituye “la clave de bóveda del sistema de administraciones independientes”: E. GARCÍA LLOVET, “Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho”, *RAP*, n.º 131, 1993, pp. 100 y ss. Este autor destaca que, las características del estatuto orgánico de este tipo de entes que más inciden en su independencia vienen dados por el sistema de incompatibilidades, que protege estas instituciones frente a los intereses privados del sector en el que operan; y la garantía de la estabilidad de sus miembros, correlativo al desapoderamiento del Gobierno de la potestad de remoción de éstos. También dedica especial atención a estos aspectos M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales a las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 83 y ss.

⁶⁶ Utilizan la expresión, “sectores sensibles”, para otorgar un rasgo de unidad a los diversos ámbitos afectados por la regulación de las Administraciones independientes, F. LÓPEZ RAMÓN, “El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente”, *RAP*, n.º 124, 1991, p. 197; E. MALARET GARCÍA, “La Comisión Nacional del Mercado de Valores...”, op. cit., p. 558; o L. A. POMED SÁNCHEZ, “Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes”, *RAP*, n.º 132, 1993, p. 199 y p. 121, entre otros.

ámbito de actuación de estas entidades. Según los casos, esta complejidad es de carácter ético, de carácter económico, o de carácter técnico. Tal complejidad aparece en ámbitos de estrecha interrelación entre el Estado y la sociedad. Dichos ámbitos, según las aportaciones de José Esteve Pardo a este tema, pueden sintetizarse en los tres siguientes: “derechos y libertades, sobre todo cuando se prevén conflictos y ajustes entre ellos; actividad económica y financiera; control y decisión sobre riesgos”⁶⁷. Los ámbitos de actuación de estas entidades coinciden en gran medida, como pone de manifiesto el citado autor, con los ámbitos en los que la autorregulación regulada posee mayores desarrollos⁶⁸.

La segunda de las razones, a las que responde, en concreto, la creación de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones y el Tribunal de Defensa de la Competencia, está relacionada con la necesaria separación, en sectores afectados por la liberalización de servicios públicos, entre el ente regulador y el sujeto regulado⁶⁹. También en términos muy generales, podríamos decir que la regulación que llevan a cabo las tres últimas entidades, sería una regulación económica, mientras que las restantes ejercerían una regulación de policía,

⁶⁷ J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 47. La relación de las entidades arriba mencionadas, los ámbitos de intervención señalados y la complejidad con la que se enfrentan, son evidentes.

⁶⁸ Según J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación...*, op. cit., pp. 51, las manifestaciones más características de la autorregulación se concentran en los ámbitos “en que más fluidas y complejas son las relaciones entre Estado y sociedad. Ámbitos en los que muy significativamente (...), operan también las llamadas Administraciones independientes”. Podría señalarse incluso que, en algunos ámbitos, la actuación a través de Administraciones independientes o el recurso a la autorregulación se plantean como las dos únicas vías de solución, alternativas o complementarias, según los casos, ante problemas de difícil o imposible solución si los poderes públicos recurren exclusivamente a la técnicas clásicas de regulación. Así, en relación con el ciberespacio, insiste S. MUÑOZ MACHADO, en *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, pp. 59 y 60, que su regulación en muchos aspectos sólo será posible “por organismos independientes o mediante autorregulaciones”.

⁶⁹ Como señala S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, vol. I, op. cit., p. 259: “La exigencia comunitaria de la separación de reguladores y operadores en el mercado ha dado lugar a la creación, en todos los Estados miembros, de comisiones independientes que se ocupan de la función de regulación. Los aspectos normativos de esta función no siempre se les atribuyen en exclusiva, ya que la Administración directa del Estado suele retener algunas atribuciones de este género. Pero las funciones de supervisión y vigilancia del mercado se desarrollan ordinariamente a través de las indicadas comisiones. A este modelo responden, por ejemplo, en España la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”. En la misma línea, M. CARLÓN RUIZ, “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, op. cit., p. 233: “A través de la creación de este tipo de órganos se busca romper con la indentificación de las funciones de regulación y de prestación de los servicios en ciertos ámbitos de la actividad económica caracterizados hasta ahora como monopolio”. En parecidos términos, V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, “La liberalización del sector eléctrico: perspectiva jurídica”, op. cit., pp. 205-206.

en la medida en que tienen por objeto garantizar la protección de derechos fundamentales, la protección contra riesgos tecnológicos o la seguridad en el mercado⁷⁰.

La regulación a través de las Administraciones independientes tiene lugar, en muchos casos, mediante reglamentaciones, de marcado carácter técnico, emanadas por estas entidades⁷¹ pero, fundamentalmente, a través de técnicas de control y supervisión de la actividad de los particulares⁷², y por medio de técnicas de conciliación e

⁷⁰ La función de protección de derechos fundamentales es clara en el estatuto del ente público Radio Televisión Española o del Consejo del Audiovisual de Cataluña; la protección contra riesgos tecnológicos derivados de la energía nuclear también es patente en la norma de creación del Consejo de Seguridad Nuclear; en fin, la protección de derechos fundamentales, derivados de riesgos tecnológicos, es la razón que explica la creación de la Agencia de Protección de Datos. Es mucho más resbaladiza, en cambio, la distinción entre la función de protección de la seguridad del mercado y la función de regulación económica, puesto que ambas se complementan mutuamente. Pueden constatarse, sin embargo, los paralelismos y las diferencias entre, por ejemplo, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, atendiendo a la misión que les encomiendan sus normas de creación. Así, según el art. 13 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV): “Se crea la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a la que se encomiendan la supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionen en el tráfico de los mismos, el ejercicio sobre ellas de la potestad sancionadora y las demás funciones que se le atribuyen en esta ley [entre las que se encuentra la potestad reglamentaria]. La Comisión nacional del Mercado de Valores velará por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines”. Por su parte, el art. 1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, dice: “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en el mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector”.

⁷¹ Tienen atribuida la potestad normativa: el Banco de España que, a partir de la aprobación del Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio, aprueba reglamentos bajo la forma de Circulares; la CNMV, por expresa atribución del artículo 15 de la LMV; la Agencia de Protección de Datos, según reza el artículo 37 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal; la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, según se desprende de la letra f) del artículo 1.2 de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones; y el Consejo de Seguridad Nuclear, gracias a la modificación del artículo 2 de la Ley 15/1980, de 22 de abril, de creación del Consejo de Seguridad Nuclear, introducida por la DA 1ª de la Ley 14/1999, de 4 de mayo, de Tasas y Precios Públicos por Servicios prestados por el Consejo de Seguridad Nuclear. Sobre las peculiaridades de las normas dictadas por estas entidades, y la extensión de su potestad normativa, pueden verse, entre otros: T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los poderes normativos del Banco de España”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 13, 1984 y, del mismo autor “Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva”, en *Libro homenaje al profesor J. L. Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989; M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 426 y ss; E. MALARET GARCÍA, “La Comisión Nacional del Mercado de valores...”, op. cit.; S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, vol. I, op. cit., pp. 283 y ss; y M. ORDAS ALONSO, “Los poderes normativos del Ministerio de Economía y Hacienda y del Banco de España en el ámbito contractual privado”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 30, 1999, pp. 11 a 83.

⁷² La función de supervisión, que se materializa en el control previo de las actividades que caen bajo su órbita de actuación, mediante la concesión de denegación de autorizaciones, en el seguimiento de tales actividades, mediante la facultad de inspección, y en el control represivo, materializado en la potestad sancionadora, es un rasgo común a todas las Administraciones independientes. A pesar de que todas las aproximaciones a estas entidades destacan la importancia y las características de esta función, ponen especial acento en las mismas, M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales a las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 315 y ss.; y R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante*.

instrumentos no vinculantes, con los que se pretende reconducir dicha actividad⁷³. Para realizar tales actividades es fundamental, en todos los casos, el poder de información, que ha sido calificado como la “atribución primaria de los reguladores”⁷⁴.

Esta forma de regulación se caracteriza, pues, por un lado, por dar lugar a un Derecho mucho más concreto, más contextualizado y altamente tecnificado, en el que prima la consecución de objetivos por encima de su propia vinculatoriedad; y, por otro, por atribuir un destacado protagonismo a la función administrativa de control y supervisión. Estos rasgos son comunes a todas las nuevas formas de regulación. Estas se caracterizan, en primer lugar, por la utilización de instrumentos flexibles de regulación⁷⁵; y, en segundo lugar, por responder a la máxima según la cual, frente a quienes defienden la desregulación como alternativa a la regulación, se impone, en la actualidad, una “regulación responsable”⁷⁶ y una regulación de calidad⁷⁷.

Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 142 y ss.

⁷³ A pesar de que las Administraciones independientes gozan de prerrogativas y de potestades, lo cierto es que su actuación se concreta, en muchos casos, a través de propuestas, recomendaciones o instrucciones, cuyo carácter vinculante no deriva del ejercicio de una potestad –esto es, no son actos jurídicamente vinculantes, actos administrativos, en definitiva, ni reglamentos-, sino de la autoridad técnica del sujeto del cual emanan. La importancia de estas técnicas en la actividad de las Administraciones independientes es especialmente destacada por J. Tornos, quien acaba adaptando la noción de “regulación” a las funciones que realizan estas entidades, entre las que incluye una función garantizadora del equilibrio en ámbitos donde ello es especialmente difícil: “En definitiva, el concepto de regulación nos remite a un tipo de actuación administrativa caracterizado por su fin, la búsqueda del equilibrio, y por la importancia del caso concreto frente a la aplicación abstracta de la norma general. Actividad reguladora que puede llevarse a cabo a través de técnicas administrativas de diverso signo. El reglamento, la autorización y sanción, pero también, y de forma principal, el informe, la propuesta, la mediación, el arbitraje, el convenio” (...) “Identificamos de este modo la actividad de regulación con la suma de un conjunto, llevamos el concepto de regulación al conjunto de competencias que puede ejercer el ente regulador. Órgano y función se construyen de este modo recíprocamente. El fenómeno de la regulación y el surgimiento de autoridades independientes se nos aparecen como realidades indisociables”: J. TORNOS MAS, en *Las autoridades de regulación...*, op. cit., p. 70.

⁷⁴ En este sentido, S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, vol. I, op. cit., pp. 272 y ss.

⁷⁵ Las Administraciones independientes se caracterizan, precisamente, por una composición basada en los conocimientos técnicos de sus miembros y en la utilización de instrumentos de regulación no coactivos. En este sentido, entre muchos otros, A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 212 y ss. En la misma línea, entre las ventajas de la autorregulación, se advierte que la misma permite aportar unos conocimientos técnicos superiores, permite reducir los costes de aplicación coercitiva de la normativa, y al tratarse de normas más flexibles, permite una mayor posibilidad de adaptación y reforma: A. OGUS, “Rethinking Self-Regulation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, n.º 1, 1995.

⁷⁶ A esta “regulación responsable” se refiere principalmente la doctrina norteamericana cuando alude a la necesidad de que la regulación responda a las necesidades de la sociedad y no exceda de las mismas. En este sentido puede verse: I. AYERS y J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1992. Profundizando en esta línea, A. J. PORRAS NADALES, en *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, PPU, Barcelona, 1988, p. 222 y ss., recoge las afirmaciones que, sobre este aspecto, aportan Nonet y Selznick [*Law and Society in Transition*, 1978]. Según estos autores, puede destacarse la existencia de las

La presencia de este marco común, sin embargo, no debe impedir ver cuáles son sus diferencias. Así, es cierto que, como ocurre en el caso de las Administraciones independientes, la autorregulación regulada permite también conseguir el establecimiento de unas normas concretas, en lo que atañe a su grado de precisión y su directa vinculación con lo regulado, de marcado carácter técnico o de carácter ético. Con la autorregulación se consiguen determinados fines públicos a través de modos de regulación más neutros –autorregulación normativa de carácter técnico- y/o más axiológicos –autorregulación normativa de carácter ético-⁷⁸. No obstante, mientras que en la autorregulación regulada estos objetivos son conseguidos directamente a través de la acción de la sociedad, en la regulación por las Administraciones independientes dichos resultados son fruto directo de una acción pública. La actuación de las Administraciones independientes describe una nueva forma de regulación que comprende, pero que desborda también y que no abarca completamente, la regulación pública de la autorregulación.

También es cierto que la regulación de la autorregulación se inscribe en una nueva forma de intervención estatal que pretende optimizar los recursos que le ofrece la sociedad para garantizar la consecución efectiva de fines públicos⁷⁹. Sin embargo, no

siguientes tres fases evolutivas del Derecho: Fase de *repressive law* (derecho represivo): entiende el sistema jurídico como un instrumento pasivo al servicio del predominio de determinadas fuerzas sociales y políticas (se adecuaría al predominio del derecho burgués); Fase del *autonomous law* (o derecho autónomo), caracterizada por la defensa de los parámetros fundamentales de la forma Estado de Derecho, concebida como modo de garantía frente a los procesos de descomposición y crisis coincidentes con la crisis del modelo liberal; Fase de la *responsive law* (traducido por algunos autores como derecho responsable o como derecho responsivo por otros), en la que surge un Derecho con pretensión de responder a los condicionamientos del ambiente social. Es el resultado evolutivo del formalismo legal e intenta atender a la exigencia de ser “responsive to social need”. Según Porras Nadales (Ibidem., p. 223): “La adecuación del derecho-respuesta a la pluralidad selvática y caotizada de demandas sociales, al margen de que puede asegurar una elevada adecuación final de la realidad al derecho, neutraliza sin embargo la potencialidad transformadora autónoma del Estado y, sobre todo, acentúa el riesgo evidente de la progresiva desracionalización, más o menos periférica, del sistema jurídico”.

⁷⁷ En el ámbito de la regulación de mercado, aunque la afirmación es extensible también a la regulación de policía, se sostiene que: “Ante los fallos, la inexistencia o la insuficiencia de los mercados el problema no es, pues, si hay que intervenir o no, sino cómo asegurar la calidad de la intervención estatal”: J. PRATS y J. COMPANY, “La construcción institucional de las capacidades reguladoras...”, op. cit., p. 62.

⁷⁸ J. G. BELLEY, en “L’État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique”, *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n.º 1, 1986, p. 30: “L’État, les groupes, les associations et les organisations bureaucratiques chercheraient de plus en plus à atteindre leurs objectifs de coordination et de contrôle par des modes de régulation plus “neutres” (la technique...) et/ou plus axiologiques (la morale...) que les modes de régulation juridique”.

⁷⁹ Según W. HOFFMANN-RIEM, “La reforma del Derecho administrativo...”, op. cit., p. 42: “hay un enfoque que consiste en activar un máximo de potencial social de autorregulación por medio de la política estatal estructural y de ordenación y de tener preparados al efecto, por parte del Estado, instrumentos de acción específicos, así como reglas de organización y procedimiento. A este contexto

todas las formas de optimización de los recursos sociales por parte del Estado son, como sabemos, manifestaciones de la regulación pública de la autorregulación.

La regulación pública de la autorregulación se manifiesta, por un lado, en un sentido ascendente, cuando el Estado advierte las ventajas que ofrece la autorregulación y le atribuye concretos efectos públicos; y, por otro, en un sentido descendente, cuando el desarrollo de la autorregulación es fomentada, incluso impuesta, por la legislación. Esta regulación de tipo descendente, en la que se impone a los particulares la obligación de satisfacer determinados fines públicos, bajo su propia responsabilidad, no debe ser confundida, sin embargo, con los supuestos de delegación de funciones públicas a particulares, en los que se traslada a éstos, no sólo el cumplimiento de una obligación de relevancia pública, sino también la condición de autoridad o, incluso, concretas potestades inherentes a los poderes públicos. En ambas fases, ascendente y descendente, la regulación de la autorregulación pone de relieve la aparición de una nueva técnica de intervención de los poderes públicos que se corresponde, en gran medida, a la aparición de un nuevo tipo de Derecho, que ha sido calificado por Gunter Teubner como un “derecho reflexivo”⁸⁰.

El derecho reflexivo incorporaría en su interior la racionalidad reflexiva que comienza a aparecer como un hecho en el interior de las sociedades contemporáneas. La racionalidad reflexiva se apoya en una intervención mínima, pero sustancial, en los procesos internos de autorregulación de los subsistemas sociales. En concreto, “el derecho reflexivo tiende a confiar en normas procedimentales que regulen los procesos, la organización y la distribución de derechos y competencias (...). Bajo un régimen de derecho reflexivo, el control legal de la acción social es indirecto y abstracto, porque el sistema legal sólo determina la organización y las premisas procedimentales de la acción futura”⁸¹. Si hemos entendido bien las aportaciones de este autor, la noción de derecho reflexivo enlaza, fundamentalmente, con la regulación del contexto de la

pertenece el intento de orientar el Derecho hacia estructuras de intereses de sus destinatarios de modo tal que, por regla general, alcance la observancia “voluntaria” por razones utilitaristas –incluidas las de índole económica”.

⁸⁰ G. TEUBNER, “Reflexives Recht”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n.º 13, 1982; y G. TEUBNER, y H. WILLKE, “Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht”, op. cit.

⁸¹ G. TEUBNER, “Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno”, en P. BOURDIEU y G. TEUBNER, *La fuerza del Derecho*, Siglo del Hombre Editores/Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes/ Ediciones Uniandes/ Instituto Pensar, Santafé de Bogotá, 2000, p. 106.

autorregulación, aunque permite explicar también el fomento de la autorregulación y la atribución de efectos públicos⁸².

Esta técnica parte, indiscutiblemente, de la existencia, en el seno de la sociedad, de subsistemas sociales autorregulados. La juridificación de la autorregulación de tales subsistemas puede conseguirse, como sabemos, mediante el reconocimiento y la potenciación de su autonomía, en términos jurídicos. Esta acción estatal de reconocimiento de la autonomía privada es calificada como “regulación residual del contexto”, que consiste en la intervención del Derecho con el objeto de garantizar y hacer posible que la autorregulación adquiriera carácter jurídico. Esta regulación residual del contexto se concreta en el reconocimiento constitucional de libertades fundamentales ligadas a ciertos subsistemas sociales -libertad científica, libertad de prensa, libertad de cátedra, libertad de asociación, libertad de empresa-, junto con la garantía y potenciación de la autonomía privada. Es una estrategia del Estado consistente en ejercer “una función de legitimación (estímulo y sanción) de los poderes reales”⁸³. Sus desarrollos jurídicos, como hemos visto, son ya consecuencia de la propia dinámica de la sociedad, que puede decidir, o no, juridificar la autorregulación.

Sobre esta realidad, esto es, sobre la autorregulación de origen social, con independencia de si posee o no carácter jurídico, se produce una regulación “directiva” o “instrumentalizadora del contexto”. Esta forma de regulación ha sido calificada también de “metarregulación”⁸⁴. Con independencia de su denominación, esta técnica

⁸² Debemos, sin embargo, realizar algunas advertencias previas, puesto que Gunter Teubner integra en la noción de autorregulación realidades, como la negociación entre Administraciones y particulares, que no van a ser objeto de nuestra consideración. Por lo demás, como sostiene N. REICH, en “Formas de socialización de la economía reflexiones sobre el postmodernismo en la teoría jurídica”, en J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera (Eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 96: “El concepto de derecho reflexivo no se da en el lenguaje de la teoría jurídica. Es un concepto prestado que (...) refleja menos una teoría del derecho que una estrategia de pensamiento jurídico “post-moderno” que está interesado en la “regulación legal de la autonomía”.

⁸³ J. PÉREZ ROYO, “Crisis del Estado social: un falso debate”, *Derecho y economía...*, op. cit., p. 61. También A. J. PORRAS NADALES, en *Introducción a una teoría...*, op. cit., pp. 229 y ss., parece referirse a esta función legitimadora del Derecho, aunque su visión de la autorregulación es sólo parcialmente coincidente con la que se deduce del Derecho positivo. Para este autor: “Sólo la ley estaría así en condiciones de ofrecer un marco de consecuencias capaces de responder a toda esta compleja serie de exigencias: generar legitimación, atribuir una forma de seguridad jurídica a relaciones fragmentariamente pactadas entre Sociedad y Estado, suministrar a las mismas eficacia *erga omnes*, y asignar una capacidad de control sobre la renta social que asegure la efectiva autonomía decisional de los espacios autónomos autoorganizados, reservando finalmente espacios de control a posteriori por parte del propio Estado”.

⁸⁴ A. LA SPINA, y G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, op. cit., p. 85; y K.-H. LADEUR, “Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer “Logik der Netzwerke””, op. cit., p. 76.

consiste en la asignación de procedimientos y mecanismos de control de la autorregulación por parte del Estado. Se concreta, pues, en la determinación, a través de leyes o reglamentos, de los procedimientos mediante los cuales debe canalizarse la autorregulación, los rasgos organizativos de la misma o los fines que debe cumplir. En concreto, el derecho reflexivo, en esta vertiente, trataría, pues, de asignar fines públicos a la autorregulación, e intentaría introducir elementos democráticos y principios propios de la actuación administrativa en los procedimientos y organizaciones autorregulativas⁸⁵.

También forma parte de esta modalidad de regulación contextual la introducción de controles para que tales fines públicos se cumplan. Corresponde a los poderes públicos controlar que la autorregulación se desarrolle a través de los cauces procedimentales y de acuerdo con los requisitos establecidos en la legislación. Una característica de este tipo de controles deriva de la propia estructura autorregulativa sobre la que actúa el derecho reflexivo. Se parte, en la mayoría de los casos, de un autocontrol realizado por el mismo subsistema, al que se le suma un control externo, por parte del subsistema estatal. Con esta técnica, los mecanismos normativos y cognitivos del Estado son aprovechados al máximo, convirtiendo al Estado en un “observador ideal de la realidad”⁸⁶.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA REGULACIÓN PÚBLICA DE LA AUTORREGULACIÓN.

Las ideas desarrolladas hasta este momento están presentes, ciertamente, en la regulación pública de la autorregulación. Constituyen un marco general apropiado para

⁸⁵ Según B. Montanari, “Aspetti, limiti, alternative della legificazione”, *Sociologia del diritto*, 1985, p. 28 [en una cita que tomamos de *Problemas de legitimación en el Estado social*, (Coord. E. Olivás), Trotta, Madrid, 1991, p. 40]: “En pocas palabras, en vez de regular directamente el comportamiento social a través de normas, el Derecho se limitaría a regular organizaciones y procedimientos y a redistribuir derechos regulativos. En concreto, esto significa que en la situación actual el fin principal del Derecho no consiste en tener bajo control el poder y tampoco en incrementar la participación individual en el poder formulada de manera enfática por la denominada “democracia participativa”, sino que estriba en proyectar estructuras organizativas internas (asociaciones públicas, sindicatos, *mass media*) que sean sensibles a los efectos sociales producidos por las estrategias de maximización de la específica racionalidad adoptada por ellos. La creación de condiciones estructurales favorables al desarrollo de una “conciencia organizativa” que refleje el equilibrio entre función y actividad del sistema social, debería ser el objetivo integracional desarrollado por un derecho reflexivo”.

⁸⁶ K.-H. LADEUR, “Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer “Logik der Netzwerke””, op. cit., p. 76.

el análisis de este fenómeno, pero no integran la descripción de su concreta materialización y dejan al margen algunos datos que intentaremos concretar con la descripción de los objetivos, las manifestaciones y las consecuencias de la regulación pública de la autorregulación.

1. Objetivos de la regulación pública de la autorregulación.

Los objetivos de la regulación pública de la autorregulación han quedado ya bastante definidos en la exposición precedente. En un intento de síntesis, podría convenirse que, mediante esta técnica deben alcanzarse, básicamente, dos objetivos aparentemente contradictorios. En primer lugar, y como respuesta a las recomendaciones de la Unión Europea relativas a la simplificación y desintervención administrativa, parece que deben limitarse las medidas de intervención directa del Estado. En segundo lugar, debe alcanzarse una elevación de los niveles de protección de determinados bienes, tales como la salud, la seguridad, el medio ambiente o la dignidad de las personas. El resultado de la combinación de ambos objetivos conlleva una descarga del Estado, pero, al mismo tiempo, una intensificación de la intervención indirecta de éste en la sociedad.

La caracterización tradicional de las relaciones entre Estado y sociedad impone que, para conseguir estos dos objetivos, la regulación pública de la autorregulación incorpore un tercer objetivo, de carácter primario, que es básico para la consecución de los otros dos. La regulación pública de la autorregulación debe perseguir en primer término la corresponsabilización de la sociedad en la disminución de los riesgos por ella generados, puesto que, por un lado, las Constituciones de todos los Estados miembros imponen solamente a los poderes públicos la obligación directa de protección de los bienes arriba mencionados; y, por otro, los principales riesgos contra estos bienes provienen de la actividad de los particulares.

A) La corresponsabilización de la sociedad.

Hemos advertido que, de facto, la gestión de los fines públicos se materializa mediante la actuación conjunta del Estado y la sociedad. Sin embargo, se ha mantenido inalterado el principio según el cual la obligación jurídica de satisfacer tales fines –la

obligación, en definitiva, de garantizar determinados niveles de protección, corresponde solamente al Estado. Esto es, la protección de la vida, de la integridad de las personas, de la salud, de la seguridad o del medio ambiente, es una responsabilidad que las Constituciones atribuyen sólo a los poderes públicos –aunque no se impone que sean tales poderes quienes posean el monopolio de su materialización-. En la actualidad, rompiendo con esta dinámica, se impone, desde diversas políticas comunitarias, el principio de corresponsabilidad o de responsabilidad compartida entre el Estado y la sociedad, en la satisfacción de tales obligaciones de protección⁸⁷.

El traslado de este tipo de responsabilidades a la sociedad, en forma de obligaciones compartidas con el Estado, se produce mediante la combinación de las tres técnicas siguientes. En primer lugar, se manifiesta mediante la introducción de un nuevo principio general del Derecho público, derivado de los trabajos preparatorios de la legislación comunitaria⁸⁸: el principio de responsabilidad compartida o de corresponsabilidad, entre el Estado y la sociedad, en la protección de determinados bienes –destacadamente, la protección del medio ambiente frente a riesgos generados por las nuevas tecnologías o por las empresas que hacen uso de las mismas; la protección de consumidores y usuarios frente a riesgos alimentarios o frente a riesgos derivados de la falta de seguridad de los productos puestos al mercado; y la protección de la dignidad humana y del desarrollo de los menores frente a riesgos generados por los nuevos medios de comunicación-. En segundo lugar, se produce también a través de la imposición obligatoria de sistemas de autorregulación que permitan hacer efectiva la responsabilidad directa de la sociedad en la protección de estos bienes. Y, en tercer lugar, se consigue mediante técnicas diversas de fomento de la autorregulación social

⁸⁷ El carácter jurídico de este principio de responsabilidad compartida, y su relación con la juridificación de un principio de cooperación, entre el Estado y la sociedad, es analizada por U. DI FABIO, en “Das Kooperationsprinzip –ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts”, *NZVw*, n.º11, 1999, p. 1153, al hilo de dos interesantes sentencias, de 7 de mayo de 1998, del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*).

⁸⁸ En puridad, a diferencia de otros principios del Derecho comunitario –como el principio de subsidiariedad o el principio de “quien contamina paga”-, el principio de corresponsabilidad o de responsabilidad compartida no es explicitado en ningún texto legislativo de la Unión Europea. No obstante, se trata de un principio que se halla presente, como veremos, en diversos documentos elaborados por la Comisión y que se materializa ya en concretas manifestaciones de las que tal principio puede ser deducido. No sería de extrañar, pues, que en un futuro no muy lejano, dicho principio adquiriese el mismo grado de reconocimiento que otros principios de Derecho comunitario, más aún teniendo en cuenta la decidida influencia que está adquiriendo ya en la conformación de las relaciones Estado sociedad en el ordenamiento interno de los Estados miembros de la Unión.

que favorecen la asunción voluntaria, por parte de los particulares, de la responsabilidad que les corresponde en la limitación de los riesgos que genera su actividad.

Antes de ver algunos ejemplos concretos, es importante tener presentes las siguientes advertencias. En primer lugar, desde un punto de vista jurídico, nada impide que los particulares, mediante la autorregulación, refuercen los niveles de protección estatal de bienes y derechos garantizados constitucionalmente. En segundo lugar, la corresponsabilización de los particulares en la protección de tales derechos no puede, en ningún momento, ser interpretada como una disminución de la responsabilidad estatal: las obligaciones de protección constitucional se imponen al Estado, no a la sociedad. En tercero y último lugar, y precisamente como consecuencia de ello, la elevación de las garantías de seguridad y de protección mediante la autorregulación regulada no vienen acompañadas de un proceso de privatización de funciones públicas sino, por el contrario, de un sometimiento más intenso de la autorregulación social a la regulación y al control estatal y, por tanto, de una publicación de la autorregulación.

El principio de responsabilidad compartida fue introducido explícitamente, en materia de protección del medio ambiente, por el *Quinto programa de acción comunitario en materia de medio ambiente*⁸⁹. Como acertadamente se ha señalado, “el Derecho comunitario ambiental deja de ser, en este momento, un asunto de los Estados miembros para implicar a amplios sectores de la sociedad”⁹⁰. Este principio se encuentra desarrollado, entre otros, en los Reglamentos comunitarios que regulan la ecoetiqueta y los sistemas de ecogestión y ecoauditoría⁹¹; y en la Directiva 96/61/CE del

⁸⁹ Véanse: la Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 1 de febrero de 1993, sobre un Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible [DOCE C 138, de 17 de mayo de 1993]; y la Decisión 2179/98/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la revisión de dicho programa [DOCE L 275, de 10 de octubre de 1998]. En ambos casos se subraya “la importancia de la aplicación del Derecho comunitario a través del concepto de la responsabilidad compartida”, como recuerdan también el Parlamento Europeo y la Comisión en su Recomendación de 4 de abril de 2001, sobre criterios mínimos de las inspecciones medioambientales en los Estados miembros [DOCE L 118, de 27 de abril de 2001]. Según destacan M. URIARTE RICOTE y J. URKOLA IRIARTE, “Acerca del V programa comunitario de acción en materia ambiental”, *RVAP*, n.º 37, 1994, p. 352, en dicho programa: “La corresponsabilidad se enfoca no sólo en relación con la prevención, sino también respecto al mecanismo de compensación que es necesario arbitrar en respuesta al daño que, en caso de que la prevención no haya surtido los efectos perseguidos, pueda haberse producido”.

⁹⁰ A. NOGUEIRA, “Evolución de las técnicas de tutela ambiental en la Unión Europea”, *RArAP*, n.º 12, 1998, p. 93.

⁹¹ Reglamento CEE 880/1992, del Consejo, de 22 de marzo, relativo a un sistema comunitario de concesión de etiqueta ecológica [DOCE L 99, de 11 de abril de 1992]; y Reglamento CEE 1836/93 del Consejo, de 29 de junio [DOCE L 168 de 10 de julio de 1993], recientemente modificado por el

Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, que introduce constantes remisiones a las mejores tecnologías disponibles, para determinar valores límites de emisión o para definir las tecnologías más limpias. La introducción del principio de corresponsabilidad en estas normas comporta una transformación de los instrumentos clásicos de actuación de los poderes públicos en materia de medio ambiente, y la introducción y experimentación de nuevas técnicas, entre las que la regulación pública de la autorregulación tiene un papel destacado⁹².

El principio de corresponsabilidad, entre la Administración y los particulares, en lo que atañe a la protección de la salud y la seguridad de consumidores y usuarios también está amparado, principalmente, en la política comunitaria sobre esta materia⁹³.

La transformación radical en materia de calidad y seguridad de productos, operada a través de las Directivas de “nuevo enfoque” y “enfoque global”, y el impulso que se ha dado con ello al desarrollo de la normalización privada y la certificación voluntaria, bastarían como ejemplo⁹⁴. Esta corresponsabilidad se transforma en

Reglamento 76/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS)” [DOCE 114, de 24 de abril de 2001].

Suscribimos por completo la afirmación sostenida por R. RIVERO ORTEGA, en *El Estado vigilante...*, op. cit., p. 160: “(...) los controles de calidad y las auditorías ambientales muestran claramente cómo la prevención se ha convertido en una corresponsabilidad de sujetos públicos y privados. El Estado no es ya el único encargado de velar por la seguridad y los intereses de los ciudadanos, lo que no significa que pueda renunciar a su cometido”. En la misma línea, P. T. NEVADO-BATALLA MORENO, *La intervención administrativa en la industria: seguridad y control*, Comares, Granada, 2000, p. 43 sostiene que: “Resulta innegable entender que las empresas de carácter industrial, tienen una responsabilidad propia en relación con la gestión de la repercusión medioambiental de sus actividades y, en consecuencia, deben desempeñar un papel activo y relevante en este ámbito”.

⁹² W. HOFFMANN-RIEM, en “La reforma del Derecho Administrativo...”, op. cit., p. 21, no sólo analiza algunas de estas novedosas técnicas, sino que dice explícitamente que “hoy en día el Derecho del medio ambiente constituye un campo de referencia especialmente importante”, y acoge la expresión acuñada por M. KLOEPFER, E. REHBINDER y E. SCHMIDT-ASSMANN, (*Umweltgesetzbuch-Allgemeiner Teil*, Oficina Federal para el Medio Ambiente, 1991), según la cual, el Derecho del medio ambiente es una especie de “laboratorio de regulación del ordenamiento jurídico en su conjunto”. Sobre el papel de la autorregulación en materia de protección ambiental reflexiona R. BREUER, en su aportación al manual, coordinado por M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, C-H Beck, München 1998, pp. 489 y ss.

⁹³ Es paradigmática, en este sentido, la Resolución del Consejo de 28 de junio de 1999, sobre la política de consumidores en la Comunidad en el período 1999-2001 (DOCE n.º C 206). En ella se considera que debe elevarse el grado de responsabilidad de los operadores económicos en la gestión de los riesgos que genera su actividad y que deben fomentarse los acuerdos voluntarios entre organizaciones de consumidores y operadores económicos, y autorregulación de tales operadores, como complemento o alternativa a la legislación.

⁹⁴ Cabe citar aquí la Resolución de 7 de mayo de 1985, relativa a la nueva aproximación en materia de armonización y de normalización, comúnmente conocida como “nuevo enfoque” [DOCE C 136, de 4 de agosto 1985].

responsabilidad exclusiva de los particulares cuando éstos ponen en circulación productos industriales defectuosos⁹⁵. Asimismo, la Unión Europea entiende que la responsabilidad primaria sobre la seguridad de los alimentos debe recaer sobre la industria, los productores y los proveedores, mediante disposiciones de autocontrol⁹⁶. Los manuales y códigos de buenas prácticas agrícolas, los manuales de higiene alimentaria y la implantación, ahora obligatoria, de los sistemas de autocontrol basados en los principios de “Análisis de Riesgos y Control de Puntos Críticos”, son manifestaciones de la autorregulación que responden a este nuevo planteamiento.

En materia de protección de la dignidad humana y de desarrollo de los menores frente a los riesgos derivados por las nuevas tecnologías y, en concreto por los nuevos medios de comunicación, la responsabilidad de los particulares es invocada con reiteración. En este ámbito se sostiene, repetidamente, que la protección de este tipo de bienes es responsabilidad última del Estado –lo mismo cabe decir, a nuestro entender, respecto de los bienes citados con anterioridad–, si bien se apela a la responsabilidad de los medios de comunicación y a la de los operadores de las redes informáticas para que, mediante la autorregulación, garanticen también su protección⁹⁷.

⁹⁵ Esta responsabilidad de los productores y distribuidores, que es una responsabilidad objetiva, es introducida por la Directiva 83/374, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.

⁹⁶ Como materialización de esta política cabe citar la Directiva 93/43/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993 relativa a la higiene de los productos alimenticios; y el Reglamento CE 178/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero, por el que se establecen los principios y requisitos de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria. Los principios recogidos en este Reglamento se encontraban ya formulados en el Libro Verde sobre Principios generales de la legislación alimentaria de la Unión Europea [DOCE C 176, de 1997] y en el Libro Blanco de la Comisión sobre seguridad alimentaria [DOCE C 179, de 12 de enero de 2000]

⁹⁷ Responden a estas ideas las apelaciones a la autorregulación contenidas en las Directivas “Televisión sin fronteras”, 89/552/CEE, de 3 de octubre, y 97/36/CE, de 30 de junio de 1997; la Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 5 de octubre de 1995, *sobre el tratamiento de la imagen de las mujeres y de los hombres en la publicidad y en los medios de comunicación*, [DOCE C 296, de 10 de noviembre de 1995, p. 16]; la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 1995, *sobre el pluralismo y la concentración de los medios de comunicación*, [DOCE C 166, de 3 de julio de 1995, p. 134]; la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de septiembre de 1995, *sobre la función de la televisión pública en una sociedad multimedia*, [DOCE C 320, de 28 de octubre de 1996, p. 184]; la Recomendación del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, *relativa al desarrollo de la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información, mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana* [DOCE L 270, de 7 de octubre de 1998, pp. 48 a 55]; o, entre otros muchos ejemplos, en el Dictamen del Comité de las Regiones sobre el “Libro Verde sobre la protección de los menores y la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información” y sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité

B) La descarga del Estado y la intensificación de la intervención administrativa.

Con base en el principio de corresponsabilidad es posible reducir las normas o los controles públicos que impiden o dificultan el desarrollo de la iniciativa privada mediante su sustitución por normas y controles privados. Ello permite descargar al Estado, en primer lugar, de la función pública de regulación o intervención directa en la estructuración de las relaciones sociales, y, en segundo lugar, de la asunción estatal de funciones que no son, propiamente, funciones públicas, a pesar de estar relacionadas con fines de interés general.

Es obvio que la atribución de la función de normalización voluntaria a una entidad privada, en aquellos países, como España, en los que dicha función venía siendo desarrollada por una entidad pública, comporta una descarga del Estado. Esta descarga es, si cabe, más evidente si se tiene en cuenta que la función de normalización permite reducir también el volumen de reglamentos administrativos y se ve complementada con una función de certificación a normas técnicas, realizada también por sujetos privados, que permite relajar los controles públicos relacionados con el cumplimiento de las condiciones de seguridad de productos e instalaciones industriales. Así, en aras a la simplificación normativa, la normalización ejercida a través de reglamentaciones técnicas podría, o debería incluso, ser limitada a aquellos supuestos en los que no existieran normas técnicas armonizadas en el ámbito comunitario. La concesión de autorizaciones administrativas, la homologación de productos y la inspección y el control públicos de las actividades industriales son, asimismo, parcialmente sustituidas por el autocontrol privado y por el control realizado por expertos privados.

La normalización voluntaria, incluso cuando era ejercida por organismos públicos, no constituye, a nuestro entender, una función pública en sentido estricto. Ahora bien, es obvio que el establecimiento de reglamentaciones técnicas, la concesión de autorizaciones administrativas, la homologación de productos y la inspección realizada por funcionarios públicos son genuinas funciones públicas, constituyen una manifestación de potestades públicas e implican el ejercicio autoridad estatal. Su sustitución por la autorregulación regulada no comporta, ello no obstante, una traslación

Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre *Contenidos ilícitos y nocivos en Internet*" [DOCE C n.º215, de 16 de julio de 1997, p. 37].

de dicha autoridad. Puesto que la responsabilidad directa del ejercicio de tales funciones recae en sujetos privados, se reconoce en ellos la *auctoritas* técnica propia de su especialización profesional, pero no se les atribuyen, con carácter general, facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública ni se delega en ellos concretas potestades públicas, que siguen residiendo en manos de la Administración que controla su actividad⁹⁸.

En otro orden de consideraciones, a efectos prácticos -aunque queda un largo camino por recorrer para defender jurídicamente esta afirmación-, ciertas manifestaciones de la autorregulación podrían ser de gran ayuda para ofrecer criterios que permitiesen acotar la oportunidad del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración⁹⁹. De este modo, las campañas de inspección y el establecimiento de sanciones podría dirigirse, en primer término, hacia aquellas empresas que no demuestran voluntad alguna de autorregulación. El control sobre aquéllas que se autorregulan podría ser facilitado, precisamente, por los propios mecanismos de

⁹⁸ D. CANALS AMETLLER, en *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad...*, op. cit., analiza diferentes supuestos en los que determinadas organizaciones privadas dotadas de autoridad técnica se presentan, cuando ejercen genuinas funciones públicas de control, inspección y certificación, como si de verdaderas autoridades públicas se tratara. Estos supuestos contrastan con los ejemplos analizados en este trabajo.

⁹⁹ No procede en estos momentos reproducir un apasionante debate, en el que se están aproximando posiciones, sin que exista todavía un claro entendimiento entre las partes, sobre la vinculación de la potestad sancionadora a los principios de legalidad, discrecionalidad u oportunidad. Creemos que estos principios deben jugar papeles distintos en función del momento procesal de la actuación sancionadora. Convenimos con A. NIETO, *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 143, que el principio de oportunidad tiene un claro protagonismo en la determinación del inicio de un expediente sancionador. Según este autor: "Frente al principio de la legalidad, que implica *el deber* se perseguir y sancionar las infracciones, el principio de oportunidad establece *la posibilidad o permisibilidad* de poner en marcha tales consecuencias jurídicas" [la cursiva es del autor]. Si bien este dato parece estar perfectamente contrastado en la realidad resulta problemático defender su carácter jurídico. Los principales problemas que plantea la aplicación del principio de oportunidad -la impunidad de ciertos infractores; la vulneración de principios tales como la igualdad y la seguridad jurídica; la distorsión de la competencia en el mercado; o la desvirtuación del carácter disuasivo de la sanción- han sido señalados con gran acierto por M. REBOLLO PUIG, en *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, MAP, Madrid, 1989, pp. 710 y ss. Podrían, quizás, amortiguarse algunos de estos problemas si, aceptando la vigencia del principio de oportunidad en la iniciación de un procedimiento administrativo sancionador, se regulase en cierto modo su ejercicio, sobre la base de una estructura que tomase en consideración la autorregulación. Podrían, por ejemplo, concentrarse las acciones sancionadoras contra quines no demuestran ninguna voluntad de asumir la responsabilidad social que les corresponde, persiguiendo con carácter general -y sin introducir distinciones que permitiesen sostener que se vulnera el principio de igualdad- a todas las empresas que no se autorregulan. Ello debería ir acompañado de la imposición de sanciones mucho más severas, a partir de una campaña de controles realizada al azar, contra quienes, a pesar de dotarse de unos códigos de conducta de carácter voluntario y aplicar habitualmente reglas técnicas, realizando formalmente los necesarios controles sobre su cumplimiento, utilizasen la autorregulación como mera campaña de imagen, sin perseguir ni conseguir realmente el más mínimo acercamiento a la disminución de los niveles de riesgo permitidos por la legislación.

autorregulación existentes. Si la autorregulación se realiza mediante los cauces adecuados, debería existir una diferencia sustancial entre la comisión de infracciones por parte de quienes se autorregulan y quienes no. De funcionar adecuadamente la autorregulación como medio preventivo, las inspecciones sobre las empresas que se autorregulan no debería comportar la imposición de sanción alguna. En este ejemplo, trasladable con carácter general a todos aquellos en los que la autorregulación actúa como complemento de la regulación de policía, la descarga del Estado es predicable en dos sentidos: el control directo puede ser sustituido por un control indirecto, de modo que la recopilación de la información que debe manejar la Administración es menor, por venir, en cierto modo, filtrada por los controles propios de la autorregulación; y la necesidad de iniciar procedimientos administrativos sancionadores puede verse reducida, de facto, sólo si mediante la autorregulación se alcanzan los fines esperados.

Así, por ejemplo, no es necesario tampoco que sea el Estado quien establezca detalladas regulaciones sobre los límites a la actividad publicitaria y quien controle directamente su cumplimiento, cuando existen organismos de autodisciplina que asumen de forma directa la responsabilidad de cumplir esta función. También en este caso, las funciones antes ejercidas por la Administración –funciones de reglamentación y control de la publicidad ejercidas por la Junta Central de Publicidad- eran genuinas funciones públicas, que implicaban el ejercicio de autoridad estatal.

A pesar de ello, debe rechazarse de plano que cualquier manifestación de una actividad privada destinada al cumplimiento de fines públicos, cuando esta actividad había sido históricamente ejercida por la Administración, responda a un supuesto de privatización funcional¹⁰⁰. Ello supondría cuestionar, en realidad, todas las manifestaciones de la autorregulación, debido a las connotaciones negativas que atribuyen quienes defienden un concepto amplio de privatización¹⁰¹. Inversamente a lo

¹⁰⁰ De acuerdo con las aportaciones de S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *RAP*, n.º 144, 1997, pp. 12-13, por “privatización funcional” se entiende la transferencia al sector privado del ejercicio de funciones públicas.

¹⁰¹ Existen fundadas razones para criticar la “privatización” entendida como la utilización del Derecho Privado por la Administración, fundamentalmente cuando ésta ejerce funciones públicas. Muestran claramente su disconformidad con este proceso de privatización, entre otros, S. DEL SAZ, “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en C. CHINCHILLA, B. LOZANO y S. DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, UNED/Civitas, Madrid, 1992, p. 177, quien sostiene que “la huida al Derecho privado de las Administraciones Públicas es la huida de todo Derecho y de toda jurisdicción”; F. GARRIDO FALLA, “Privatización y reprivatización”, *RAP*, n.º 126, 1991, pp. 7 a 26; J. LEGUINA VILLA, “Algunas ideas

que podría desprenderse de las aportaciones doctrinales que manejan este concepto amplio de privatización, la autorregulación regulada no se enmarca en un proceso de huida hacia el Derecho privado. Responde, por el contrario, a un proceso de corresponsabilización de la sociedad en el cumplimiento de fines públicos y, correlativamente, a un proceso de publicación y de sumisión de los subsistemas sociales autorregulados a los principios propios del Derecho público, como se verá en el último apartado de este trabajo.

En todas las manifestaciones de la autorregulación regulada, la descarga del Estado no viene acompañada de una relajación de la intervención pública, de una ampliación real del ámbito de actuación de la sociedad al margen de normas y controles públicos. La libertad de actuación de los profesionales y de las empresas se encuentra, por el contrario, limitada por dos frentes distintos, que acaban sometiendo a detalladas normas y controles –de origen privado en primera instancia, fruto de la autorregulación; y de origen público, como consecuencia de la regulación pública de la autorregulación– aspectos de su actividad que no habían sido tradicionalmente objeto de atención.

Los códigos de conducta de los operadores de los mercados de valores, de los Consejos de Administración de las empresas, de los profesionales de la publicidad, de los medios de comunicación, o, incluso, los de algunas empresas, regulan con un detalle extraordinario las normas que deben seguir estos sujetos en el ejercicio de su actividad cotidiana, concretando también las conductas éticamente reprobables. Las normas técnicas, las buenas prácticas, o los protocolos, inciden a su vez en cuestiones que se han considerado tradicionalmente ajenas al interés público, por formar parte de la “*lex artis*” de una determinada profesión o por incidir directamente en el “*management*”

sobre la Constitución y la huida del Derecho administrativo”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 19, 1995, pp. 13 y ss.; F. LÓPEZ RAMÓN, “Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *RAP*, n.º 130, 1993, pp. 97 a 130; J. M. SALA ARQUER, “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, *REDA*, n.º 75, 1992, pp. 339 a 413; y J. L. VILLAR PALASÍ, “La prospectiva del Derecho administrativo”, en *XI Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Barcelona-Girona, 26, 27 y 28 de septiembre de 1996*, Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 608 y ss. No obstante, no está de más recordar que, como sostiene I. BORRAJO INIESTA, “El intento de huir del Derecho administrativo”, *REDA*, n.º 78, 1993, p. 242: “la llamada huida del Derecho administrativo no puede equipararse a la huida del Derecho, y ni siquiera -si se apuran los conceptos- a la huida del Derecho público. Se trata, simplemente, de la huida de las grandes leyes administrativas. Al abandonarlas, el legislador confía el Derecho administrativo a su fuente originaria: la jurisprudencia de los Tribunales”.

empresarial. Todos estos aspectos adquieren hoy una relevancia pública indiscutible, a través de la regulación de la autorregulación.

Con esta técnica, los particulares acaban viéndose sometidos, de forma voluntaria o mediante una obligación, que puede ser jurídica o “de facto”, a los diversos instrumentos de autorregulación normativa mencionados. Dicho sometimiento comporta, en la mayoría de los casos, la realización de una intensa actividad de autocontrol por parte de las empresas, y su sumisión a controles realizados por terceros - expertos privados contratados al efecto-.

El sometimiento efectivo de las actividades privadas a la autorregulación es controlado, a su vez, por los poderes públicos, garantizándose así la intensificación de la intervención administrativa. Queda fuera de toda duda que la autorregulación regulada responde a este esquema cuando se comprueba que la inaplicación de reglas técnicas o el incumplimiento de la obligación de someterse a controles privados por parte de las empresas, pueden ser objeto de sanción administrativa. En concreto, se tipifica como infracciones administrativas: el incumplimiento de la obligación de los medios de comunicación de presentar una “declaración de autorregulación”¹⁰²; la inaplicación de los principios de Análisis de Riesgos y Control de Puntos Críticos por parte de las empresas alimentarias¹⁰³; la no aprobación de los protocolos correspondientes, cuando estos se imponen de forma obligatoria¹⁰⁴; la no presentación de la comunicación, por las

¹⁰² En concreto, el artículo 13 de la Ley catalana 8/1996, de 5 de julio, de regulación de la programación audiovisual distribuida por cable tipifica como infracciones graves “el incumplimiento de lo que establecen los Capítulos II y III de la presente Ley”, donde se halla ubicado el artículo 9, que obliga a los titulares del servicio público de radiodifusión televisiva a aportar una “declaración de autorregulación”, justificativa del cumplimiento de las obligaciones relacionadas con los límites a los contenidos de la programación audiovisual, el respeto a la pluralidad lingüística y la difusión gratuita de comunicados de interés público.

¹⁰³ A tenor del artículo 7 del RD 2207/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas reguladoras de los productos alimenticios, el simple incumplimiento de esta obligación se considerará, en principio una infracción leve; dicha infracción se califica de grave si la inaplicación de los principios ARPC “pudiera comprometer potencialmente la salud y/o salubridad de los productos alimenticios”; y tendrá la consideración de infracción muy grave “cuando dicho incumplimiento depare riesgos o daños efectivos para la salud de los consumidores”. En general, las infracciones cometidas contra lo dispuesto en el citado Real decreto “tendrán la consideración de infracciones sanitarias, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo IV del Título I de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad”.

¹⁰⁴ Así, por ejemplo, el artículo 19 del RD 1976/1999, de 23 de diciembre de 1999, por el que se establecen los criterios de calidad en radiodiagnóstico, califica como una infracción administrativa en materia de sanidad la no elaboración de los protocolos o la no realización los programas de control de la calidad previstos en. Idéntica calificación merecen los mismos supuestos, de acuerdo con el artículo 20

empresas sometidas a éste régimen, antes del inicio de sus actividades¹⁰⁵; o la no presentación de los certificados técnicos correspondientes que acrediten la adecuación de las instalaciones industriales a las condiciones impuestas por la autorización o licencia ambiental, por las empresas sometidas a este régimen¹⁰⁶; la no aprobación, por las empresas que cotizan en bolsa, de un Reglamento Interno de Conducta¹⁰⁷. En último término, y con carácter excepcional, el ejercicio de la potestad sancionadora puede realizarse, asimismo, con base en determinados instrumentos de autorregulación normativa¹⁰⁸.

La previsión de sanciones administrativas por incumplimiento de la autorregulación constituye ya una concreta manifestación de la regulación pública de la autorregulación que nos ha servido, en este caso, para confirmar la intensificación de la intervención administrativa en la actividad privada que puede lograrse mediante esta técnica. Las demás formas o manifestaciones de esta técnica que analizaremos a continuación contribuyen, asimismo, a la consecución de los objetivos que hemos mencionado.

2. Formas de regulación pública de la autorregulación.

La autorregulación es, como se ha reiterado, un fenómeno de origen privado que puede permanecer y ser tomado en consideración sólo por quienes forman parte de la

del RD 1854/1993, de 22 de octubre, por el que se determinan, con carácter general, los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y bancos de sangre.

¹⁰⁵ El artículo 49.2.b) de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración ambiental, califica de infracción grave: “ejercer la actividad sin haber efectuado la preceptiva comunicación previa, en el caso de las actividades sometidas al régimen de comunicación”.

¹⁰⁶ Respectivamente, los artículos 49.1.a) y 49.2.a) califican como infracción muy grave –para el caso de las empresas sometidas al régimen de autorización ambiental- o como infracción grave –para las empresas sometidas al régimen de licencia, iniciar la actividad sin haber efectuado la correspondiente verificación de adecuación de la misma a las condiciones impuestas en la autorización o en la licencia.

¹⁰⁷ El artículo 101 de la Ley 24/1988, del Mercado de valores, que no ha sufrido modificación alguna por la nueva redacción dada por la Ley 37/1998, considera infracciones leves la vulneración “de preceptos de obligada observancia comprendidos en las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores que no constituyan una infracción grave o muy grave conforme a lo dispuesto en los dos artículos anteriores”. De la lectura de tales artículos y del tenor literal del artículo 3 del RD 629/93, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados y registros obligatorios, que obliga a los operadores del mercado de valores a “elaborar un reglamento interno de conducta de obligado cumplimiento”, se desprende que el incumplimiento de esta obligación constituye una infracción leve.

¹⁰⁸ Según el artículo 3 del RD 629/93, de 3 de mayo: “El incumplimiento de lo previsto en los reglamentos internos de conducta, en cuanto su contenido sea desarrollo de lo previsto en la Ley del Mercado de Valores y en el código general de conducta, como normas de ordenación y disciplina del

organización, la institución o el subsistema social en el que ésta se produce. Los resultados de la autorregulación, sin embargo, si ésta ofrece una racionalidad y un grado de credibilidad suficiente, pueden también ser tomados en consideración por otros sujetos privados. Es así como, por ejemplo, la certificación privada de la adecuación de un producto a unas normas técnicas de calidad puede ser considerado por los operadores del mercado como un referente seguro, en el que se confía, por ejemplo, en la celebración de contratos de suministro. La autorregulación además, en la medida en que redunde en la satisfacción de objetivos cuyo cumplimiento corresponde, de acuerdo con la Constitución, a los poderes públicos, también es tomada en consideración, como sabemos, por los poderes públicos. La consideración pública de la autorregulación se manifiesta en diversas formas de regulación pública de este fenómeno.

En concreto, la regulación pública de la autorregulación encuentra su manifestación más débil en la técnica de fomento. Mediante la técnica de fomento los poderes públicos impulsan aquella autorregulación de interés público, apostando por la responsabilidad de los particulares, con independencia de las garantías reales de éxito. Cabe señalar que ésta es, precisamente, la forma más extendida de regulación pública de la autorregulación.

La regulación pública denota un grado confianza en las normas y los controles privados más elevada cuando se atribuyen, a la autorregulación normativa, a la autorregulación declarativa o a la autorregulación resolutive, efectos probatorios en el seno de un procedimiento administrativo o, incluso, en el seno de una proceso judicial. Estos efectos probatorios adquieren especial significación cuando las normas jurídicas utilizan conceptos jurídicos indeterminados, tales como las referencias a la “lex artis”, a la buena conducta profesional, a la honorabilidad, a las buenas prácticas, o a las mejores tecnologías disponibles. En estos casos puede señalarse la virtualidad de la autorregulación para integrar en el ordenamiento jurídico el concreto contenido de estas referencias, en la aplicación a un caso concreto. La existencia de un instrumento de autorregulación puede actuar, así, como un dictamen pericial anticipado, que puede ser de gran utilidad a los operadores jurídicos que se ven abocados a aplicar las normas que incorporan estos conceptos.

mercado de valores, podrá dar lugar a la imposición de las correspondientes sanciones administrativas, sin perjuicio de lo que resulte de aplicación conforme a la legislación laboral”.

Sin lugar a dudas, un nivel más elaborado de instrumentalización de la sociedad por parte de los poderes públicos, pero también, de la confianza de éstos en aquélla, es logrado mediante la imposición pública del establecimiento de sistemas de autorregulación o mediante la sustitución de técnicas de regulación de policía por alguna de las manifestaciones de la autorregulación. Se atribuyen, así, según los casos, efectos habilitantes a la autorregulación o, incluso efectos vinculantes.

La atribución de efectos vinculantes a la autorregulación, la manifestación más explícita, pero también la más peligrosa desde el punto de vista de los intereses generales, de la confianza depositada por los poderes públicos en la autorregulación, tiene lugar cuando los poderes públicos, directamente, se apropian de los resultados de ésta. Ello se produce, básicamente, mediante la remisión normativa a la autorregulación.

Debido a los riesgos que, para los intereses generales, podría comportar fiar su gestión a sujetos privados, más aún cuando la autorregulación puede tener importantes efectos para terceros, los poderes públicos regulan también el contexto de la autorregulación. Así, el sistema de regulación pública de la autorregulación se cierra mediante la imposición de fines públicos y la determinación de la composición de las estructuras de autorregulación; y mediante el establecimiento de los cauces procedimentales y de los controles públicos a los que deben someterse las estructuras y los instrumentos de autorregulación.

A) El fomento de la autorregulación.

El fomento, según la clásica definición ofrecida por Jordana del Pozas, consiste en “*estimular* a los particulares para que sean ellos los que, por su propia voluntad, desarrollando una actividad determinada, cumplan *indirectamente* el fin que la Administración persigue”¹⁰⁹. Ahora bien, mientras que la acción de fomento ha ido dirigida tradicionalmente a estimular la actividad de los ciudadanos, en tanto que sujetos individualmente considerados, en la actualidad, como consecuencia de la organización de la sociedad en subsistemas funcionalmente diferenciados, dicha acción se dirige primordialmente a potenciar el caudal autorregulador de tales subsistemas. En otras

¹⁰⁹ L. JORDANA POZAS, “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo”, *REP*, n.º 48, 1949, p. 46.

palabras, la finalidad perseguida es, ahora, convencer a los particulares de que se autorregulen y conseguir que esta autorregulación responda a los fines perseguidos por la Administración.

Para ello, los medios utilizados son diversos. Algunos de ellos responden a una concepción clásica de la actividad administrativa de fomento, consistente, bien en la concesión de subvenciones o ayudas económicas al desarrollo de la autorregulación, bien en la concesión de signos distintivos que mejoran la imagen, ante el mercado y ante la sociedad, de quienes se autorregulan. Ello no obstante, también se inscriben en la actividad pública de fomento –aunque esta técnica no necesariamente deba ser protagonizada por una Administración–, por un lado, las recomendaciones o llamadas genéricas a la autorregulación, y, por otro, el establecimiento de regulaciones estatales más severas, o incluso la amenaza de dicho establecimiento, si no se desarrolla correctamente la autorregulación¹¹⁰.

Se exponen, a continuación, algunas de estas modalidades de fomento, retomando sólo algunos de los ejemplos que ya han sido analizados en otros capítulos de este trabajo. Así, mediante el desarrollo de los denominados Planes nacionales de calidad, se prevé explícitamente la concesión de ayudas y subvenciones para las empresas que adecuen sus procesos de producción a las mejores tecnologías disponibles, o que implanten los sistemas voluntarios de ecogestión y ecoauditoría¹¹¹. De modo indirecto, pero también a través de la concesión de ayudas económicas, se fomenta la autorregulación cuando se condiciona la obtención de tales ayudas a la implantación de buenas prácticas agrarias, por ejemplo¹¹².

¹¹⁰ Como hemos dicho en otra ocasión esta última forma de fomento se corresponde a lo que en la doctrina americana se conoce como “la autorregulación forzada” (*coerced self-regulation*). Sobre esta noción véase J. BLACK, “Constitutionalising Self-Regulation”, *The Modern Law Review*, 1996, p. 27.

¹¹¹ Así, en el marco del I Plan Nacional de Calidad (1991-1995) se aprobaron diversas ayudas económicas para la promoción de la calidad en las empresas por medio de las Órdenes Ministeriales de 9 de mayo de 1991 y 26 de abril de 1994. En ejecución del II Plan Nacional de Calidad (1996-2000) estas ayudas se canalizaron a través del llamado Plan de Apoyo a la Tecnología, la Seguridad y la Calidad Industrial (ATYCA), cuyas bases se aprobaron por Orden del Ministerio de Industria de 25 de abril de 1997.

¹¹² Véanse al respecto, los Reales Decretos del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 3482/2000, de 29 de diciembre y 4/2001, de 12 de enero de 2001, cuya finalidad consiste en “establecer un régimen de ayudas para fomentar la utilización de métodos de producción agraria que permita proteger el ambiente y conservar el medio rural”.

La fijación pública, normalmente con carácter reglamentario, de normas voluntarias cuyo cumplimiento comporta la atribución pública de un distintivo de calidad –supuesto que concurre en el caso del Sello INCE o de las Denominaciones de origen- o, simplemente, la concesión pública de tales signos distintivos, previo sometimiento voluntario de las empresas a una serie de normas y controles públicos y privados –Certificado EMAS y Ecolabel- responde a la segunda de las modalidades de fomento que hemos comentado. La concesión de estos signos distintivos, a diferencia de lo que ocurre con las marcas o certificaciones privadas de calidad, corresponde a la Administración. No se priva, sin embargo, la Administración de fomentar también las certificaciones privadas y los sistemas de calidad relacionados con ellas. Así las Administraciones públicas adquieren preferentemente productos que luzcan una marca de conformidad a normas técnicas; y atribuyen preferencia, en la contratación de obras, suministros o servicios, a aquellas empresas que certifiquen el cumplimiento de los sistemas de gestión medioambiental basados en las normas internacionales ISO 14000¹¹³. También es una manifestación de la actividad de fomento de la Administración la publicación de manuales de Buenas Prácticas, que facilitan la adopción por parte de los particulares de estas peculiares reglas técnicas¹¹⁴.

¹¹³ La adquisición preferente de productos normalizados por parte de la Administración viene regulada con carácter general en el artículo 20.6 LI y en el artículo 52.1 de la LCAP. Con un ámbito de actuación más restringido, como hemos visto con anterioridad, la Orden de 14 de octubre de 1997, por la que se fijan los criterios de modificación de cláusulas administrativas particulares que han de regir la contratación del Ministerio del Medio ambiente, obliga a que los productos suministrados a dicho Ministerio, los servicios prestados al mismo, o las obras contratadas, hayan sido elaborados, prestados o realizados en el marco de un sistema de gestión medioambiental basado en las normas internacionales ISO (serie ISO 1400), europeas EN o españolas UNE (UNE 77/801-94 y 77/802-94) (arts. I.5; II.2 y III.2 de la citada norma).

¹¹⁴ En este trabajo se han manejado los siguientes documentos que responden a esta actividad de fomento: *Buenas Prácticas agrícolas y medio ambiente*, Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1993; “Buenas practicas agrícolas y medio ambiente. El control de las malas hierbas”, Ministerio de Agricultura Pesca y Alimentación, *Hojas divulgadoras* n.º 6, 1992; *Las buenas prácticas medioambientales*, Generalitat Valenciana, Conselleria de Medio Ambiente, 1998; *Código de Buenas Prácticas Agrarias*, Dirección General de Agricultura y Alimentación de la Comunidad de Madrid y Rural 2000; *Código de Buenas Prácticas Agrarias de Navarra*, Departamento de Agricultura, Ganadería y Alimentación del Gobierno de Navarra, 1997; *Guía de buenas prácticas ambientales en instalaciones turísticas. Sistema de gestión medioambiental*, Ecotur, Gobierno Balear, 1997; *Guía de buenas prácticas ambientales en instalaciones hoteleras. La energía eléctrica*, Ecotur, Gobierno Balear, 1997; *Manual de buenas prácticas para la utilización de equipos informáticos de forma energéticamente eficiente*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1996; *Manual Media (Minimización Económica del Impacto Ambiental)*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 1993; y faltan las Buenas prácticas de López Ramón, que no están introducidas en ninguna parte.

Las declaraciones públicas de apoyo a la autorregulación pueden adoptar la forma de mandatos a las autoridades públicas competentes¹¹⁵; recomendaciones dirigidas a los particulares¹¹⁶; o habilitaciones genéricas a la actividad privada de autorregulación¹¹⁷. Pueden consistir, incluso, en la previsión del establecimiento de un marco propicio para su desarrollo¹¹⁸.

En último término, se ha comprobado también que una importante medida indirecta de fomento a la autorregulación consiste en el endurecimiento de los mecanismos de responsabilidad de las empresas, mediante, por ejemplo, el establecimiento de sistemas de responsabilidad objetiva¹¹⁹; la tipificación penal de

¹¹⁵ Este tipo de mandatos están mayoritariamente presentes en las normas de origen comunitario, que recomiendan a los Estados que articulen concretas medidas de fomento de la autorregulación. Pero también algunas leyes estatales y autonómicas contienen mandatos de este tipo dirigidos a la Administración. Así, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 22/1999, de 7 de junio, que modifica la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, establece que “los poderes públicos promoverán el desarrollo de organizaciones de autorregulación del sector, pudiendo acudir, también, a ellas cualesquiera personas o entidades que se consideren perjudicadas”. Asimismo, la Ley catalana 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo del Audiovisual de Cataluña, en su artículo 10, entre las funciones del Consejo, contempla la de “promover la adopción de normas de autorregulación del sector audiovisual”. También la Ley foral de Navarra 18/2001, de 5 de julio, por la que se regula la actividad audiovisual y crea el Consejo Audiovisual de Navarra atribuye a dicho Consejo la función de fomento de la autorregulación.

¹¹⁶ Así, el artículo 4.1. del RD 2207/1995, de 28 de diciembre, sobre normas generales de higiene de los productos alimenticios, recomienda a las empresas alimentarias y a los manipuladores de alimentos la adopción de Buenas Prácticas de Higiene para garantizar la correcta aplicación de los principios de Análisis de Riesgos y Control de Puntos Críticos.

¹¹⁷ Procede recordar aquí el contenido de los artículos 3.2 y 3.3. del RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados y registros obligatorios a tenor de los cuáles, respectivamente: “Las entidades rectoras de los distintos mercados secundarios podrán elaborar reglamentos de conducta de obligado cumplimiento para sus miembros, que, además de cumplir los requisitos que se mencionan en el apartado 1 de este artículo, contribuyan a mejorar la transparencia del propio mercado y la correcta formación de los precios”; y “Las asociaciones profesionales que agrupen a las personas o entidades a que se refiere el artículo 1 podrán elaborar reglamentos de conducta aplicables a sus miembros. La aceptación por éstos de dichos reglamentos podrá sustituir a la obligación individual de su elaboración.”

¹¹⁸ Véanse, al respecto: el artículo 4.2. del Real Decreto 2207/1995, de 28 de diciembre, sobre normas generales de higiene de los productos alimenticios, que establece el marco general en el que deben elaborarse las Buenas Prácticas de Higiene alimentaria; la Exposición de Motivos de la Ley 7/1996, de 5 de enero de 1996, de Ordenación del Comercio Minorista, que abre la puerta al desarrollo de marco adecuado para la elaboración de buenas prácticas comerciales; y el artículo 40 de la Ley de la Comunidad de Madrid 11/1998, de 9 de julio, sobre normas reguladoras de protección del consumidor, que concreta, para esta Comunidad Autónoma dicho marco..

¹¹⁹ Así, la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, que traspone la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, establece un sistema de responsabilidad objetiva de fabricantes e importadores por daños causados por productos defectuosos.

determinadas conductas¹²⁰; o mediante la simple amenaza de la fijación de normas jurídicas más severas¹²¹.

Es innegable, pues, que incluso estas técnicas más débiles de regulación pública de la autorregulación, esto es, el ofrecimiento de ventajas a determinados comportamientos relevantes para el bien común, o el establecimiento de amenazas de regulación, condicionan la conducta de los particulares, matizando, aunque sólo sea de facto, la libertad de elección o la voluntariedad que se predica de la autorregulación. El papel de los poderes públicos en la instrumentalización de la autorregulación es todavía más relevante, si cabe, cuando se observa que aquellos atribuyen también a la autorregulación concretos efectos públicos.

B) La atribución de efectos públicos a la autorregulación.

No resulta sencillo explicar en que consiste la atribución de efectos públicos a la autorregulación. Tampoco es nada fácil establecer una sistematización de tales efectos. La variedad de las concretas manifestaciones de esta faceta de la regulación pública de la autorregulación y la existencia de una gradación en su intensidad, son las principales causas de estas dificultades. En un extremo de esta escala, los efectos públicos de la autorregulación se identifican con aquellos que son propios de determinadas formas de actuación estatal; esto es, los efectos públicos de mayor intensidad que pueden atribuirse a los instrumentos de autorregulación serían equivalentes a los que son propios de un acto administrativo –la presunción de validez-, de un reglamento –los efectos vinculantes-, o de una sentencia judicial –los efectos de cosa juzgada-.

Algunos de los instrumentos de autorregulación regulada analizados en este trabajo poseen este tipo de efectos. Esta constatación es, a su vez, fuente de nuevos problemas, puesto que nos pone en la tesitura de determinar si tales instrumentos sufren una transformación tan relevante en su naturaleza que haga necesaria su reconducción a

¹²⁰ Cabe recordar aquí de nuevo que la tipificación penal de los delitos contra el medio ambiente [arts. 325 y ss. CP]; los delitos contra la salud de consumidores y usuarios [arts. 363 y ss. CP]; o el delito contra la publicidad engañosa [art. 282 CP] poseen un efecto directo sobre el desarrollo de la autorregulación, debido al interés empresarial de mantener una determinada imagen ante la sociedad.

¹²¹ Véase, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre el “Plan de acción para la mejora de la eficacia energética en la Comunidad Europea”, Bruselas, 26 de abril de 2000 COM(2000) 247 final.

la órbita de lo público, rebasando ya las fronteras y los límites conceptuales de la autorregulación. Las cuestiones que se plantean con ello son, pues, de gran calado. En primer lugar, parece necesario dilucidar, por ejemplo, si, en algún caso, las certificaciones emitidas por expertos privados poseen los mismos efectos que un acto administrativo y, de ser así, si ambos instrumentos poseen la misma naturaleza; si una norma de origen privado con efectos vinculantes, y en función de los medios a través de los cuáles alcanza dichos efectos, es o no un reglamento; o si un laudo arbitral, con efectos de cosa juzgada, es equiparable, y hasta qué punto, a una sentencia judicial. En segundo lugar, y de ser afirmativa la respuesta dada a estas cuestiones, parece que debería ser reconsiderada la afirmación sostenida en este trabajo, según la cual las estructuras de autorregulación no ejercen funciones públicas.

Puesto que este tipo de cuestiones han sido debatidas ya ampliamente por parte de la doctrina procesalista con relación a la institución arbitral nos atrevemos sólo a adelantar algunas posiciones respecto de la misma. Aunque no proceda trasladar aquí los pormenores de este debate, no sobra recordar que cada vez son más los autores que, al enfrentarse a la concreta determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje, se posicionan a favor de la denominada “tesis mixta o intermedia”. Dichos autores sostienen que, si bien el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional” y la función del árbitro y del juez se mueven en idéntico o parecido plano, tales funciones y, por ende, el laudo arbitral y la sentencia judicial, poseen una naturaleza diferente, debido al origen privado de aquél¹²². La naturaleza del arbitraje es distinta, pues, por un lado, de la que es propia de las instituciones de Derecho público, pero también lo es, por el otro, de las instituciones características del Derecho privado¹²³. La naturaleza mixta que se predica

¹²² En esta línea se posiciona, entre otros, J. GARBERÍ LLOBREGAT en *Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 36/1988, de 5 de diciembre)*, (Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 1991, pp. 660 y ss. Este autor, al enfrentarse a la determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje, defiende las denominadas “tesis mixtas o intermedias”. En ellas se pone de manifiesto que el arbitraje tiene como fundamento y causa primera unos contratos privados –por un lado, entre las partes, y, por el otro, entre éstas y el árbitro- y que quien resuelve la controversia es también un sujeto privado. No obstante, los efectos declarativos y ejecutivos del laudo, reconocidos en la legislación reguladora de esta institución, son propios de lo jurisdiccional. A pesar de ello, se observa que el árbitro no tiene potestad para ejecutar lo juzgado, de modo que la eficacia de su decisión no es patrimonio exclusivo del arbitraje sino que depende del juez ordinario. En suma, el arbitraje es una institución cuyos efectos superan en mucho los que son predicables de un contrato, pero posee también un origen y una naturaleza distinta de la que es propia de una sentencia judicial.

¹²³ Los intentos de reconducción del arbitraje al ámbito de lo público o de lo privado dan lugar, respectivamente, a las denominadas “teorías jurisdiccionalistas” y a las “teorías contractualistas”. En estas últimas se destaca que el árbitro ni es juez ni tiene potestad jurisdiccional -no está facultado para ejecutar sus propias decisiones-. Es una institución de naturaleza privada y, más en concreto, contractual, debido

del arbitraje, su origen privado y sus efectos públicos, es un rasgo que caracteriza, a nuestro entender, todas las manifestaciones de la autorregulación regulada. La autorregulación que no posee ningún reconocimiento público no puede ser calificada de autorregulación regulada; los instrumentos de origen privado que, por su grado de publicación, se transforman totalmente en instrumentos propios de los poderes públicos, desbordan el marco conceptual de la autorregulación. Esta transformación no se produce necesariamente, ello no obstante, por el mero hecho de que los efectos de los unos sean similares, o incluso idénticos, a los de los otros -como se desprende del ejemplo del arbitraje-. La atribución de efectos públicos a la autorregulación es pues una característica inherente a la autorregulación regulada; constituye también, como puede observarse, su principal fuente de problemas; y, al mismo tiempo, justifica el interés y la relevancia que posee para el Derecho Público.

Hemos señalado ya que existe una gradación en los efectos públicos que se atribuyen a la autorregulación. Ello quiere decir que no todas las manifestaciones de la autorregulación regulada poseen los efectos propios de genuinos instrumentos de Derecho público. Es más, acabamos de ver que, cuando se atribuyen efectos de este tipo a la autorregulación, nos hallamos en realidad en la frontera misma entre lo público y lo privado, a un paso de la transformación de la naturaleza jurídica de la autorregulación. Este dato ha sido señalado con notable acierto por el profesor Esteve Pardo, a quien se debe también la primera sistematización sobre los efectos públicos de la autorregulación¹²⁴. Este autor, en función de los grados de aceptación de la autorregulación por parte de los poderes públicos, distingue los siguientes tipos de

al doble contrato que se encuentra en su origen: el convenio arbitral entre las partes interesadas en la controversia; y el convenio celebrado entre ellas y los árbitros -el llamado convenio de dación y recepción de arbitraje, contrato atípico parecido al mandato, al arrendamiento de obra o de servicios, según opiniones-, por el que estos últimos se obligan a resolver la controversia conforme a Derecho o a equidad. Por su parte, las teorías jurisdiccionalistas, vienen a señalar que el árbitro desempeña una función jurisdiccional, atribuida por el Estado o por la Ley al árbitro desde el momento en que es nombrado por las partes y con carácter limitado al asunto sobre el que ha de decidir. El argumento de mayor peso para esta tesis deriva de los efectos de “cosa juzgada” que tiene el laudo arbitral, que genera una excepción de esta clase invocada en otro ulterior proceso judicial que pretendiera conocer del mismo asunto entre idénticas partes. Se añade también que contra el laudo caben ciertos recursos, incluso el de casación, con lo que la decisión última compete a los tribunales. Y frente a la objeción de que el árbitro carece de potestad, argúyese que está dotado de *auctoritas*, más típica de la función jurisdiccional que aquélla. Las líneas generales de este debate se encuentran reproducidas y ampliadas, entre muchos otros, en F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 36/1988, de 5 de diciembre)*, (Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 1991, pp. 465 y ss.

¹²⁴ J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación...*, op. cit., pp. 127 y ss.

efectos a la autorregulación: efectos indiciarios, efectos presuntivos, efectos periciales, efectos integradores, efectos sustitutorios, efectos transformadores y efectos rescisorios.

El discurso mantenido en las páginas dedicadas al análisis de este tema es, a nuestro entender, impecable. No obstante, creemos, en primer lugar, que algunos de los contenidos que son analizados bajo la órbita de los efectos públicos de la autorregulación, o bien forman parte de la regulación del contexto de la autorregulación, o bien no describen en puridad una forma de regulación pública de la autorregulación, sino alguno de sus objetivos o alguna de sus consecuencias¹²⁵. En segundo lugar, la sistematización expuesta no permite advertir que algunos instrumentos de autorregulación pueden tener también efectos habilitantes ni permite abarcar la matizada gradación de efectos vinculantes de la autorregulación regulada. Es más, este autor sostiene, en diversas ocasiones, que la voluntariedad es un rasgo propio de la autorregulación¹²⁶. Matizando, pues, algunas de sus afirmaciones, nos parece advertir, en función de las manifestaciones analizadas en este trabajo, que los efectos públicos de

¹²⁵ Ello se debe a que este autor identifica, como hemos señalado, los efectos de la autorregulación con todas las manifestaciones a través de las cuales puede advertirse que los poderes públicos toman en consideración este fenómeno. De este modo, por ejemplo, cuando analiza los efectos sustitutorios de la autorregulación advierte que alguna intervención administrativa en concreto, una inspección en muchos casos, no resolutive en sí misma, puede ser sustituida por concretos instrumentos declarativos de autorregulación. Hemos advertido ya por nuestra parte que la sustitución de la intervención directa de la Administración a través de instrumentos de regulación de policía –inspecciones, autorizaciones, reglamentos y sanciones- por instrumentos de autorregulación es, precisamente, uno de los objetivos buscados por la regulación pública de la autorregulación. Ello significa que los efectos sustitutorios no se limitan a los casos analizados por el citado autor, sino que poseen un carácter mucho más general que comprende también los supuestos que él analiza bajo los denominados “efectos integradores” –en los que una concreta manifestación de la autorregulación sustituye un concreto trámite del procedimiento administrativo- y alcanza también a la sustitución, mediante su eliminación, de concretas decisiones administrativas por decisiones adoptadas por las estructuras de autorregulación.

Al analizar los “efectos transformadores”, el profesor Esteve advierte sobre las consecuencias que posee la regulación pública de la autorregulación, señalando que ésta puede comportar un grado tan elevado de publicación del régimen jurídico de los sujetos o estructuras de autorregulación, o de sus instrumentos, que los unos y/o los otros acaban transformándose, en puridad, en sujetos que deben ser reconducidos a la órbita de lo público o en instrumentos de derecho público –actos administrativos o reglamentos, según el caso-.

Los “efectos rescisorios”, que responden a la necesidad de que la Administración pueda, en su caso, retirar la confianza depositada en la autorregulación, serán analizados por nosotros en el marco de la regulación del contexto de la autorregulación, puesto que describen una concreta manifestación del control público al que se encuentra sometida la autorregulación regulada. Para contrastar nuestro discurso con el mantenido por el citado autor, véase J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación...*, op. cit., pp. 139 a 158.

¹²⁶ En el capítulo anterior hemos realizado un esfuerzo por justificar que la voluntariedad, si bien es un elemento que está presente en muchas de las manifestaciones de la autorregulación, no constituye un rasgo esencial de ésta, por lo menos no de la autorregulación regulada. Por el contrario, J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación...*, op. cit., p. 156, sostiene con rotundidad lo contrario: “Aquí procede recordar y ponderar los elementos característicos de la autorregulación (...), destacando sobre todo su carácter privado y voluntario”.

la autorregulación son los siguientes: efectos habilitantes; efectos probatorios –entre los que cabría distinguir, por supuesto, los meros efectos indiciarios, los efectos periciales y los efectos presuntivos-; efectos vinculantes; y efectos de cosa juzgada¹²⁷.

Los efectos habilitantes se presentan solamente en dos de las manifestaciones de autorregulación analizadas en este trabajo: en el régimen de comunicación y en la actividad de las entidades de acreditación. En ambos casos los respectivos instrumentos de autorregulación poseen el efecto de habilitar a los particulares para ejercer una concreta actividad industrial o profesional. La previa comunicación –acompañada, si es necesario, de la certificación de un técnico competente o de una Entidad privada colaboradora, y siempre y cuando la Administración pública no ejerza su potestad de veto- permite a los empresarios titulares de actividades sometidas a este régimen iniciar una actividad industrial¹²⁸. Asimismo, la acreditación por parte de ENAC de las entidades que actúan -de acuerdo con la terminología empleada en la Ley 21/1992, de Industria- en el ámbito de la calidad industrial habilita a dichas entidades a prestar sus servicios profesionales a las empresas. La necesidad de que determinados sujetos, para ejercer una actividad específica, deban poseer un documento acreditativo de su competencia, viene impuesta por Ley. Sin embargo, ello no es obstáculo para que dicho documento sea expedido por una entidad privada, como ocurre en este caso.

Si bien es cierto que, tradicionalmente, este tipo de efectos habilitantes se reconocían solamente a actos emanados de la Administración, cada vez son más los ámbitos en los cuales la actividad de instituciones privadas goza de los mismos efectos¹²⁹. La confirmación de que determinadas organizaciones o sujetos poseen

¹²⁷ El estudio sobre los efectos de los instrumentos de autorregulación requiere un tratamiento mucho más pormenorizado, que desborda los objetivos propuestos por quien escribe estas líneas. Los efectos probatorios han sido excelentemente enmarcados por J. ESTEVE PARDO, en *Autorregulación...*, op. cit., pp. 130 a 139, a quien vamos a seguir en este tema, advirtiendo, no obstante, que faltan nuestra disciplina trabajos sobre la prueba en el seno de procedimientos administrativos que faciliten la tarea de integrar la línea de reflexiones abierta por este autor. Queda abierta, pues, la apasionante tarea de realizar un estudio jurisprudencial detallado que permita contrastar las afirmaciones apuntadas. Para abordar el análisis de los efectos habilitantes, vinculantes y de cosa juzgada, nos limitaremos a la mera descripción de las normas jurídicas que parecen atribuir tales efectos a la autorregulación. Señalaremos, en otro apartado de este trabajo, algunas de las consecuencias que pueden deducirse de ello, dejando también planteados diversos problemas que se suscitan al hilo de estas cuestiones.

¹²⁸ Para más detalles, estamos a la espera de la publicación del excelente trabajo de investigación de M. RODRÍGUEZ FONT, *El régimen de comunicación en la Ley de intervención integral de la Administración ambiental de Cataluña (Ley 3/1998, de 27 de febrero)*, 2002.

¹²⁹ Podría establecerse un paralelismo, en cierto modo, entre la actividad que ejercen las entidades de acreditación y la de las Universidades privadas, cuyos títulos son homologados a las de las

concretas capacidades u ostenten específicas competencias técnicas puede otorgarse bien por las Administraciones públicas competentes, bien por las entidades privadas que tengan reconocida por la legislación vigente esta facultad, surtiendo ambas actuaciones, pública y privada, idénticos efectos. Así, la acreditación privada es un acto a través del cual se garantiza la competencia técnica de quienes van a realizar una determinada actividad relacionada, en este caso, con la calidad industrial¹³⁰. Ahora bien, en el mismo sector de la calidad y seguridad industriales no debe confundirse la actividad de acreditación realizada por la Administración pública con la decisión administrativa de limitar el número de sujetos acreditados para ejercer determinadas funciones¹³¹. En otros términos, en ocasiones, la acreditación, pública o privada, no tiene efectos habilitantes por sí sola, dado que, para que éstos se produzcan, es necesaria la intervención preceptiva de la Administración pública mediante el otorgamiento de una autorización posterior. Así sucede, concretamente, con la actuación de los Organismos de control en el ámbito de la seguridad industrial para ejercer funciones de control e inspección reglamentaria¹³². En suma, en este último caso los efectos habilitantes no derivan de la acreditación privada sino de la autorización administrativa¹³³.

Universidades públicas. El único dato realmente relevante parece ser, en este caso, que la entidad de acreditación posea la competencia técnica necesaria para realizar la función que tiene encomendada.

¹³⁰ En concreto, según el art. 8.11 de la Ley de Industria, se entiende por acreditación el “reconocimiento formal de la competencia técnica de una entidad para certificar, inspeccionar o auditar la calidad. o un laboratorio de ensayo o de calibración industrial”.

¹³¹ Dicha confusión suele darse respecto del título que habilita la actuación de los Verificadores ambientales en el ámbito de la seguridad industrial. Cabe recordar que los Verificadores ambientales se introducen en nuestro ordenamiento por el RICSÍ, incluyéndolos en la denominada “infraestructura para la seguridad industrial”, pese a que su actuación se circunscribe exclusivamente al ámbito voluntario según el Reglamento (CEE) núm. 1836/93, de 29 de 1993, por el que se permite a las empresas del sector industrial que se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS). El RICSÍ establece que los Verificadores pueden ser entidades públicas o privadas que requieren, en todo caso, de la acreditación previa de una entidad de acreditación de las establecidas en el propio RICSÍ (art. 51), esto es, de una acreditación privada. Sin embargo, la legislación autonómica viene estableciendo correlativos procedimientos públicos de acreditación de Verificadores ambientales, con lo que se produce cierta confusión entre la actividad de acreditación y la autorización administrativa en lo que se refiere a sus respectivos efectos habilitantes. Véase al respecto M. TARRÉS VIVES, “Los sujetos privados en la gestión y auditoría medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la *Umweltaußgesetz* alemana”, *RAP*, n.º 145, 1998, pp. 503 a 542.

¹³² A tenor del art. 15 de la Ley de Industria, los Organismos de Control, para ejercer sus funciones en el ámbito de la seguridad industrial, deben someterse, en primer lugar, a “una valoración técnica” -esto es, a una acreditación- de los medios materiales y humanos de que disponen, así como de su solvencia técnica y financiera e imparcialidad, y, con posterioridad, en segundo lugar, deben obtener la preceptiva autorización de la Administración pública competente en materia de industria del territorio donde inicien su actividad o radiquen sus instalaciones.

¹³³ Si bien no desarrolla hasta sus últimas consecuencias esta línea de reflexiones, apunta en esta línea M. TARRÉS VIVES, “Las nuevas referencias en el derecho industrial: acreditación y normalización”, *Autonomías. Revista catalana de Derecho Público*, n.º 26, 2000, pp. 134 y ss.

Los efectos probatorios son predicables, en uno u otro sentido, de todos los instrumentos de autorregulación. Estos ofrecen una información que puede ser utilizada en procesos judiciales, pero también en el seno de procedimientos administrativos -en la concesión de una autorización o en la imposición de una sanción-, como un mero indicio, como un dictamen pericial o como una presunción, relacionados con la fijación de los hechos o con el cumplimiento de las normas que deben determinar la resolución judicial o administrativa. En todos los procesos, administrativos o judiciales, en los que se cuestione el grado de diligencia de un profesional o de un empresario, allí donde deban dirimirse sus responsabilidades por la producción de daños a determinados bienes o a terceros, los instrumentos de autorregulación pueden alcanzar un excepcional protagonismo. Más aún cuando, como sabemos, la mayoría de los instrumentos de autorregulación constituyen, bien una plasmación documental de las reglas técnicas o de las reglas éticas que rigen una determinada actividad profesional, bien una certificación o una resolución que acredita su cumplimiento –o su vulneración-.

Según los casos, los instrumentos de autorregulación pueden ser considerados como un indicio a favor de los profesionales o de los empresarios¹³⁴. La utilización de productos con certificados o marcas de calidad puede ser considerada como una prueba indiciaria de la diligencia de los profesionales que utilizan tales productos, como ocurre habitualmente en los procesos en materia de responsabilidad de la construcción. La posesión del sello EMAS o, incluso, la sumisión de una empresa a una ecoauditoría con resultados favorables, constituirán también indicios a su favor en caso de que se produzca un daño ambiental cuya causalidad no esté claramente establecida. La posesión por parte de una empresa de un certificado técnico emitido por tercero que acredite que sus instalaciones cumplen con los requisitos de seguridad establecidos reglamentariamente puede enervar una acusación en su contra, tanto por los daños producidos a causa de tales instalaciones, como en el seno de un procedimiento administrativo sancionador. Estos ejemplos darían lugar a una relación inacabable, en atención a la virtualidad de los protocolos, las buenas prácticas o, incluso, los códigos

¹³⁴ Toda prueba está constituida, en realidad, por un conjunto de indicios, signos, documentos o declaraciones verbales que demuestran satisfactoriamente la veracidad de una afirmación o de un hecho con relevancia jurídica. Para que un instrumento de autorregulación pueda ser considerado como una prueba indiciaria es necesario que entre éste y el hecho de que se trate de deducir “haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” (artículo 1253 del Código Civil).

de conducta como medio de prueba en la determinación de la “lex artis” o de la diligencia de los profesionales en el ejercicio de su actividad¹³⁵.

Avanzando un poco más en estas reflexiones, el vínculo existente entre los instrumentos de autorregulación y la especialización técnica o la posesión de unos conocimientos específicos por parte de los sujetos que los elaboran, nos pone en contacto con la prueba pericial¹³⁶. Para la doctrina y la jurisprudencia alemana no cabe ninguna duda de que las normas técnicas constituyen un dictamen pericial anticipado (*anticipteerte Sacverständige Gurachten*), dando a entender también que gozan de una presunción de validez que puede desvanecerse con otro dictamen¹³⁷. Es conocido que el valor de la prueba pericial, así como la forma en que haya de practicarse, dependen de la regulación de la misma en las normas relativas a los procesos civiles o administrativos, de modo que no siempre gozarán de la mencionada presunción de validez¹³⁸. Ahora bien, ello no impide que los certificados técnicos que acreditan el cumplimiento de normas técnicas o de normas jurídicas o, incluso, las resoluciones de los organismos de autodisciplina que declaran el cumplimiento o la vulneración de un código ético¹³⁹ puedan tener el mismo valor probatorio que las normas técnicas, según los casos y en función del tipo de procedimiento, administrativo o judicial, de que se trate.

¹³⁵ En estos casos debería verificarse, en primer lugar, que los instrumentos normativos de autorregulación mencionados son adecuados a la determinación de la diligencia debida en un caso concreto y, por el otro, que el empresario o el profesional en cuestión ha cumplido estrictamente con los deberes impuestos en tales instrumentos.

¹³⁶ Este medio de prueba, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1242, solo podrá ser utilizada cuando “para apreciar los hechos sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos”.

¹³⁷ Sobre ello véase con más detalle J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación...*, op. cit., pp. 136 y ss.; y, del mismo autor, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, p. 175.

¹³⁸ Las presunciones, que pueden admitir o no prueba en contra –dando lugar a la conocida distinción entre presunciones “iuris tantum” y “iuris et de iure”–, en función de lo que establezca la ley, deben venir netamente establecidas por una norma de rango legal.

¹³⁹ En las Resoluciones del Jurado de AAP, de la Sección Tercera, de 2 de marzo de 1998, y de 15 de octubre de 1998, puede leerse que las decisiones adoptadas por este organismo de autodisciplina sobre el cumplimiento o la vulneración de los códigos éticos: “carecen de fuerza vinculante, pero tendrán el valor de una opinión sobre la corrección ética y deontológica de una campaña publicitaria, contrastada con los universales criterios deontológicos por los que se rige AAP, emitida por expertos en la materia y respaldada por la fuerza moral que de modo unánime se le atribuye a las decisiones emanadas de un órgano de autodisciplina”. La propia la AAP, como puede leerse en su página web (<http://www.aap.es>) pone de manifiesto que en las escasas veces en que los tribunales se han pronunciado sobre los asuntos que previamente habían sido tramitados ante esta asociación, tanto los Autos de medidas cautelares como las sentencias judiciales han coincidido sustancialmente, hasta el momento, por lo anteriormente decidido por el Jurado.

Las Directivas “nuevo enfoque”, al establecer la presunción de validez o, para ser más precisos, la presunción de adecuación de los certificados de conformidad a normas técnicas a los requisitos de seguridad establecidos, constituyen el fundamento normativo de la atribución de efectos presuntivos a algunos instrumentos declarativos de autorregulación¹⁴⁰. Incluso más allá del ámbito regulado por las citadas Directivas, esta presunción viene establecida también en ciertas leyes y reglamentos estatales, como prueba privilegiada de la conformidad de productos y servicios a los requisitos de seguridad¹⁴¹. En otros casos la misma debe deducirse de las remisiones a la presunción general establecida por el Derecho comunitario¹⁴². Más veladamente todavía, la legislación reconoce también que un producto o una instalación es segura si se adecua a

¹⁴⁰ Hemos comentado ya que la Resolución 85/C/136/81, de 7 de mayo de 1985, relativa a la nueva aproximación en materia de armonización y de normalización, comúnmente conocido como “nuevo enfoque” establece que: “La conformidad de un producto con una norma armonizada adoptada por el organismo europeo de normalización o, como medida transitoria, con las normas nacionales en los campos en que no existan normas armonizadas conllevará la presunción de conformidad de dicho producto con los requisitos de seguridad”.

¹⁴¹ Claramente, el Real Decreto Ley de 17 de septiembre de 1999 sobre la firma electrónica establece la presunción de conformidad de los productos que se ajusten a normas técnicas, a los requisitos de seguridad fijados por la misma norma. En concreto, el artículo 12.e) establece una serie de obligaciones técnicas que deben cumplir los prestadores del servicio de certificación que expidan certificados reconocidos; y el artículo 19 establece los requisitos que deben poseer los dispositivos de creación de firma electrónica para ser considerados dispositivos seguros. Pues bien: “Artículo 20. Normas técnicas. 1. Se presumirá que los productos de firma electrónica que se ajusten a las normas técnicas cuyos números de referencia hayan sido publicados en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas” son conformes con lo previsto en la letra e) del artículo 12 y en el artículo 19.2. Sin perjuicio de esta presunción, los números de referencia de esas normas se publicarán en el “Boletín Oficial del Estado””. Asimismo, el artículo 21 reza como sigue: “Los órganos de certificación a los que se refiere el artículo 6 podrán certificar los dispositivos seguros de creación de firma electrónica, previa valoración de los informes técnicos emitidos sobre los mismos, por entidades de evaluación acreditadas. En la evaluación del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 19, las entidades de evaluación podrán aplicar las normas técnicas respecto de los productos de firma electrónica a las que se refiere el artículo anterior u otras que determinen los órganos de acreditación y certificación, y cuyas referencias se publiquen en el “Boletín oficial del Estado””.

¹⁴² Así, el artículo 13 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, establece: “El cumplimiento de las exigencias reglamentarias en materia de seguridad industrial, sin perjuicio del control por la Administración Pública a que se refiere el artículo siguiente, se probará por alguno de los siguientes medios, de acuerdo con lo que establezcan los reglamentos que resulten aplicables: a) Declaración del titular de las instalaciones y en su caso del fabricante, su representante, distribuidor o importador del producto; b) Certificación o Acta de Organismo de Control, instalador o conservador autorizados o técnico facultativo competente; c) Cualquier otro medio de comprobación previsto en el derecho comunitario y que no se halle comprendido en los apartados anteriores”. Más explícita resulta la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones que, en su artículo 59 y bajo la rúbrica “reconocimiento mutuo”, dispone: “Los certificados de conformidad o procedimientos alternativos de evaluación de la conformidad con las normas comunes armonizadas y las reglamentaciones técnicas comunes, cuyas referencias se hayan publicado en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas”, expedidos por organismos designados por los Estados miembros de la Unión Europea, de acuerdo con la legislación comunitaria, tendrán valor equivalente al certificado de aceptación para los equipos y aparatos de telecomunicaciones procedentes de aquellos o de otros Estados con los que exista acuerdo sobre la materia. Por ello, será necesario que los equipos y aparatos estén debidamente marcados conforme se establece en las normas que incorporen al Derecho español las Directivas Comunitarias que les sean de aplicación”.

determinados instrumentos normativos de autorregulación, en el caso de que no existan reglamentaciones técnicas reguladoras de las condiciones de seguridad¹⁴³.

Se ha destacado también la virtualidad de la autorregulación para contrarrestar el efecto de presunciones legales establecidas en contra de los sujetos que generan, con su actividad, determinados riesgos. En algunos sistemas de Derecho comparado –y también en España para el caso exclusivo de los productos industriales-, los sujetos que comercializan productos, o que son titulares de instalaciones con un determinado potencial de riesgo, se consideran responsables de los daños que responden al perfil del riesgo con el que operan. Trátese, o bien del establecimiento de sistemas de responsabilidad objetiva, o bien del establecimiento de verdaderas presunciones legales, lo cierto es que sólo si tales sujetos demuestran que han actuado con la diligencia debida –y ello será posible en muchos casos sólo mediante el recurso a determinados instrumentos de autorregulación- podrán verse eximidos de las responsabilidades civiles, penales o administrativas correspondientes¹⁴⁴.

Este juego de presunciones y contrapresunciones acaba transformando determinados instrumentos de autorregulación, que son, en principio, jurídicamente voluntarios, en obligatorios *de facto*. Esta obligatoriedad fáctica ha sido reconocida explícitamente en el caso de las normas técnicas, y parece que se está haciendo

¹⁴³ Ha sido señalada ya en este trabajo la relevancia que posee en este sentido el Real Decreto 44/1996, de 19 de enero, por la que se adoptan medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor, que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 92/59/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 29 de junio, relativa a la seguridad general de los productos. Según el artículo 4 de este Real Decreto: “Cuando no existan disposiciones comunitarias específicas se considerará seguro un producto cuando sea conforme con la normativa española específica. En su ausencia la conformidad del producto con el requisito general de seguridad se valorará, teniendo en cuenta las normas españolas no obligatorias que recojan una norma europea o, si existiesen, las especificaciones técnicas comunitarias o, a falta de éstas, las normas técnicas españolas. En ausencia de las previsiones anteriores, se tendrá en cuenta su conformidad con los códigos de buena conducta en materia de sanidad y seguridad vigentes en el sector correspondiente o bien se tomará en consideración la situación de la práctica y de la técnica, así como la seguridad que razonablemente los consumidores puedan esperar”.

En una línea parecida, pero refiriéndose, esta vez, a las instalaciones industriales, cabe citar aquí también el artículo 6 de la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de Intervención Integral de la Administración Ambiental. Este precepto, regulador de las obligaciones generales de las personas titulares de actividades con incidencia ambiental, establece que las instalaciones deben cumplir todos los requisitos legales de seguridad y calidad ambiental. Se entiende que las cumplen si “han sido proyectadas, instaladas, controladas y se mantienen de acuerdo con la reglamentación vigente y las instrucciones de la Administración competente y, en ausencia de reglamentación o de instrucciones específicas, que se ajustan a las normas técnicas de reconocimiento general”.

¹⁴⁴ Sobre ello véanse las atinadas reflexiones de J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación...*, op. cit., pp. 132 y ss.

extensible también, entre otros, a los códigos de buena conducta en materia de sanidad y seguridad vigentes en el sector de los productos industriales. Asimismo, y según cuál sea su formulación, la utilización de determinados “conceptos jurídicos indeterminados” puede convertir en vinculante *de facto* un instrumento normativo de autorregulación. Dicho instrumento -un código de conducta, por ejemplo- puede ser, sencillamente, un dictamen pericial anticipado o, en otros casos, la única referencia, la más segura e indiscutible para integrar el contenido de tales conceptos¹⁴⁵.

El reconocimiento legal de la autonomía privada también comporta la vinculación a lo acordado por aquellos sujetos que, en uso de la misma, se comprometen voluntariamente al cumplimiento de las normas incluidas en un contrato o aprobadas por una organización privada de la que son miembros¹⁴⁶. La atribución de efectos vinculantes a la autorregulación se produce, asimismo, cuando se obliga a los particulares, mediante una ley o un reglamento, que utilicen o, incluso que aprueben, determinados instrumentos de autorregulación. La obligación de aplicar las Buenas Prácticas de Laboratorio, aún cuando dichas prácticas no se encuentran incorporadas a la norma jurídica que establece dicha prescripción, convierte en vinculantes estos

¹⁴⁵ Así, parece que los conceptos derivados de la ética profesional –la honorabilidad o la diligencia- no deben integrarse mediante principios morales sino, allí donde existan, mediante los documentos propios de la autorregulación ética, del mismo modo que los conceptos técnicos deben integrarse también mediante los contenidos de las normas o de las referencias aportadas por el subsistema técnico. Así, las referencias jurídicas al “estado de la ciencia y de la técnica”, o a la utilización de las “mejores tecnologías disponibles”, constituyen en realidad una remisión, una llamada directa a la autorregulación. En este y en muchos otros casos, los instrumentos de autorregulación, la información que ofrecen estas referencias extrajurídicas, ofrecen mayor seguridad jurídica, por su concreción, que las propias referencias jurídicas. No se trata tanto de ver, es este caso, si el cumplimiento de la autorregulación sirve o no como prueba en la determinación de responsabilidades, sino que, en cualquier caso, su apelación sirve de base a las decisiones judiciales, reduciendo su discrecionalidad, y/o permite a la Administración reducir, incluso a cero, el grado de incertidumbre de un concepto jurídico indeterminado. Esta línea de reflexión se encuentra ya apuntada, refiriéndose a las remisiones legales a la mejor tecnología disponible, o al estado de la ciencia y de la técnica, por J. ESTEVE PARDO, en *Técnica, riesgo y Derecho...*, op. cit.

No resulta relevante aquí discutir sobre si la utilización de estos conceptos es reconducible a la noción utilizada en el Derecho Administrativo de los “conceptos jurídicos indeterminados”, ni de la relación de éstos con la discrecionalidad administrativa y/o judicial. Lo importante es advertir que, en función del grado de racionalidad aportado por la autorregulación, ésta puede ser entendida como el único modo de integrar el contenido de tales conceptos, convirtiéndose pues, su cumplimiento, en cierto modo, en obligatorio, aunque sea *de facto*.

¹⁴⁶ En virtud del artículo 1258 CC: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. No sólo los contratos, en sentido estricto, sino también toda índole de negocios jurídicos celebrados con base en la autonomía de la voluntad poseen dichos efectos vinculantes. Según los términos utilizados en las STSJ de Navarra, de 14 de abril de 1998, y en STSJ de Canarias, de 14 de marzo de 1996: “La autonomía de la voluntad significa autorregulación, el poder de regularse a sí mismo concedido a la persona por el orden jurídico, de forma que las obligaciones pactadas tienen fuerza de Ley entre las partes”.

instrumentos de autorregulación¹⁴⁷. Claramente, la obligación impuesta a las empresas que cotizan en Bolsa de aprobar un Reglamento Interno de Conducta constituye una manifestación de la atribución de efectos vinculantes a la autorregulación. No cabe ninguna duda de ello cuando se comprueba que, en este caso, además, el incumplimiento de dicho Reglamento, aprobado por las empresas, puede dar lugar a la imposición de una sanción administrativa por parte de la CNMV¹⁴⁸. Estas reflexiones son igualmente válidas para aquellos supuestos en los que la legislación impone a las empresas contaminantes la obligación de aplicar las mejores tecnologías disponibles¹⁴⁹; la adopción de normas técnicas y de códigos de buenas prácticas para garantizar la seguridad de los productos¹⁵⁰; o cuando se impone a los manipuladores de alimentos la obligación de cumplir con los principios de Análisis de Riesgos y Control de Puntos Críticos¹⁵¹.

No parece muy distinta esta forma de atribución de efectos vinculantes a la autorregulación, de la técnica jurídica -más estudiada por la doctrina- de la remisión normativa a normas técnicas. En realidad, y ampliando el marco de análisis tradicional, podemos observar que existen normas de diverso rango que incorporan, directamente, los contenidos de instrumentos de autorregulación normativa. En estos casos, claramente, se produce una transformación de la naturaleza jurídica de la norma técnica, que adquiere carácter reglamentario. Sin embargo, como es conocido, las normas jurídicas –no sólo los reglamentos administrativos, sino también normas de rango legal-

¹⁴⁷ Así, la Directiva 93/99/CEE del Consejo, de 2 de octubre, sobre medidas adicionales relativas al control oficial de los productos alimenticios, incorporada a nuestro ordenamiento mediante el Real Decreto 822/1993, de 28 de mayo de 1993, establece la obligatoriedad de las BPL aprobadas por la OCDE para los laboratorios oficiales de control de alimentos.

¹⁴⁸ Véase el reiteradamente citado artículo 3 del RD 629/93, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados y registros obligatorios.

¹⁴⁹ En este sentido cabe citar, entre otros, el artículo 4 de la Directiva 84/360/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1984, relativa a la lucha contra la contaminación atmosférica procedente de las instalaciones industriales; el artículo 3 de la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación; el artículo 37.2.c.) de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de Intervención Integral de la Administración Ambiental; el artículo 42 de la Ley catalana 6/1993, de 15 de julio, de residuos; y el artículo 23 de la Ley canaria 1/1999, de 29 de enero, de residuos. Sobre ello véase: J. ESTEVE PARDO, en “La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible”, *RAP*, n.º 149, 1999, pp. 37 a 61.

¹⁵⁰ Hemos comentado ya con detalle la Directiva 92/59/CEE, de 29 de junio, relativa a la seguridad general de los productos, incorporada a nuestro ordenamiento por RD 44/1996, de 19 de enero, por la que se adoptan medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor.

¹⁵¹ Véase la Directiva 93/43, de 14 de junio, sobre la higiene de los productos alimentarios, que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento por el RD 2207/1995, sobre normas generales de higiene de los productos alimenticios.

contienen remisiones a normas técnicas cuyo cumplimiento deviene, entonces, obligatorio. Normalmente se analizan estos supuestos como formas de remisión estática –la norma jurídica impone el cumplimiento de una norma técnica determinada- o como formas de remisión dinámica –la norma jurídica impone el cumplimiento de una norma técnica, en su versión actual y en todas sus posteriores modificaciones-¹⁵². La remisión estática ha sido criticada por la doctrina por inoperante, puesto que comporta la pérdida de una de las principales virtualidades de la autorregulación: su constante adaptación y mutabilidad a los avances científicos y técnicos¹⁵³. La remisión dinámica también ha sido objeto de críticas, por constituir, según la doctrina más autorizada, un supuesto de delegación ilegítima de funciones públicas –esto es, de la potestad reglamentaria-¹⁵⁴. Se considera, en cualquier caso, que las normas técnicas alcanzan, mediante la remisión, naturaleza jurídica reglamentaria y se discute también, con mucha razón, la falta de publicidad de este tipo de normas¹⁵⁵.

Aún desconociendo si ello puede tener consecuencias jurídicas relevantes, se nos plantea la duda de si, en puridad y como sostiene unánimemente la doctrina, la atribución de efectos vinculantes a estos instrumentos normativos de autorregulación

¹⁵² En concreto, el artículo 12.8 de la Ley 22/1999, de 7 de junio, de modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión, establece: “durante los períodos dedicados a la publicidad y a los anuncios de televenta, las condiciones técnicas de misión de la señal deberán, en todo caso, respetar los parámetros establecidos en la norma técnica aplicable al medio de transmisión de que se trate”.

¹⁵³ Véase B. SCÜNEMANN, “Las reglas de la técnica en Derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, p. 333; J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho...*, op. cit., p. 168; y V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 182.

¹⁵⁴ J. ESTEVE PARDO, en *Técnica, riesgo y Derecho...*, op. cit., p. 174, sostiene que: “mediante la remisión dinámica el legislador realiza una delegación fáctica de su competencia normativa en un organismo privado al permitirle alterar el contenido normativo de un precepto legal”. Se trata, según este autor, de una sustitución de la potestad reglamentaria no admisible constitucionalmente.

¹⁵⁵ J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho...*, op. cit., p. 168; y V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización industrial*, op. cit., pp. 183 y ss.

El análisis de la remisión normativa como una técnica –indirecta si se quiere- de traslado competencial se viene generalizando así en nuestra doctrina por influencia de los estudios de la órbita germánica, planteándose aquella los mismos problemas de ésta. Como reflejo de esta posición pueden traerse a colación las palabras de M. J. MONTORO CHINER, en *L'avaluació de les normes. Racionalitat i eficiència*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2001, pp. 44 y 45: “Quan la remissió s'efectua a reglaments es pot originar un desplaçament del principi de divisió de poders. D'igual manera, quan la remissió es produeix a normes tècniques, regles de la ciència o regles d'experiència o a l'estat constant de la ciència o de la tecnologia disponible, es produeix una transferència, un apoderament o una habilitació del supòsit o de la conseqüència de la norma a d'altres poders que no formen part del poder legislatiu. Amb les remissions es pot produir un desplaçament apòcrif de les funcions legislatives, i són especialment perilloses les anomenades remissions dinàmiques, ja que en aquestes el legislador no

posee los efectos transformadores que de ella se predicen. Retomamos con ello un ejemplo que hemos analizado al inicio de este epígrafe. La regulación pública de la autorregulación puede comportar también, como sabemos, la atribución de efectos de cosa juzgada –efectos equivalentes, pues, a los de una sentencia-, a un instrumento resolutorio de autorregulación –el laudo arbitral¹⁵⁶. Ello no obstante, no parece que con ello se produzca una transformación de la naturaleza del arbitraje. Apuntamos sólo que, quizás, la atribución de efectos públicos a la autorregulación, aún cuando tales efectos sean equivalentes a los de genuinos instrumentos públicos, nos sitúa ante realidades distintas. El laudo arbitral no es, desde luego, una sentencia judicial y, probablemente, un reglamento que contenga una remisión, una incorporación incluso, a una norma técnica, posea una textura distinta a la que es propia de los reglamentos administrativos en los que, quien ejerce la potestad normativa, conoce y decide sobre su contenido.

Las remisiones mediante las cuales se atribuyen efectos vinculantes a normas de origen privado no son sino una forma de apropiación, por parte de los poderes públicos, de los resultados ofrecidos por la autorregulación. La apropiación pública de conceptos e instrumentos gestados en el seno de subsistemas privados constituye, sin lugar a dudas, el grado más elevado de publicación de la autorregulación. Esta opción denota una confianza que, por los motivos que la impulsan, podemos calificar de *ciega* en la racionalidad privada. Es decir, son, precisamente, las limitaciones de conocimiento de los poderes públicos las que les inducen a confiar en los sistemas expertos¹⁵⁷. Debemos recordar, sin embargo, que la regulación del contexto de la autorregulación tiene por finalidad reducir el grado de opacidad de la autorregulación privada, mediante la incorporación de controles y garantías de carácter público y, asimismo, mediante la posibilidad de retirar esta confianza en la autorregulación.

lliga una conseqüència jurídica a un precepte jurídic ja existent, sinò al que correspongui en qualsevol moment en què s'hagi d'efectuar l'aplicació de l'ordenament”.

¹⁵⁶ Según el art. 37 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje: “El laudo arbitral firme produce idénticos efectos a la cosa juzgada. Contra el mismo sólo cabrá el recurso de revisión, conforme a lo establecido en la legislación procesal para sentencias judiciales firmes”.

¹⁵⁷ A pesar de los problemas que plantea la técnica de la remisión, convenimos con M. J. MONTORO CHINER, en *L'avaluació de les normes...*, op. cit., p. 43, en que, con carácter general, las remisiones forman parte de la técnica legislativa habitual: “poden no ser desitjades, però son inevitables”. En una línea parecida se pronuncia también M. TARRÉS VIVES, en su tesis doctoral inédita, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, 2002.

C) La regulación del contexto de la autorregulación.

A nuestro entender, la apropiación pública de los resultados ofrecidos por la autorregulación privada es legítima solo en aquellos casos en los que los límites de conocimiento en la toma de decisiones estatales sean compensados con las garantías y controles adecuados. Además, la forma de apropiación de estos resultados debe respetar en todo caso la racionalidad propia del subsistema jurídico. Dicho en otras palabras, los poderes públicos no pueden hacer una dejación total de sus competencias; deben establecer controles adecuados al grado de autonomía que se atribuya a la autorregulación; deben velar para que se respete la vinculación de la autorregulación a los fines públicos perseguidos y deben respetar, en todos los casos, los procedimientos jurídico-formales de actuación.

Ello debe conseguirse mediante la regulación del contexto de la autorregulación que se debe claramente a la experiencia ofrecida en el proceso de construcción del Derecho comunitario. Dicha fórmula posee un cierto paralelismo, a nuestro entender, con el establecimiento de una distinción entre las obligaciones cuya responsabilidad última recae en los Estados -los fines que éstos deben satisfacer- y los medios, los sujetos y los instrumentos adecuados para la consecución de tales fines. El hecho de que la Unión Europea no disponga de una organización ejecutiva propia, capaz de implantar sus decisiones, y deba valerse para ello de las estructuras estatales –dejando que sean éstas las que decidan los medios más adecuados para cumplir las obligaciones impuestas-, genera la aparición de una técnica de regulación, basada en el establecimiento de objetivos y principios procedimentales que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, deben ser ejecutados por las Administraciones más próximas al ámbito de actuación de que se trate. Esta técnica, pensada, en un principio, para regular el contexto de las funciones que deben cumplir las instituciones públicas estatales, se ha extendido también a la regulación de las funciones de interés público que es capaz de satisfacer la sociedad¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Sobre esta técnica de procedimentalización de la regulación, el fomento de la utilización de técnicas no vinculantes, y el principio de subsidiariedad, véase S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1993, pp. 17 y ss. Sobre la distinción entre “subsidiariedad institucional”, relativa a la relación entre instituciones públicas, y la “subsidiariedad

En los supuestos de regulación del contexto de la autorregulación, sin embargo, con carácter general, la norma que regula la relación entre la Administración y los subsistemas autorregulados no se justifica ni por la transmisión a tales particulares de una función de poder público ni por la preexistencia de una actividad pública que es sustituida por la actividad privada. Existen, ello es cierto, supuestos en los que la actividad regulada había sido previamente asumida por la Administración. Es el caso, por ejemplo, de la normalización en España o de la sustitución de régimen de autorización de apertura de instalaciones por el régimen de comunicación. Ahora bien, el objeto de la regulación del contexto no es ceder a los particulares una competencia propia de la Administración, sino garantizar que una actividad privada de interés público –en este caso, la autorregulación de un determinado subsistema social– satisficará, con la misma eficacia y las mismas garantías que ofrecerían los poderes públicos, los fines públicos cuya materialización se persigue. Esto es, la regulación del contexto de la autorregulación parte del reconocimiento de que los fines públicos, las obligaciones de protección constitucional, pueden ser alcanzados, indistintamente, mediante una actividad realizada por la Administración pública o por los particulares. También se reconoce que no toda actividad relacionada con la persecución de tales fines es una función o un servicio público, de titularidad de la Administración.

En algunos casos, la simple acción de fomento de la autorregulación viene acompañada de una regulación de su contexto. Ello sucede, por ejemplo, con las previsiones de la normativa comunitaria relativa al fomento de los códigos de conducta en el ámbito del comercio electrónico y de protección de contenidos, así como en la legislación española sobre la protección de datos de carácter personal, donde ya se fijan cuáles deben ser los fines, los sujetos y los instrumentos de autorregulación¹⁵⁹. Las

estatal”, como regla de ordenación de las relaciones entre el individuo y el Estado, véase ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho Público Económico...*, op. cit., pp. 113 y ss.

¹⁵⁹ Puede recordarse aquí el contenido del artículo 16 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior [DOCE L n.º178, de 17 de julio de 2000], en el que se prevé la participación de consumidores y usuarios en la elaboración de los códigos de conducta, imponiendo, en su caso la consulta a las asociaciones que representen a los discapacitados y a los malvidentes. A su vez, la Recomendación del Consejo de 24 de septiembre de 1998, relativa al desarrollo de la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana (98/560/CE) establece los contenidos que deberán tener los códigos de conducta y prevé la colaboración de todas las partes interesadas en su formulación. En la misma línea, el artículo 32 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, regula los medios a través de los cuáles deben aprobarse los

normas que fomentan la autorregulación en el ámbito de la publicidad y los medios de comunicación también establecen una clara vinculación de ésta con el cumplimiento de fines públicos. En concreto, se fomenta la aprobación de códigos de conducta y la creación de organismos de autocontrol con el fin de mejorar la protección de consumidores y usuarios, y de lograr una efectiva protección de los derechos de los menores.

En otros casos, son las mismas normas que atribuyen efectos públicos a la autorregulación las que regulan su contexto. Ello ocurre, claramente, en el caso del arbitraje, donde los efectos de cosa juzgada se reconocen solamente si en el procedimiento arbitral se siguen los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes, y el árbitro actúa sometido a las mismas normas de abstención y recusación que los jueces, con el objeto de garantizar su imparcialidad¹⁶⁰. Lo mismo ocurre con cualquiera de los negocios jurídicos celebrados entre particulares que, para

códigos de conducta, los fines que deben perseguir; su concreta consideración jurídica y los mecanismos de control de sus contenidos, que se concretan en la facultades encomendadas al respecto a la Agencia de Protección de Datos.

¹⁶⁰ En este sentido, véanse los arts. 17, 21 y 29 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje. También la Unión Europea fija los principios a los que deben someterse las organizaciones encargadas de la resolución extrajudicial de conflictos si quieren ejercer sus funciones en el ámbito comunitario. En concreto, deben cumplir con las previsiones establecidas en la Recomendación de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (DOCE L 115/31, de 17 de abril de 1998). Según esta recomendación, cuyos requisitos, como sabemos, cumple la AAP, los órganos que tengan atribuidas competencias en la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo deben respetar los siguientes principios: a) Independencia. La independencia del órgano responsable de la toma de la decisión estará asegurada, de forma que se garantice la imparcialidad de su acción; b) Transparencia. Los órganos deberán dar publicidad de los tipos de litigios que pueden someterse a su conocimiento, las normas aplicables para la resolución de los conflictos, el posible coste del procedimiento para las partes, las modalidades de toma de decisión del órgano y el valor jurídico de sus decisiones. Asimismo, estos órganos deberán publicar un informe anual relativo a las decisiones dictadas; c) Contradicción. El procedimiento deberá permitir que todas las partes interesadas den a conocer su punto de vista a la institución competente y que tengan conocimiento de todas las posturas y todos los hechos expuestos por la otra parte así como, en su caso, de las declaraciones de los expertos; d) Eficiencia. Debe garantizarse el acceso al consumidor en el procedimiento, su gratuidad o, en su caso, la fijación de los costes posibles, la fijación de cortos plazos entre la consulta presentada y la toma de decisión y la atribución de un papel activo al órgano competente que le permita tener en cuenta todo elemento útil para la solución del litigio; e) Legalidad. “La decisión del órgano no podrá tener como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del Estado en el que esté establecido el órgano; f) Libertad. La decisión del órgano sólo podrá ser obligatoria para las partes cuando éstas hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado expresamente. La adhesión del consumidor al procedimiento extrajudicial no podrá ser resultado de un compromiso anterior al surgimiento de un desacuerdo, cuando dicho compromiso tenga por objeto privar al consumidor de su derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para la solución judicial del litigio; y g) Representación. El procedimiento no podrá privar a las partes del derecho a hacerse representar o acompañar por un tercero en todas las etapas del procedimiento.

poseer los efectos vinculantes que les reconoce la legislación civil o mercantil, deben seguir las formalidades y los requisitos de capacidad adecuados a cada caso.

En el ámbito de la calidad y la seguridad industrial, y debido a los efectos que se reconocen a la actuación de las estructuras secundarias de autorregulación, el contexto en el que debe desarrollarse su actuación se encuentra detalladamente reglamentado. La Ley 22/1992, de Industria, y el RICSÍ establecen las condiciones y requisitos de organización y funcionamiento, las obligaciones y los fines que deben perseguir este tipo de entidades¹⁶¹. Con esta regulación del contexto se pretende asegurar la incorporación de los siguientes criterios de racionalidad pública en la autorregulación:

a) La consecución de fines públicos, mediante la fijación de los objetivos y los

¹⁶¹ Hemos tenido ocasión de comentar en otro momento que la Ley de Industria y el RICSÍ someten a las estructuras secundarias de autorregulación a una serie de obligaciones y requisitos de organización y funcionamiento. Así, por ejemplo, los organismos de normalización deben actuar con “imparcialidad, independencia e integridad” y “llevar a cabo sus funciones con solvencia técnica y financiera”. También se les impone la obligación de integrar en su estructura organizativa “órganos de gobierno y representación donde participen de forma equilibrada todos los sectores e intereses de la actividad económica y social en la normalización y una representación de las Administraciones públicas designada por el Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial con igual número de representantes de la Administración General del Estado y la Administración Autonómica” (art. 10 RICSÍ).

La entidad de acreditación ENAC deberá “actuar con imparcialidad, independencia e integridad y lleva a cabo sus funciones con solvencia técnica y financiera”. Su estructura orgánica deberá ser participativa, conteniendo una representación tanto de las Administraciones como de las partes interesadas en el proceso de acreditación (art. 16 RICSÍ). Esta entidad deberá también cumplir con lo establecido en el reglamento y las normas que sean de aplicación de la serie UNE 66500 EN 45000; adecuar anualmente sus medios, organización y plan de actuaciones en la forma más conveniente a sus cometidos; tramitar y resolver las demandas de acreditación que e soliciten; y establecer planes de vigilancia y seguimiento de os agentes acreditados a fin de comprobar que siguen cumpliendo con los requisitos que sirvieron de base para su acreditación.

Las entidades integradas en la denominada “infraestructura acreditable para la calidad industrial” -en la que se incluyen las entidades de certificación, los laboratorios de ensayo, las entidades auditoras y de inspección, y, los laboratorios de calibración industrial- deben cumplir los requisitos técnicos y adecuar su actuación a los procedimientos establecidos en las normas técnicas de la serie EN 45000 (UNE 65000) que les sean de aplicación; y deben facilitar a las Administraciones públicas la información y asistencia técnica que ésta precise. Se establece también, para las entidades de certificación, un régimen de incompatibilidades, que les impide certificar empresas, productos, procesos o servicios, cuando hayan participado en las actividades de asesoría o consultoría previas relativas a tales certificaciones (art. 25 RICSÍ).

La “infraestructura acreditable para la seguridad industrial”, y, en concreto, los Organismos de Control, además de estas obligaciones, deberán suscribir pólizas de seguro que cubran los riesgos de su responsabilidad por una cuantía mínima de 200.000.000 de pesetas, sin que la cuantía de la póliza limite su responsabilidad (art. 43.2.d. RICSÍ); y deberán disponer de procedimientos específicos para resolver las reclamaciones recibidas de las empresas u otras partes afectadas por sus actividades (art. 46 RICSÍ). Similares obligaciones se imponen también a los Verificadores medioambientales, que están además, sometidos a las concretas obligaciones que les impone Reglamento 761/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales. De acuerdo con el Anexo V del citado Reglamento, los verificadores no sólo deben poseer la competencia técnica adecuada para el ejercicio de sus funciones, sino que deberán actuar de forma independiente, imparcial y objetiva y deberán respetar el principio de confidencialidad.

principales contenidos de los instrumentos de autorregulación; la participación (sobre todo de consumidores y usuarios, pero también de todos los sectores interesados, incluso de las Administraciones públicas, desbordando el ámbito estricto del subsistema en el que se genera la autorregulación); la objetividad (introduciendo requisitos de imparcialidad e independencia a los sujetos de autorregulación); y la eficacia (poniendo el acento en las capacidades técnicas de las estructuras de autorregulación).

La regulación del contexto de la autorregulación no comporta solo el establecimiento de sus fines y cauces procedimentales, sino también el establecimiento de sistemas de control público que garanticen su cumplimiento. En concreto, los nuevos sistemas de control de la autorregulación se articulan a través de la estructuración de sistemas en cascada que combinan los autocontroles, los controles privados y el control público¹⁶². Son -por poner un ejemplo que no responde al fenómeno ampliamente estudiado por la doctrina de la infraestructura de la calidad y la seguridad industrial-, los manipuladores de alimentos quienes deben controlar en primera instancia los puntos de riesgo de su actuación; esta actividad es, a su vez, controlada por los laboratorios oficiales y éstos son acreditados y controlados por la Administración¹⁶³. Los poderes

¹⁶² La descripción de la infraestructura de la calidad y seguridad industrial como un sistema de control en cascada en J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho...*, op. cit., p. 132. Entre los controles que ejerce la Administración pública sobre dicha infraestructura pueden destacarse los siguientes.

En lo que atañe a los organismos de normalización, cabe destacar que: la misma creación de AENOR se debe a la voluntad del Ministerio de Industria y Energía (en adelante MINER. Véanse las DDAA 1 y 4 del RICSÍ y la Orden del MINER de 26 de febrero de 1986); es obligatoria la presencia de representantes de la Administración en su seno (fijada por el art. 10.d del RICSÍ); y se prevé también el control administrativo de su actuación (art. 13 del RICSÍ), con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones reglamentarias a las que nos hemos referido con anterioridad.

También la designación de ENAC compete al MINER (art. 15 del RICSÍ); se establece una representación pública en sus órganos de gobierno; y corresponde a la Administración la función de supervisión de sus funciones (art. 19 del RICSÍ).

Tanto las entidades que conforman la infraestructura acreditable para la calidad, como las que integran la infraestructura de la seguridad, para ejercer sus funciones, deben estar previamente acreditadas por ENAC y deben inscribirse en el registro de instalaciones industriales. Los Organismos de control, además, para el ejercicio de sus actividades, deben estar autorizados por la Administración competente (art. 43.1 RICSÍ). Según el art. 16.2 LI y los arts. 46 y 49 del RICSÍ, las actas o certificados emitidos por un organismo de control pueden ser, a partir de una reclamación, objeto de supervisión por parte de la administración competente. Se trata de una alzada impropia que tiene la virtualidad de reconducir al ámbito administrativo la actividad llevada a cabo hasta ese momento por el Organismo de control.

Para profundizar sobre estos aspectos, véanse: M. TARRÉS VIVES, *Normas técnicas...*, op. cit., y J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, IGO/Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.

¹⁶³ Véanse al respecto el RD 2207/1995, sobre normas generales de higiene de los productos alimenticios; y el RD 1397/1995, de 4 de agosto, por el que se establecen las medidas adicionales sobre el control oficial de productos alimenticios que establece, entre otros extremos, los requisitos que deben cumplir los laboratorios, públicos o privados, que pueden participar válidamente en el control oficial de

públicos ejercen así una función de control del control, que los sitúa en una postura de atalaya vigilante de la autorregulación¹⁶⁴.

En el ejercicio de esta función de vigía que ejerce la Administración y, a su vez, en la función de control que ejercen las estructuras secundarias de autorregulación, es importante tomar en consideración no sólo el establecimiento de las condiciones bajo las cuales deben actuar los particulares, sino también las consecuencias que su incumplimiento puede conllevar. Hemos hecho ya referencia a la posibilidad de que la Administración ejerza su potestad sancionadora por incumplimiento de determinadas obligaciones de autorregulación¹⁶⁵. Pero la Administración puede también retirar de la circulación un producto o, incluso, cerrar una empresa, si no se cumplen adecuadamente determinados expedientes de autorregulación¹⁶⁶. Asimismo, puede suspender temporalmente o anular el reconocimiento otorgado a la denominada “infraestructura común para la calidad y la seguridad industrial” y puede revocar las autorizaciones concedidas a las entidades que con ella colaboran, al mismo tiempo que tales entidades pueden, a su vez, retirar la confianza depositada en otras estructuras de autorregulación, anulando las acreditaciones concedidas o las marcas y certificaciones técnicas

los productos alimenticios. Una relación mucho más detallada de la articulación de responsabilidades, públicas y privadas, en materia de control de los productos alimenticios puede encontrarse en el Reglamento CE 178/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero, por el que se establecen los principios y requisitos de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria.

¹⁶⁴ Es de por sí sumamente sugerente el título de la monografía de R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante...*, op. cit., donde hace hincapié especialmente en esta reubicación de la posición de la Administración. Se analizan en este trabajo, precisamente, aquellos supuestos en los que el control que ejercen los órganos administrativos no es ya un control directo de la actividad de los particulares, sino un control del control ejercido por otros sujetos.

¹⁶⁵ Recuérdese, en este sentido, y entre otros: el artículo 13 de la Ley catalana 8/1996, de 5 de julio, de regulación de la programación audiovisual distribuida por cable; el artículo 7 del RD 2207/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas reguladoras de los productos alimenticios; los artículos 49.1.a), 49.2.a) y 49.2.b) de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración ambiental; o el artículo 3 del RD 629/93, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados y registros obligatorios.

¹⁶⁶ En este sentido destaca el contenido del artículo 9 de la Directiva 93/43/CEE sobre la higiene de los productos alimentarios, que no ha sido incorporado explícitamente en el RD 2207/1995, que transpone dicha Directiva. Según el citado precepto si, con ocasión de los controles realizados por los laboratorios oficiales, las autoridades competentes detectasen una inobservancia de la aplicación de los principios ARPC o de las Buenas Prácticas de Higiene “que pudiera comprometer la seguridad o la salubridad de los productos alimenticios, tomarán las medidas pertinentes, entre las que se podrán contar la retirada y/o destrucción del producto en cuestión o el cierre total o parcial de la empresa durante un período conveniente. A fin de determinar el riesgo para la seguridad o la salubridad de los productos alimenticios, se deberá tener en cuenta la naturaleza del producto, la forma en que es manipulado y envasado y cualquier otra operación a la que sea sometido antes de su entrega al consumidor, así como las condiciones en las que se exhibe o almacena”.

privadas¹⁶⁷. Estas previsiones son del todo lógicas si se atiende al dato de que “la autorregulación se funda y opera sobre el vínculo de adhesión y confianza que se establece en quienes la desarrollan y en ella participan (...). Así es como el incumplimiento de los expedientes de autorregulación puede acarrear, en lo fundamental, una sola consecuencia: la rescisión de la relación y la pérdida de confianza que pudiera encontrarse en la autorregulación”¹⁶⁸.

III. CONSECUENCIAS DE LA REGULACIÓN PÚBLICA DE LA AUTORREGULACIÓN.

La regulación pública de la autorregulación posee un doble efecto, sobre los instrumentos de regulación de policía por una parte y, por otra, sobre los instrumentos de autorregulación. Comporta, en primer lugar, una sustitución de los primeros a favor de los segundos, y permite advertir una pérdida general del control, por parte de la Administración, del contenido de sus decisiones –una pérdida de control, pues, sobre el contenido de los reglamentos y los actos administrativos¹⁶⁹-. En segundo lugar, tiene como consecuencia una publicación del régimen jurídico de los sujetos y estructuras de autorregulación y de los instrumentos de autorregulación. Se produce con ello una cierta desnaturalización de los instrumentos y estructuras típicas del Derecho público y del Derecho privado.

1. Transformación de los instrumentos de regulación de policía.

¹⁶⁷ La suspensión temporal o la anulación del reconocimiento otorgado al organismo de normalización AENOR o a la entidad de acreditación ENAC están previstas, respectivamente, en los artículos 8.6 y 15.6 del RICS. La revocación de la autorización concedida a un organismo de control se prevé en el artículo 43.6 del RICS. También ENAC puede suspender o anular las acreditaciones concedidas, o puede decidir no renovar las mismas, una vez transcurrido el plazo de su validez, de acuerdo con lo establecido en el art. 17. f) y g) del RICS y en los documentos internos de acreditación de ENAC. Este “efecto rescisorio” afecta también a las estructuras primarias de autorregulación, en la medida en que el incumplimiento por su parte de las normas técnicas, por ejemplo, puede acarrear la retirada de la marca o de la certificación con la que contaba la empresa o sus productos.

¹⁶⁸ J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación...*, op.cit., pp. 156 y 157.

¹⁶⁹ Esta pérdida de control de la Administración sobre el contenido de sus decisiones deriva del progresivo distanciamiento entre los conocimientos disponibles por las estructuras públicas con relación a los problemas técnicos y éticos que plantea el rápido desarrollo de las nuevas tecnologías. Las decisiones que deben tomar los poderes públicos sobre dichos problemas deben basarse pues, en las informaciones que les ofrecen los particulares que poseen la autoridad técnica, en sentido material, en los ámbitos dominados por este tipo de complejidades. Esta situación no es, como veremos, del todo nueva. Lo verdaderamente significativo, como pone de manifiesto J. ESTEVE PARDO, en *Técnica, riesgo y Derecho...*, op. cit., pp. 23 y ss., es su extraordinaria acentuación.

La regulación de policía, en sentido estricto, tal como era entendida en el Estado liberal, nos remite a determinados instrumentos jurídico-públicos de marcado carácter autoritario y a un fin público: la seguridad o el mantenimiento del orden. En la actualidad se alude a la regulación de policía para identificar aquellas medidas estatales encaminadas a tutelar bienes y derechos constitucionalmente protegidos, tales como la vida, la salud, la salubridad o el medio ambiente¹⁷⁰. La función estatal de garante del orden público o la seguridad, como se viene defendiendo en este trabajo, se ha transformado en una función de minimización de los riesgos que pueden afectar a tales bienes y derechos. Esta función de gestión de riesgos, desde un punto de vista jurídico, se asume directamente por la Administración mediante el uso de potestades genuinamente públicas –potestad reglamentaria, inspectora, autorizatoria y sancionadora-. La utilización de tales potestades constituye el ejercicio de la autoridad por la Administración, autoridad, en este caso, en sentido material y en sentido jurídico¹⁷¹. Esto es, la Administración ostenta autoridad material por tener los conocimientos específicos necesarios para limitar dichos riesgos y, con base en la misma, adopta de modo autoritario las correspondientes decisiones jurídicas vinculantes.

Hemos avanzado también, no obstante, que cuando la Administración pública aborda la tarea de gestionar los riesgos derivados del progreso tecnológico se enfrenta con un lenguaje y unas referencias, de carácter técnico o de carácter ético, que desbordan sus posibilidades de conocimiento¹⁷². Es por ello que debe recurrir a la autorregulación. Cuando lo hace, la combinación de la autorregulación con determinados instrumentos de regulación de policía conlleva que éstos sufran importantes transformaciones. Se constata una disminución de la capacidad de decisión

¹⁷⁰ Cabe retomar aquí las sugerentes reflexiones de M. REBOLLO PUIG, en “La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad”, *RVAP*, n.º 54, 1999, pp. 269-270: “Bien pudiera pensarse que el concepto de orden público ha cambiado en parte, sólo en parte, como han cambiado también los riesgos y perturbaciones para su mantenimiento; que ahora se esconde también en valores tan modernos como la defensa del consumidor o la protección del medio ambiente (en los que se sitúan parte de los peligros contra el orden, contra la seguridad, la salubridad y la tranquilidad públicas)”.

¹⁷¹ Sobre la noción de autoridad véase el Capítulo IV del excelente trabajo de D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad...*, op. cit.

¹⁷² Así lo pone también de manifiesto, desde una perspectiva de análisis delimitada al ámbito de la actuación normativa de los poderes públicos M. J. MONTORO CHINER, en *L'avaluació de les normes...*, op. cit., p. 35.

de las instancias públicas, que se hallan condicionadas por las referencias ofrecidas por la autorregulación. No podemos menos que advertir, pues, que los instrumentos de regulación de policía –los reglamentos, las inspecciones, las autorizaciones y las sanciones administrativas- no constituyen ya, por lo menos completamente, una manifestación de la autoridad material de la Administración. La Administración mantiene el monopolio del ejercicio de potestades y prerrogativas públicas, pero éstas no suponen en sí mismas decisiones administrativas basadas en su propio conocimiento, dado que el contenido de tales decisiones viene predeterminado por los instrumentos de autorregulación.

A) *Reglamentos.*

La disminución de la capacidad técnica de la Administración merma de manera sustancial la posibilidad de dominio de los contenidos de los reglamentos que aprueba y, por ende, su capacidad real de decisión. No es una novedad que, en el procedimiento de elaboración de reglamentos técnicos se establezcan complejos sistemas de participación en los que los destinatarios de tales reglamentos realizan una función de asesoramiento a la Administración¹⁷³. Esta función asesora permite a los ciudadanos “tomar parte en las decisiones que afectan a la comunidad en que vive”¹⁷⁴. Ahora bien, a medida que aumenta la distancia entre el conocimiento que posee la Administración y el que poseen los particulares sobre el contenido de lo regulado -aún a pesar del control formal que ejerce el titular de la potestad reglamentaria-, queda abierta la cuestión sobre

¹⁷³ Habitualmente, la doctrina analiza el fenómeno de la participación en general, y por ende, también de la participación ciudadana en el proceso de elaboración de reglamentos, como un mecanismo de representación de los intereses afectados en la toma de decisiones administrativas, relacionado con el derecho de los ciudadanos a ser oídos por la Administración; en este sentido se pronuncia E. ALONSO GARCÍA, en “La participación de individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España. Aspectos constitucionales”, *REDA* n.º 61, 1989, p. 53. Se toman también en consideración las consecuencias de la participación en el aumento de la legitimidad democrática de la Administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria, destacando la ruptura de la rígida separación entre intereses públicos y privados o particulares; véase F. RODRÍGUEZ PONTÓN, “La participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos...”, op. cit., pp. 261 y ss.. Este fenómeno no se produce, pues, solamente en el caso de los reglamentos técnicos. Sin embargo es en éstos donde la participación es especialmente relevante, en atención a las funciones asesoras que se atribuyen también a la participación; véase, por todos, M. REBOLLO PUIG, “La participación de las entidades representativas...”, op. cit., pp. 99 y ss..

¹⁷⁴ S. MUÑOZ MACHADO, “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación...”, op. cit., p. 532, sostiene que, mediante este cauce de expresión de las demandas sociales, “el ciudadano ya no interviene sólo, según era tradicional, para defender sus personales intereses, sino para tomar parte en las decisiones que afectan a la comunidad en que vive”. Advierte este autor, acertadamente, sobre las importantes consecuencias que ello tiene sobre las concepciones tradicionales del Derecho Administrativo.

la capacidad real de decisión de la Administración. Esta duda, y las concretas repercusiones de su respuesta, debe ser planteada seriamente ante reglamentos tales como el Código Alimentario Español, las Reglamentaciones Técnico-Sanitarias, las Normas de Calidad Alimentaria, las Normas Básicas de Edificación, o los reglamentos técnicos en materia de seguridad industrial.

La doctrina ha señalado ya algunos de los principales problemas jurídicos generados por estos reglamentos, por su especial relación con la ley –se trata, normalmente, de reglamentos independientes–, y por el sujeto que ejerce la potestad reglamentaria –en aquellos casos en los que su aprobación tiene lugar mediante Orden Ministerial¹⁷⁵. El grado de detalle de sus contenidos, su imposibilidad de aplicación directa en algunos casos, o el hecho de que se limiten a la mera descripción técnica de un producto, han llevado a cuestionar, incluso, su carácter vinculante¹⁷⁶. Dicho carácter es, a nuestro entender, indiscutible, aún en aquellos casos en los que el contenido material del “reglamento” no es objeto de publicación, como ocurre con las Normas de Correcta Fabricación de los medicamentos o con la Farmacopea Española¹⁷⁷.

A pesar, pues, de sus peculiaridades, parece indiscutible el valor normativo de estos reglamentos. Y ello, aún a pesar de mermada capacidad de decisión de la Administración respecto de sus contenidos, que es un aspecto que no ha sido destacado

¹⁷⁵ Si bien la admisibilidad de reglamentos independientes ha sido ampliamente discutida por la doctrina, son razones materiales las que explican la amplitud de las habilitaciones legales al Gobierno en materias altamente tecnificadas. Véase, por todos J. M. BAÑO LEON, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991. También ha sido objeto de discusión el ejercicio de la potestad reglamentaria mediante Órdenes Ministeriales. Véanse, así, las reservas planteadas por J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ, “La potestad reglamentaria de los Ministros (Sentencias del Tribunal Supremo-Sala 3ª de 12 de julio y 15 de octubre de 1982 [Aranzadi 4740 y 5769])”, *REDA*, n.º 39, 1983, pp. 609 a 613; y por A. GARCÍA CUADRADO, *El Gobierno por Orden Ministerial*, Aranzadi, Pamplona, 1986, pp. 228 y ss. Su admisibilidad, sin embargo, incluso cuando poseen efectos “ad extra”, como ocurre en el ámbito en el que operan las Normas de Calidad Alimentaria, ha sido defendida con contundentes argumentos, entre otros, por M. REBOLLO PUIG, en *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, op. cit., pp. 176 y ss.

¹⁷⁶ Véanse, por todos, los contundentes argumentos de M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, op. cit., pp. 189 y ss, en defensa del valor normativo del Código Alimentario español.

¹⁷⁷ A tenor de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, las Normas de Correcta Fabricación de medicamentos y la Farmacopea son de obligado cumplimiento. Su aprobación, sin embargo, tiene lugar a través de Órdenes Ministeriales que, a pesar de las previsiones de la citada ley, no incorporan sus concretos contenidos. Véanse, así, la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 19 de abril de 1985, respecto de las Normas de Correcta Fabricación; y la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 26 de diciembre de 1996, por la que se aprueba la primera edición armonizada de la Farmacopea Española “que consta de 1126 monografías de la Farmacopea Europea y dos monografías peculiares españolas”.

suficientemente, a nuestro entender, por la doctrina. En lo que atañe a este aspecto, no nos parece tan distinta la capacidad de control de la Administración sobre los contenidos de los reglamentos citados hasta el momento, de la capacidad de control que puede ejercer sobre los contenidos que son propios de aquellos reglamentos que constituyen una mera transcripción de normas técnicas.

El desconocimiento de la Administración sobre el contenido de lo regulado es predicable también de los reglamentos que se completan mediante la remisión estática a normas técnicas y se explicita formalmente en las remisiones dinámicas –en las que se atribuyen efectos vinculantes a una norma técnica, en su versión actual, cuya redacción puede ser formalmente conocida por la Administración y en sus posteriores modificaciones, que, obviamente, sólo son conocidas cuando se produce un avance en el estado de los conocimientos científicos o técnicos-. En este último caso se desvanece, no sólo desde un punto de vista material, sino también formalmente, el control de los contenidos del reglamento en su proceso de elaboración. Para ser más precisos, se desgaja este control del procedimiento administrativo de elaboración de normas de carácter general, para ubicarse en posiciones distintas, en concreto, en el proceso de elaboración de normas técnicas –mediante la participación de la Administración en los órganos de gobierno de los organismos de normalización-.

La capacidad de decisión de la Administración, en suma, parece limitarse a la atribución de efectos vinculantes a unas referencias que le parecen seguras, en las que confía porque confía también en la capacidad técnica o profesional de los sujetos que las elaboran. En algunos casos, y de seguirse estrictamente las recomendaciones derivadas del Derecho comunitario, incluso este tipo de decisiones administrativas pueden resultar accesorias. Debe limitarse el ejercicio de la potestad reglamentaria, en aras a la simplificación, la racionalidad y la claridad, a aquellos supuestos en los que no existan normas técnicas armonizadas. Con ello, por ejemplo, allí donde existan normas técnicas que desarrollen las Directivas comunitarias “nuevo enfoque”, parecen éstas tener primacía en la determinación de las condiciones de seguridad, incluso, sobre las reglamentaciones técnicas aprobadas por los Estados¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Es sumamente significativo el artículo 4 de la Directiva 92/59/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas, de 29 de junio, relativa a la seguridad general de los productos. Según este artículo se considera seguro un producto, en primer lugar, cuando se conforma con las normativas

Obviamente, si se mantiene que la facultad de aprobar reglamentos técnicos se enmarca en la función ejecutiva de la Administración y, en concreto, en el ejercicio de la potestad reglamentaria, la afirmación precedente plantea un problema de articulación de las fuentes del derecho que parece irresoluble, por lo menos si se manejan las categorías tradicionales.

El panorama expuesto parece reclamar una revisión de la teoría general de las fuentes del Derecho Administrativo y, en particular, de la tipología de reglamentos con la que opera habitualmente la doctrina administrativista. Para empezar, deberíamos preguntarnos si todos los instrumentos jurídicos públicos a los que venimos calificando de “reglamentos” derivan del ejercicio de la potestad reglamentaria.

Esta cuestión adquiere especial densidad cuando se observa que, significativamente, y junto con los ejemplos expuestos, existen también “reglamentos” aprobados por Orden Ministerial -normas reguladoras del Sello INCE para cada categoría de productos o para cada una de las Denominaciones de Origen- que poseen carácter voluntario¹⁷⁹. Para ser más precisos, son normas vinculantes sólo para aquellos sujetos que deciden, voluntariamente, someterse a sus exigencias para conseguir un

comunitarias específicas que regulan su seguridad. Esta conformidad, recordémoslo, se prueba mediante la certificación a normas técnicas europeas emitida por los organismos debidamente notificados. A falta de tales disposiciones, la conformidad se establece teniendo en cuenta “las normas nacionales específicas sobre sanidad y seguridad para poder ser comercializados en el Estado miembro en cuyo territorio está en circulación el producto”. Solamente cuando no existen normas comunitarias o nacionales, la conformidad de un producto se aprecia teniendo en cuenta: “las normas nacionales no obligatorias que recogen normas europeas; las especificaciones técnicas comunitarias; las normas técnicas establecidas en el Estado miembro en el que está en circulación el producto; los códigos de buena conducta en materia de salud y seguridad vigentes en el sector correspondiente; la situación de la práctica y de la técnica”. Esta es, por lo menos, la interpretación que parece más coherente con la filosofía del “nuevo enfoque” y del “enfoque global”, aun cuando se encuentra muy desnaturalizada en la redacción del artículo 4 Real Decreto 44/1996, de 19 de enero, que incorpora a nuestro ordenamiento esta Directiva. La redacción de este precepto empieza como sigue: “Cuando no existan disposiciones comunitarias específicas se considerará seguro un producto cuando sea conforme con la normativa española específica (...)”. No queda nada claro, pues, si se está refiriendo únicamente a las disposiciones comunitarias de “nuevo enfoque” o a las Directivas aprobadas con anterioridad, que pretendían armonizar la regulación sobre productos. Si bien esta segunda interpretación no plantearía problema alguno con el sistema tradicional de fuentes, parece más adecuada la primera, a pesar de los problemas jurídicos a los que nos enfrenta.

¹⁷⁹ Los mismos argumentos esgrimidos para defender la naturaleza reglamentaria de las Órdenes Ministeriales permiten sostener que también las normas técnicas que regulan las condiciones a las que deben someterse los particulares que quieren poseer una distinción de calidad otorgada por el INCE o por los Consejos Reguladores son reglamentos. La doctrina más autorizada en esta materia intenta dar solución a diversos problemas que plantea el proceso de elaboración y aprobación de estas normas, que es bastante complejo, criticando incluso la conformación que poseen en nuestro país, pero no discute en absoluto que se trate de genuinas manifestaciones de la potestad reglamentaria. Véase, por todos, el excelente trabajo de M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Las Denominaciones de Origen*, Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 130 y ss.

determinado distintivo de calidad. Tampoco discute la doctrina la naturaleza reglamentaria de los Estatutos Generales de las Profesiones Colegiadas o de los Estatutos de los Colegios de ámbito nacional -que también poseen un ámbito de aplicación limitado-. En este caso ello está justificado por la necesidad de aprobación gubernamental de estas normas¹⁸⁰. Pero es que ni tan sólo se ha debatido con profundidad la calificación como “reglamentos” de los Estatutos particulares de los Colegios y de sus Reglamentos de Régimen Interior¹⁸¹.

Aún admitiendo el carácter reglamentario de estas normas, los problemas no hacen sino acentuarse. Lógicamente, podríamos limitarnos a seguir manejando exclusivamente las categorías tradicionales, distinguiendo los reglamentos únicamente por su diversa vinculación con la ley o por sus efectos “ad intra” o “ad extra” de la organización pública que las aprueba. No parece, sin embargo, que estas clasificaciones, que poseen casi dos siglos de antigüedad, sean útiles para explicar todas las realidades a las que se ha aludido en este trabajo¹⁸². La otra opción, consistente en actualizar la teoría de las fuentes del Derecho Administrativo atendiendo a las peculiaridades de los reglamentos, y a la acentuación de dichas peculiaridades derivada del influjo del Derecho comunitario, deja en manos de la doctrina una tarea harto compleja. Debe integrarse en esta teoría la existencia de unos reglamentos que no son aprobados por el Gobierno, sino por sus Ministros o por Corporaciones Públicas; unos reglamentos que no siempre reproducen el contenido de las normas que, a través de ellos, adquieren

¹⁸⁰ Como acertadamente señala S. DEL SAZ, *Los Colegios Profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 145, la función de ordenación de la actividad profesional atribuida a los Colegios profesionales no es sino una manifestación de la potestad reglamentaria del Gobierno, que es quien aprueba los estatutos generales. Una manifestación, añadimos nosotros, ciertamente peculiar, puesto que también en este caso el contenido de los reglamentos aprobados por el Gobierno se encuentra predeterminado por las decisiones sobre el mismo adoptadas por los respectivos Consejos Generales.

¹⁸¹ Estas normas no son aprobadas por el titular de la potestad reglamentaria, sino que, siendo elaboradas por cada Colegio, son aprobadas por el Consejo General. Convenimos con S. DEL SAZ, *Los Colegios Profesionales*, op. cit., p. 145, en que los reglamentos internos aprobados por el consejo general deben limitarse a cuestiones organizativas. Las dudas que se plantearon en su momento sobre el carácter normativo de los reglamentos organizativos, derivados de una determinada concepción material de la ley originaria del Derecho alemán, y que tuvo una decidida influencia en nuestra doctrina, parecen haber sido despejadas ya, tanto en el entorno doctrinal germánico como en el español. Pueden verse al respecto las aportaciones de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, en *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, op. cit., pp. 222 y 226.

¹⁸² A pesar de las valiosísimas aportaciones doctrinales sobre las fuentes del derecho Administrativo, donde se advierte un notable esfuerzo para adecuar a las nuevas realidades y, destacadamente, a las previsiones constitucionales, la tipología de los reglamentos administrativos, se siguen manejando conceptos que fueron formulados, entre otros, por Paul LABAND, Georg JELLINEK o Lorenz von STEIN. Sobre el origen de la tipología de los reglamentos puede consultarse la acotada

carácter vinculante; unos reglamentos cuyo contenido no depende de la voluntad del titular de la potestad reglamentaria, bien porque su elaboración depende de otros sujetos bien porque, con independencia de ello, el Gobierno no puede adoptar una decisión fundada en sus propios conocimientos; unos reglamentos independientes de la ley que poseen efectos “ad extra”; unos reglamentos, también independientes, fundados en una autonomía constitucionalmente reconocida y con efectos limitados a determinados sujetos; y, en fin, unos reglamentos que son obligatorios sólo para determinados sujetos que, voluntariamente, aceptan someterse a sus prescripciones.

Estos rasgos nos permiten afirmar con rotundidad una idea, que no es ni mucho menos nueva, pero que se manifiesta cada vez con mayor intensidad: la “ruptura del carácter unitario de la categoría de reglamento”¹⁸³. Se echa de menos, cada vez con mayor razón, una catalogación actualizada que tome debidamente en consideración las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria; una potestad reglamentaria que, como demuestra el factor tiempo, se halla en constante mutación¹⁸⁴.

bibliografía citada por J. A. SANTAMARIA PASTOR, en *Fundamentos de Derecho Administrativo*, op.cit., pp. 521 y ss.

¹⁸³ Que esta idea no es nueva en la doctrina es un dato que se desprende claramente de las afirmaciones sostenidas por J. A. SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 307: “Ley y reglamento han dejado de ser categorías unívocas, de forma y contenido uniformes, habiendo experimentado un agudo proceso de diversificación, debido tanto a la multiplicación de los centros de producción normativa cuanto a la aparición de variantes formales y materiales de los tipos de normas producidos por cada órgano o ente”. Este dato es reafirmado con rotundidad por A. GALÁN GALÁN, *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 35 y ss. En este estudio analiza una tipología de reglamentos –los reglamentos elaborados por las Corporaciones locales–, que poseen unos rasgos bastante similares a los de las Colegios Profesionales, para los que la doctrina Alemana ha elaborado ya unas sólidas bases. Dichos reglamentos, basados en el reconocimiento constitucional de la autonomía de las entidades locales o de las Corporaciones de Derecho Público poseen una legitimación y, por ende, una relación con la ley, distinta de la que es propia de los reglamentos de carácter general.

En nuestro entorno jurídico, si bien se han venido destacando esta y otras diferencias, no se ha elaborado una teoría general sobre los reglamentos autónomos. En Alemania, en cambio, tales reglamentos (*Satzungen*) constituyen una fuente específica del Derecho, distinta de los reglamentos de carácter general (*Verordnungen*). Ello puede comprobarse en cualquier manual de Derecho Administrativo. Véase, por ejemplo, BADURA, P.; ERICHSEN, H. V.; MÜNCH, I., OSSENBÜHL, F.; RUDOLF, W.; RÜFNER, W.; SALZWEDEL, J.: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Von H.V. Erichsen und W. Martens (Hrsg.), Walter der Gruyter, Berlin/New York, 1988. La naturaleza y las características de esta fuente del derecho están especialmente bien caracterizadas en: A. HAMANN, *Autonome Satzungen und Verfassungsrecht*, 1958; y en F. OSSENBÜHL, “Satzung”, en J. Isensee y P. Kirchhof, (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, Heidelberg, 1988, p. 282 y ss.

¹⁸⁴ Nos parece que, si bien la distinción citada en la nota anterior, propia de la órbita germánica, entre las *Satzungen* y los *Verordnungen*, sería trasladable a algunas manifestaciones de la potestad reglamentaria, siguen existiendo muchas otras variedades que deberían ser objeto de sistematización.

B) Inspecciones y autorizaciones administrativas.

Esta mutación se manifiesta también en las inspecciones y en las autorizaciones administrativas. Estas actuaciones administrativas empiezan ya a ser sustituidas por actuaciones realizadas por sujetos privados o por novedosos procedimientos que, con el objeto de simplificar los trámites administrativos, son protagonizados por una intensa actividad privada de autorregulación. Las inspecciones técnicas de las instalaciones industriales son ejercidas, casi en su totalidad, por sujetos privados, en concreto, por entidades privadas colaboradoras de la Administración. Y ello con independencia de si estas inspecciones se realizan bajo la responsabilidad de la Administración o bajo la responsabilidad del empresario –recordemos que sólo en este supuesto estamos ante una manifestación de la autorregulación regulada-. La potestad autorizatoria es sustituida por una potestad de veto de la Administración en aquellos supuestos en los que se prevé un sistema de comunicación como requisito previo para el inicio de una actividad empresarial. En otros casos, la autorización –es decir, homologación- para la libre circulación de productos es sustituida por la actividad privada de certificación a normas técnicas.

Aún cuando no se produce completamente la sustitución de las autorizaciones administrativas por la autorregulación regulada, aquellas se encuentran condicionadas de un modo determinante por ésta. Ello ocurre en la medida en que la concesión de autorizaciones administrativas se encuentra condicionada por la previa realización de autocontroles privados por parte de las empresas, o por la certificación realizada por expertos privados sobre el cumplimiento de aquellas obligaciones cuya responsabilidad compete, en primer término, a tales empresas.

Como ocurre en el caso de los reglamentos administrativos, también la capacidad de decisión de la Administración en la emisión de un acto administrativo se encuentra condicionada por su déficit de conocimiento. Lo que se verifica formalmente, cuando se concede una autorización, es si se han cumplido debidamente los expedientes de autorregulación. Se comprueba si las empresas han elaborado los planes de seguridad que les impone la legislación; si han adaptado sus instalaciones a la mejor tecnología disponible; o si han superado favorablemente los controles técnicos a los que, bajo su propia responsabilidad, deben someterse.

En esta nueva correlación de responsabilidades, las inspecciones realizadas por entidades privadas colaboradoras de la Administración pueden gozar de los efectos y la consideración de actos administrativos de trámite o, incluso, resolutorios –cuando tales inspecciones se realizan por encargo de la Administración¹⁸⁵, o pueden, simplemente, formar parte de la documentación que deben acompañar los particulares en su solicitud de iniciación de un procedimiento administrativo.

Nos parece que ello es un dato más a tener en cuenta para profundizar en una línea, ya iniciada por la doctrina, que consiste en dejar de considerar el procedimiento administrativo como un mero elemento formal del acto administrativo y atribuirle el carácter sustantivo que merece¹⁸⁶. Quizás con ello, y tomando también en consideración lo que ya se ha escrito sobre los procedimientos administrativos complejos, estaríamos en condiciones de tratar debidamente las cuestiones que se suscitan alrededor del protagonismo que están adquiriendo los particulares en el ámbito de las inspecciones y las autorizaciones administrativas¹⁸⁷.

Entre otros aspectos, sería necesario un estudio mucho más detallado sobre los medios de prueba y su concreto valor en el seno de un procedimiento administrativo. También parece imponerse la necesidad de realizar un estudio en profundidad sobre la solicitud como forma de iniciación de un procedimiento administrativo, en aquellos casos en los que dicha solicitud incorpora ya todos o casi todos los elementos de

¹⁸⁵ Esta afirmación, que comporta la admisión de actos administrativos emitidos por sujetos privados, se encuentra debidamente fundamentada en la tesis doctoral de D. CANALS AMETLER *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad...*, op. cit., y será desarrollada con algo más de detalle por nosotros al analizar la publicación de las estructuras secundarias de autorregulación.

¹⁸⁶ Este camino ha sido ya recorrido parcialmente, como señala M. STOLLEIS, en “Las líneas de desarrollo de la dogmática...”, op. cit., p. 13: “el acto administrativo deja de ser el centro de la dogmática y su lugar pasan a ocuparlo el procedimiento administrativo en cuanto vía para llegar a decisiones vinculantes, así como los derechos de participación e información, imprescindibles al efecto, y la relación jurídico-administrativa que a todo ello surge”. Pone también adecuadamente el acento en este aspecto E. MALARET GARCÍA, “Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento”, en *Administración Pública y Procedimiento Administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, (Coord. J. Tornos Mas), Bosch, Barcelona, 1994. Un excelente trabajo sobre este tema es de J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

¹⁸⁷ La existencia de procedimientos administrativos complejos pone de relieve y destaca la potencialidad de aquellas actividades administrativas de carácter decisorio que, a pesar de no tener carácter final, ponen fin a un procedimiento administrativo que, a su vez, se incardina en otro procedimiento, que puede considerarse principal.

carácter técnico que deben ser tomados en consideración para otorgar la autorización¹⁸⁸. Asimismo, la recomposición de los intereses de los terceros afectados por la decisión administrativa es especialmente relevante cuando se instituyen regímenes como el de la comunicación previa¹⁸⁹. Ni tan sólo parece claro, en este caso, si estamos en puridad ante un procedimiento administrativo o ante algo distinto. Falta, también, por determinar hasta qué punto se ha desvanecido el acto o decisión de la Administración en este supuesto.

En definitiva, destacan, en estos supuestos, el aumento de la relevancia de la actividad privada en la tramitación de los procedimientos administrativos y, con ello, también, la disminución de la capacidad de decisión de la Administración en la emisión del acto administrativo resolutorio o decisión administrativa final.

C) Sanciones administrativas y disciplinarias.

El esfuerzo realizado por la doctrina y por la jurisprudencia para fijar los principios aplicables al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, matizando, a su vez, la aplicación de tales principios a la potestad disciplinaria, está dando unos frutos admirables¹⁹⁰. Los frentes de debate abiertos en este ámbito son múltiples y no vamos a entrar aquí en este terreno. Introducimos solamente, como hemos hecho en los dos apartados anteriores, algunos elementos de reflexión que, de ser integrados en el mencionado debate, pueden también poner de manifiesto la necesidad de matizar algunas ideas, fuertemente arraigadas, que deberían ser revisadas a la luz de la transformación de los instrumentos de regulación de policía.

La evolución sufrida en el ámbito del control de la actividad publicitaria pone de relieve no sólo la intercambiabilidad de los controles judiciales y administrativos, sino

¹⁸⁸ Un detallado estudio en esta línea ha sido ya realizado por A. SEIDEL, *Privater Sachverstand und staatliche Garantienstellung im Verwaltungsrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2000.

¹⁸⁹ Véase, en este sentido, V. AGUADO CUDOLÀ, *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001, pp. 337 y ss. Sobre las posibilidades de defensa del tercero incide a su vez M. C. NUÑEZ LOZANO, *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona 2001, pp. 183 y ss.

¹⁹⁰ Con el tono marcadamente crítico que caracteriza a este autor, dichos avances son analizados con detalle e integrados en una teoría general sobre la potestad administrativa sancionadora en la excelente obra de A. NIETO, *Derecho Administrativo sancionador*, op. cit.

también la mayor operatividad que, frente a los mismos, pueden ofrecer los organismos privados de autodisciplina. Esta eficacia -que está demostrando ya la asociación Autocontrol de la Publicidad- puede extenderse también a otras experiencias como, por ejemplo, en el ámbito de los medios de comunicación. En ello parecen confiar los poderes públicos cuando, a través de Ley, se faculta a la Administración para “esperar a la resolución” de un organismo voluntario de autodisciplina, antes de iniciar un procedimiento administrativo sancionador sobre los mismos hechos¹⁹¹.

Debido la diversa intensidad de una sanción disciplinaria impuesta por un organismo privado de autodisciplina y la que pueda tener una sanción administrativa, no parece que se pretenda aquí la aplicación del *non bis in idem*. Lo que se advierte es que se presupone una mayor especialización, y, por ende, una mayor capacidad de apreciación y subsunción de los hechos a normas por parte de los organismos de autodisciplina, de la que es predicable de la Administración. Podrá pues, la Administración, utilizar la resolución del organismo de autodisciplina como un dictamen pericial anticipado que, muy probablemente, será determinante en su resolución. No parece aventurado tampoco sostener que la Administración podría, incluso, adoptar la decisión de no iniciar procedimiento sancionador alguno si el organismo privado de autodisciplina no advirtiera que se hubiese producido una infracción. Y ello porque, según parece y a pesar de que el propio Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad sostenga que no aplica normas jurídicas sino simplemente normas éticas, al integrar el principio de legalidad en éstas acaba también analizando si se produce alguna vulneración del ordenamiento jurídico¹⁹². Con

¹⁹¹ En concreto, de la Ley de la comunidad de Madrid 2/2001, de 18 de abril, por la que se constituye el Consejo Audiovisual, en su Disposición Adicional Primera, relativa a los organismos de autorregulación establece que: “En caso de que la Administración de la Comunidad de Madrid tuviera conocimiento de una posible infracción en la materia a la que se refiere esta Ley, respecto de la cual estuviese actuando un organismo voluntario de autodisciplina, podrá esperar a la resolución de éste antes de iniciar el procedimiento sancionador”.

¹⁹² Ha sido ya puesta de relieve en este trabajo la contradicción existente entre las afirmaciones sostenidas por el propio Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad y la realidad. Así, en la Resolución del Jurado de la AAP de 24 de julio de 1996 se afirma que: “El Jurado de Autocontrol no aplica normas jurídicas, sino simplemente normas éticas” [*Boletín de la Asociación Autocontrol de la Publicidad*, n.º1, 1996. Sin embargo, la Norma 2 del Código de la AAP –una de las “normas éticas” en las que se basan las resoluciones del Jurado- establece que la publicidad debe respetar, entre otros principios –buena fe, autenticidad y veracidad-, el principio de legalidad. Es por ello que el propio Jurado debe matizar sus afirmaciones, como ocurre en la Resolución del Pleno del Jurado de 22 de octubre de 1997, [*Actas de Derecho Industrial*, 1999]: “El Jurado de Autocontrol de la Publicidad no aplica normas jurídicas, sino simplemente normas éticas. Ahora bien, esta diferencia, aparentemente clara y nítida, se diluye cuando el conflicto se plantea (como es el caso) en torno al respecto al principio de legalidad recogido en la Norma 2 del Código de Conducta (respeto a la legalidad y a la Constitución: “La

este ejemplo adquieren mayor peso las afirmaciones, sostenidas en otro apartado de este trabajo, sobre la descarga del Estado que, también en el ejercicio de la potestad sancionadora, puede producirse mediante el recurso a la autorregulación. Existe, sin embargo, una premisa previa que debería ser aceptada: el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, por lo menos en lo que atañe a la iniciación de un procedimiento administrativo sancionador, no se rige estrictamente por el principio de legalidad sino por el de oportunidad¹⁹³.

En otro orden de consideraciones, parece que asimismo algunas concepciones tradicionales sobre la tipificación de las infracciones sancionables deberían ser revisadas, especialmente cuando la potestad sancionadora de la Administración es ejercida para mantener la disciplina de determinados profesionales. Es decir, deberían distinguirse, con mayor precisión todavía, los principios aplicables a la potestad sancionadora de los aplicables a las diversas manifestaciones de la potestad disciplinaria de la Administración¹⁹⁴. Ello sería predicable tanto de la potestad que ejerce la Administración pública con respecto a sus empleados, como la que ejercen los Colegios profesionales sobre los miembros de la Corporación, o la que ejercen las Administraciones independientes sobre los profesionales que operan en su ámbito de actuación. En esta línea conviene recordar que, desde el punto de vista del Derecho Administrativo, la eficacia de una norma sancionadora debe ser tomada en consideración en función de su divulgación “*más o menos larga y detallada según sea el grado de especialización o profesionalización de sus destinatarios*”¹⁹⁵.

publicidad debe respetar la legalidad vigente y de manera especial los valores, derechos y principios reconocidos en la Constitución”). Pues bien, habrá ocasiones en las que velar por tal principio será consecuencia de una lectura directa, simple y elemental de la norma jurídica; otras situaciones de mayor complejidad requerirán, en cambio, de un alto esfuerzo interpretativo en la aplicación de la Ley. Será inevitable entonces seguir los pronunciamientos jurisprudenciales allí donde éstos existan y, donde no, realizar un sincero y profundo posicionamiento deontológico que evite dejar sin solución la controversia, aunque sea desde una perspectiva ética”.

¹⁹³ Esta afirmación es defendida por F. J. RODRÍGUEZ PONTÓN en su tesis doctoral inédita, *Discrecionalidad y Derecho Administrativo sancionador. Fundamentos y límites de la oportunidad del ejercicio de la acción administrativa sancionadora*, 2002.

¹⁹⁴ En realidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia, utilizando argumentos muy diversos –la distinción entre relaciones generales y relaciones especiales de protección; o la distinción entre sanciones destinadas a la protección del orden general y las sanciones de autoprotección- vienen reconociendo ya la existencia de una gradación en la aplicación de los principios constitucionales que rigen el poder punitivo del Estado, en función de su distinta fundamentación, en uno u otro caso. Véase, por todos, A. NIETO, *Derecho Administrativo sancionador*, op. cit., pp. 123 y 137 y ss.

¹⁹⁵ A. NIETO, *Derecho Administrativo sancionador*, op. cit., p. 31 [la cursiva es del autor]. En aras a la honestidad debemos señalar que la cita trascrita en el texto está parcialmente fuera de contexto. Esto es, el autor citado defiende que, para que la política represiva de la Administración pública sea eficaz es necesario no tan sólo la publicación de las normas sancionadoras, sino también su divulgación general.

La jurisprudencia no considera, así, que se produzca una vulneración de los principios de legalidad y de tipicidad cuando las sanciones impuestas a los miembros de un Colegio profesional se hallan tipificadas en sus Estatutos colegiales, cuyo carácter reglamentario es indudable, o en códigos de conducta elaborados por el propio Colegio, aún en el caso de que éstos no hayan sido objeto de publicación¹⁹⁶.

Si bien pueden encontrarse apoyos que permitan relajar la aplicación del principio de legalidad, admitiendo la tipificación de infracciones mediante normas reglamentarias –suele recurrirse a la teoría de las relaciones especiales de sujeción–, parece más discutible que dicha tipificación tenga lugar a través de normas que difícilmente pueden calificarse como reglamentos. Cabe recordar, en este sentido, que los Colegios Profesionales, si bien tienen atribuidas por Ley la facultad de regular cuestiones organizativas mediante sus Estatutos particulares o sus Reglamentos de Régimen Interior, no ejercen potestad alguna cuando dichos Reglamentos establecen la tipificación de las conductas profesionales sancionables¹⁹⁷. La facultad de elaboración de los Estatutos generales de la profesión, donde deberían integrarse las infracciones y sanciones correspondientes, es una competencia atribuida a los respectivos Consejos

No se considera en este trabajo desacertado sostener que los profesionales, si efectivamente se dotan de eficaces sistemas de autorregulación, deben conocer las normas de conducta que les incumben en cuanto tales. De ser así, hallaría en este punto la debida justificación la relajación del principio de legalidad con relación a la tipificación de las conductas sancionables e, incluso, la admisibilidad de la tipificación de conductas en normas no jurídicas, no publicadas incluso si y sólo si, sus destinatarios tienen no solamente el deber sino también la posibilidad real de conocerlas.

¹⁹⁶ Véanse al respecto, entre otras: la STC 219/1989, de 21 de diciembre de 1989; la STS de 24 de marzo de 1990; la STS de 3 de marzo de 1990; y la STS de 18 de julio de 1990, comentadas todas ellas por A. NIETO, *Derecho Administrativo sancionador*, op. cit., pp. 131 y ss.

¹⁹⁷ Nos hemos alineado ya a favor de las afirmaciones sostenidas por S. DEL SAZ, *Los Colegios Profesionales*, op. cit., p. 145, que entiende que la potestad normativa de los Colegios profesionales, en la formulación de sus Estatutos particulares y de sus Reglamentos de Régimen Interior, que deben ser abobados por el Consejo General, se limita a cuestiones organizativas. Así pues, si bien puede admitirse el carácter reglamentario de los reglamentos organizativos de los colegios, dicho carácter es discutible cuando, a través de las mismas normas, se regulan otros contenidos, puesto que la ley no habilita a los Colegios para que se produzca esta extensión. Esta no es, sin embargo, la postura mantenida por el Tribunal Supremo, en la STS de 9 de julio de 2001. En su F. J. 4 puede leerse, sin establecer distinción alguna entre las Normas Deontológicas aprobadas por las Juntas de los Colegios profesionales y los Estatutos de una profesión que: “las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento y responden a las potestades públicas que la Ley delega a favor de los Colegios para “ordenar la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el debido respeto a los derechos de los particulares [art. 5 i) de la Ley de Colegios Profesionales, potestades a las que el mismo precepto legal añade, con evidente conexión lógica, la de “ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial”.

Generales y debe ser, en última instancia, convalidada por el Gobierno mediante la aprobación de tales Estatutos por Reglamento¹⁹⁸.

De acuerdo con lo expuesto no podemos afirmar con precisión si los códigos de conducta aprobados por un concreto Colegio profesional, cuando regulan cuestiones que exceden el contenido previsto en la Ley que habilita su existencia, poseen naturaleza reglamentaria o son normas de origen privado –o son una manifestación más, de este régimen mixto al que responde la autorregulación regulada-. En todo caso, lo cierto es que, mediante argumentaciones bastante complejas –porque intentan integrar nuevas realidades en las categorías tradicionales-, se admite su validez como instrumento de tipificación de conductas. El argumento de mayor peso, entre los manejados por la jurisprudencia y que aceptamos plenamente, acaba fundamentando dicha validez en la obligación que tienen los profesionales de conocer los deberes que les incumben en cuanto tales, con independencia de si los códigos que los regulan han sido o no objeto de publicación¹⁹⁹.

¹⁹⁸ La sentencia citada en la nota anterior, contradice así las afirmaciones contenidas en la STC 93/1992, de 11 de junio, donde se explicitan las ideas que sostenemos en el texto, estableciendo claramente la distinción existente entre los estatutos generales y los Estatutos particulares de cada Colegio: “El quicio sobre el que esta Ley intenta hacer compatible el principio de legalidad con la autorregulación corporativa consiste, precisamente, en disociar los Estatutos particulares de cada Colegio y los Estatutos generales de la Profesión entera (art. 6 LCP). Aquellos son elaborados por el correspondiente Colegio, y aprobados autónomamente por el Consejo General que culmina la organización corporativa de la profesión respectiva; en cambio los Estatutos generales, una vez elaborados por dicho Consejo General, son aprobados por el Gobierno. Estos «estatutos generales de la profesión», cuyo establecimiento es confiado por la Ley de Colegios de 1978 a Reales Decretos del Gobierno, obviamente llamados a ser publicados en el «Boletín Oficial del Estado», son los que deben regular -entre otros temas- el régimen disciplinario de la profesión”.

¹⁹⁹ La posibilidad constitucional de unas normas sancionadoras no publicadas, con base en la presunción de que un profesional ha de conocerlas en todo caso ha sido explícitamente admitida por en la STC 219/1989 y, más recientemente, en la STS de 9 de julio de 2001, en cuyo F. J. 4 puede leerse: “De acuerdo con las convicciones jurídicas de nuestro tiempo, nadie se atrevería a negar la necesidad de que las normas que integran el ordenamiento jurídico puedan ser conocidas, exacta y fácilmente, por sus destinatarios o, si se prefiere y por hablar con mayor precisión, por aquéllos a quienes vinculan. Pero esto no significa que haya que admitir también la necesidad de que, siempre y en todo caso, y sin posible solución alternativa, tengan que ser publicadas en un diario oficial. Entre otras razones, porque lo que la Constitución garantiza es únicamente la publicidad de las normas (artículo 9.3) y no el instrumento por medio del cual esa publicidad se haga efectiva. La innegable vecindad semántica de los significantes publicidad y publicación no debe desorientarnos hasta el extremo de hacernos olvidar el distinto significado que tienen uno y otro, y desde luego la publicación en un diario oficial no es el único medio de conseguir una publicidad eficaz que es, en definitiva, lo que exige la Constitución (...). Dicho en otras palabras: lo que de verdad importa es, en primer lugar que el destinatario de la norma pueda conocer su existencia; en segundo lugar, que pueda tener certeza de que su contenido no ha sido alterado; y, por último, que pueda entenderla”. Estos argumentos llevan al tribunal a concluir que “hay que presumir que quien ejerce una profesión –intelectual o manual- conoce los deberes y obligaciones inherentes a la misma”.

Tampoco el Consejo de Estado ha dudado de la legalidad del RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados y registros obligatorios, cuando prevé, explícitamente, que la CNMV puede sancionar a las empresas que cotizan en bolsa por el incumplimiento de los Reglamentos Internos de Conducta aprobados por ellas, mediante una indiscutible facultad de autorregulación²⁰⁰. No le falta razón a quien sostiene que una previsión de este tipo “no parece admisible si se repara en las exigencias del principio de legalidad en materia de sanciones administrativas tal como se afirma en el artículo 25.1 de la Constitución y ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional”²⁰¹. Si bien es cierto que el Dictamen del Consejo de Estado 1643/92, de 1 de 1993, relativo al Proyecto de Real Decreto sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, incurre en alguna contradicción y no se pronuncia sobre las cuestiones que aquí nos planteamos, no por ello nos parece del todo desacertada su decisión.

Según vienen admitiendo ya con cierta normalidad la doctrina y la jurisprudencia, la tipificación de infracciones administrativas por reglamento es admisible en ciertos casos²⁰². Es cada vez más habitual -y una práctica poco discutida- que leyes que habilitan a la Administración para el ejercicio de la potestad sancionadora establezcan una tipificación general de las infracciones y sanciones y, remitan para su concreción al posterior desarrollo reglamentario. Con base en este esquema, la nueva Ley 37/1998, de 16 de noviembre, del Mercado de Valores, incorpora la correspondiente habilitación legal para que la CNMV ejerza su potestad sancionadora – disciplinaria, a nuestro entender- sobre la base de lo establecido, no sólo en normas de

²⁰⁰ Retomamos de nuevo el art. 3 del RD 629/93, de 3 de mayo, según el cuál: “El incumplimiento de lo previsto en los reglamentos internos de conducta, en cuanto su contenido sea desarrollo de lo previsto en la Ley del Mercado de Valores y en el código general de conducta, como normas de ordenación y disciplina del mercado de valores, podrá dar lugar a la imposición de las correspondientes sanciones administrativas, sin perjuicio de lo que resulte de aplicación conforme a la legislación laboral”.

²⁰¹ J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación...*, op. cit., p. 83. A renglón seguido, este mismo autor sostiene que: “No deja de sorprender que la tipificación de los perfiles de unas conductas que pueden ser objeto de sanciones administrativas se realice a través de unas normas privadas, que no pueden considerarse normas jurídicas; desde luego no tendrían encaje en el término “legislación vigente” que utiliza la Constitución por mucho que se pudiera extender. Si ya la tipificación reglamentaria –de ordinario circunscrita a los aspectos procedimentales- se admite con un carácter muy restrictivo, no parece de recibo que esa tipificación se realice por una norma privada”. Más adelante, valorando el Dictamen emitido por el Consejo de Estado sobre este reglamento, destaca el citado autor que estas cuestiones “no son planteadas, ni tan siquiera insinuadas, por el Consejo de Estado en su rutinario dictamen”.

²⁰² Véanse los numerosos ejemplos jurisprudenciales que son analizados por A. NIETO, en *Derecho Administrativo sancionador*, op. cit., pp. 205 y ss.

carácter reglamentario, sino también en los Reglamentos Internos de Conducta que son, como sabemos, normas de indiscutible origen privado, esto es, no son normas jurídicas²⁰³.

Por supuesto que esta transformación de la potestad disciplinaria nos sitúa ante novedosos problemas. Se trata de problemas paralelos –más agudos, quizás- a los que plantea el ejercicio de la potestad disciplinaria de los Colegios Profesionales sobre la base de normas deontológicas que no han sido publicadas. Ambas realidades son difíciles de encajar en determinadas concepciones sobre el principio de legalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, si bien -debe recordarse- dicho principio no rige con la misma intensidad en el ejercicio de su potestad disciplinaria²⁰⁴.

El reconocimiento, en el ámbito legal, de la relajación del principio de legalidad –entre otros- en el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración se refiere en exclusiva a la potestad que puede ejercer ésta respecto del personal a su servicio. Sin embargo, la extensión de dicha relajación al ámbito de los Colegios Profesionales o de las Administraciones independientes, que es admitida por la jurisprudencia basándose en la existencia de una relación especial de sujeción, puede fundamentarse también en la consideración de que tales organizaciones públicas tienen atribuida una función de

²⁰³ Hemos señalado ya en el capítulo segundo de este trabajo que el Dictamen del Consejo de Estado buscó en el artículo 78 de Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, la habilitación legal necesaria para el ejercicio de la potestad sancionadora de la CNMV en base a los RIC. Este fundamento, como hemos comentado también, no se incorporó de manera explícita hasta que dicho precepto, incorporado en el Título VII, relativo a las normas de conducta, fue modificado por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre (LMV). De acuerdo a la nueva redacción del artículo 78: “Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito, las instituciones de inversión colectiva, los emisores y, en general, cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, deberán respetar las siguientes normas de conducta: a) Las normas de conducta contenidas en el presente Título; b) Los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere el apartado a) anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; c) Las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta”. La habilitación legal que requiere la CNMV se halla, más en concreto, en el artículo 100 t de la nueva LMV, que, completando las previsiones del artículo 78 establece que serán sancionables también como infracciones graves, “la infracción o el incumplimiento de las normas de conducta previstas en el Título VII”, entre las que se incluyen, ahora sí, no sólo las normas conductas contenidas en el código general de conducta establecido en el Anexo al RD 629/93, sino también las previstas en los diferentes códigos de conducta específicos que pudiera promulgar en su momento el Gobierno y en los reglamentos internos de conducta.

²⁰⁴ La propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC, establece en su artículo 127 que las disposiciones reguladoras de la potestad sancionadora de la Administración, recogidas en el Título IX de la Ley, “no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual”.

disciplina de determinados profesionales. Podría así admitirse la tipificación de infracciones con base en normas derivadas de la autorregulación, aún cuando no posean carácter jurídico, argumentando que dichos profesionales conocen con precisión – porque es fruto de su propia reflexión sobre la realidad en la que operan– las conductas sancionables en el ejercicio de su actividad.

Esta línea de reflexiones sería predicable también del ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración si, en un futuro, los códigos de conducta de los profesionales a su servicio adquieren la racionalidad y la madurez necesarias para constituir una manifestación más de la autorregulación. Si no se produjese la incorporación de dichos códigos en un Reglamento estaríamos, de nuevo, ante normas privadas, no integradas en las fuentes del derecho. Estos códigos o normas, sin embargo, podrían ser de gran utilidad, en primer lugar, como medio preventivo, puesto que la profesionalización alcanzada por los funcionarios mediante el proceso de aprendizaje y reflexión previos a su aprobación evitaría en gran medida conductas reprobables; en segundo lugar, como elemento hermenéutico, al permitir una interpretación más detallada y articulada de la legislación; y, en tercer lugar, incluso, de establecerse las necesarias habilitaciones legales, como medio de tipificación de las conductas sancionables.

2. Publicación de la autorregulación.

Es, precisamente, la publicación de la autorregulación, que se produce mediante la regulación de su contexto y la atribución de efectos públicos a la misma, la que dificulta el establecimiento de una clara separación entre la autorregulación regulada y determinados sujetos o instrumentos de regulación. Si la regulación de policía sufre cierta transformación, que parece imponer una revisión de algunas categorías tradicionales del Derecho Administrativo, con mayor razón dichas categorías deben ser revisadas con el objeto de integrar en la órbita pública –o excluir en su caso– la autorregulación regulada.

A) Publicación del régimen jurídico de los sujetos o estructuras de autorregulación.

La decidida influencia del Derecho comunitario en las formas de actuación administrativa comporta, significativamente, que se atribuya a la sociedad –a determinados sujetos privados, más en concreto- la obligación primaria de satisfacer determinados fines públicos. Son los particulares quienes debe asumir, en primera instancia, la protección de aquellos bienes constitucionalmente garantizados que pueden ser puestos en peligro mediante su actividad. En consonancia con ello, los poderes públicos, si quieren utilizar instrumentalmente la autorregulación, deben garantizar que ésta se oriente, efectivamente, hacia la consecución de fines públicos.

La materialización de los intereses generales, como ha sido reconocido por la jurisprudencia –si bien con un alcance distinto al que se viene analizando en este trabajo-, no compete ya exclusivamente a la Administración²⁰⁵. Se impone a las estructuras de autorregulación, por consiguiente, una obligación que la Constitución atribuye sólo a la Administración pública; en concreto, según el artículo 103.1 CE, es la Administración Pública quien debe servir con objetividad los intereses generales.

Si se admite que el elemento teleológico o finalista que caracteriza la actuación de la Administración –el servicio a determinados fines públicos- es predicable también de la autorregulación, los principios constitucionales que rigen la actuación de la primera deberían también aplicarse a la segunda²⁰⁶. Esta conclusión no se extrae, por su puesto, del texto constitucional. Es la proximidad entre la autorregulación regulada y ciertas formas de actuación administrativa las que parecen indicar la adecuación de aplicar a aquélla los principios propios de aquélla.

²⁰⁵ En esta línea, en la STC 18/1984, de 7 de febrero, se afirma que “la configuración del Estado como Social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza por una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la categoría derecho público-derecho privado”.

²⁰⁶ E. MALARET GARCÍA, “El Derecho de la Administración Pública: Derecho Público y Derecho Privado; la relevancia de los principios constitucionales”, en *Derecho Público y Derecho privado en la actuación de la Administración Pública*, Institut d’Estudis Autònoms/Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999, pp. 105 deduce de la Constitución la existencia de ciertos principios de Derecho Público aplicables a toda actuación administrativa, con base en el elemento teleológico que incorpora el artículo 103 CE. Entre tales principios hace mención expresa al principio de objetividad; el principio de transparencia; el principio de igualdad; el principio de interdicción a la arbitrariedad; pero también a otros principios implícitos, como el de proporcionalidad o la regla de la motivación.

En consonancia con ello, las estructuras de autorregulación deben actuar, igual que la Administración, con objetividad²⁰⁷. La imparcialidad, la independencia, así como los principios de mérito y capacidad, incorporados en el núcleo mismo del estatuto de los funcionarios públicos son, asimismo, principios que se incorporan ahora, mediante la regulación de su contexto, al estatuto jurídico de las estructuras secundarias de autorregulación²⁰⁸. Si la objetividad denota lo público, no cabe duda alguna que, mediante la imposición de este principio, se produce una clara publicación de la autorregulación.

Del análisis que venimos realizando puede desprenderse también que la publicación de la autorregulación se produce asimismo con motivo de la mayor proximidad de ésta con la consecución de otro principio constitucional de la actuación administrativa, esto es, el principio de eficacia²⁰⁹. El dominio directo, desde un punto de vista cognitivo, por las estructuras de autorregulación de las actividades que deben ser reguladas y controladas, sitúa a éstas en una posición privilegiada que, en aras a la eficacia, es utilizada instrumentalmente por la Administración.

Ahora bien, hemos señalado ya en diversas ocasiones que la legitimación técnica que poseen las estructuras de autorregulación, su autoridad en sentido material, no es argumento suficiente para justificar el elevado grado de confianza que parecen estar depositando en ellas los poderes públicos. Debe exigirse, pues –en algunos casos se está exigiendo ya–, que se trasladen también a estas estructuras algunos de los criterios de

²⁰⁷ Como sostiene A. NIETO GARCÍA, “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. III, *La Corona. Las Cortes Generales. Del Gobierno y de la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2227: “La objetividad es conocidamente una nota esencial de la Administración pública y, en general, de toda organización burocrática como ya puso de relieve hace mucho tiempo MAX WEBER en su *Economía y Sociedad* y es admitido pacíficamente desde entonces por la doctrina. En este punto, por tanto, la Constitución no puede ser más conservadora y tradicional”.

²⁰⁸ La importancia que atribuye la legislación a la capacidad técnica de las estructuras secundarias de autorregulación, el establecimiento de un régimen de incompatibilidades tendente a garantizar su imparcialidad, así como algunas de sus concretas obligaciones, asimilan en muchos aspectos el estatuto jurídico de estas entidades al que es propio de los funcionarios al servicio de la Administración. Sobre dicho estatuto véanse, con carácter general: M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Curso de Ciencia de la Administración*, Alianza, Madrid, 1985; R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 1992; y M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 1996.

²⁰⁹ Entre la copiosa bibliografía sobre el principio de eficacia administrativa pueden destacarse los diversos artículos publicados en los números 218-219 de la revista *Documentación Administrativa*, dedicados monográficamente a este principio. Sobresale, entre ellos, el trabajo de L. PAREJO ALFONSO, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, pp. 15 a 65.

legitimación de la actuación administrativa. El principio de participación de los interesados en la adopción de decisiones públicas parece imponerse con toda normalidad²¹⁰. Debe aún hacerse mayor hincapié, con la debida moderación y en función de la intensidad de los efectos públicos atribuidos a la autorregulación, en el principio de legalidad. Así, debería existir alguna previsión legal que diese cobertura a la atribución de efectos vinculantes a la autorregulación, del mismo modo que, de atribuirse concretas funciones públicas a sujetos privados –como ocurre en el caso de los Organismos de control en materias de seguridad industrial- es exigible el respeto a la reserva de ley prevista para la delegación de competencias administrativas²¹¹.

Obviamente, la europeización y la constitucionalización del Derecho Administrativo dejan abiertas numerosas cuestiones, que se complican excesivamente cuando se imponen a determinados agentes privados similares principios constitucionales a los que rigen la actividad de las Administraciones públicas. Entre los problemas que plantea esta publicación de la autorregulación, en este apartado van a ser esbozados los dos siguientes: por una parte, el relativo a la indeterminación de la categorización jurídica de las estructuras secundarias de autorregulación; y, por otra, el de la distinción de estos sujetos con figuras afines, que son, en realidad, Administraciones públicas caracterizadas por una marcada participación privada.

a) Estructuras secundarias de autorregulación y Administración pública.

Como hemos dicho con anterioridad, algunas de las estructuras complejas de autorregulación y, en particular, los laboratorios privados de ensayo y calibración, pueden actuar, simultáneamente, como sujetos de autorregulación –cuando actúan por encargo de los particulares- o como entidades colaboradoras de la Administración, en el sentido tradicional que posee la categoría de la colaboración privada.

²¹⁰ Hemos constatado que, de forma recurrente, se preocupan el legislador y, con mayor contundencia, las instancias comunitarias, para introducir el principio de participación en la autorregulación. Sobre la participación como criterio de legitimación de la Administración pública, véase, entre otros E. SCHMIDT-ASSMANN, “La legitimación de la Administración como concepto jurídico”, *DA*, n.º 234, 1993, pp. 172 y ss; y WÜRTEMBERGEER, “Aceptación a través del procedimiento administrativo”, *DA*, n.º 235-236, 1993, pp. 318 y ss.

²¹¹ Estas ideas son apuntadas por J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación...*, op. cit., pp. 159 y ss. En el mismo sentido se pronuncia D. CANALS AMETLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad...*, op. cit.,

La colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas explica los instrumentos a través de los cuales, funciones materialmente asumidas por la Administración, son compartidas o trasladadas a los particulares. Esta categoría se caracteriza por el dato de la imputación de la actuación de los particulares a la Administración, puesto que la titularidad de la función permanece en la órbita administrativa. Se trata, en la mayoría de los casos, de supuestos articulados jurídicamente bajo la técnica de la concesión o la contratación administrativa, debido a que los particulares ejercen una actividad material (de prestación de servicios públicos normalmente) o una actividad de contenido meramente técnico²¹².

Las entidades de acreditación, los organismos de normalización, las entidades de certificación y los auditores ambientales, no responden, en cambio, a la categoría de la colaboración privada, porque realizan funciones que nunca han pertenecido, o que han dejado de pertenecer recientemente, a la Administración. Ello nos indica ya que, en la mayoría de los casos, actúan como estructuras de apoyo a la autorregulación -como un complemento o, incluso, como un elemento indispensable de la autorregulación empresarial-. Los efectos habilitantes que posee la acreditación o los efectos vinculantes que pueden adquirir las normas técnicas, sin embargo, obligan a cuestionarnos si, en contra de lo que venimos manteniendo, estas estructuras ejercen verdaderas funciones públicas.

Ello nos remite a la categoría del ejercicio privado de funciones públicas. A pesar de ser ésta una categoría muy controvertida, es comunmente aceptado que se

²¹² Este es el ámbito en el que analiza la colaboración privada en el «ejercicio de funciones públicas» B. GÉNY, en *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, op.cit. No distinguía este autor las nociones de servicio público y función pública, a pesar de referirse principalmente a manifestaciones de la primera categoría. Sobre la importancia de tal distinción y la limitación de la noción de servicio público al suministro de prestaciones por parte de las Administraciones públicas, entre otros, R. PARADA, *Derecho Administrativo*, vol. I, *Parte General*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, p. 452 y ss.; y F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1992, p. 321. Como pone de manifiesto E. MALARET GARCÍA, en su artículo “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, *RAP*, nº 145, 1998, p. 72: “Se trata, pues, fundamentalmente de una actividad material y técnica, que, precisamente en cuanto tal, puede ser asegurada en parte por los privados”. La misma autora señala taxativamente que el servicio público es “una actividad en relación a la cual la Administración se sitúa en una posición distinta de la propia de la policía” (Ibíd., p. 55).

refiere a actividades que comportan el ejercicio de prerrogativas o potestades públicas²¹³.

El núcleo de esta categoría está formado por un heterogéneo grupo de sujetos privados que, en el ejercicio de su profesión, tienen atribuidas concretas prerrogativas de poder público²¹⁴. La actuación de tales sujetos no se imputa, sin embargo, a una Administración pública. Los ejercientes privados de una función pública la realizan en nombre propio y son directamente responsables de su actuación²¹⁵.

En dicha categoría se incluyen también algunas de las denominadas “asociaciones de configuración legal”, caracterizadas por estar sometidas, con diversos grados de intensidad, a una regulación e intervención administrativa que se justifican en las funciones públicas que ejercen²¹⁶ por expresa atribución del legislador²¹⁷.

²¹³ La categoría del ejercicio privado de funciones públicas tiene su origen en la doctrina italiana y, más en concreto, en las clásicas aportaciones de S. ROMANO [*Principi di Diritto Amministrativo Italiano*, Società Editrice Libreria, 1912] y de G. ZANOBINI, [*L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, consultado en *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Milano, 1955]. Aunque estos autores incluyen en esta categoría los supuestos de colaboración privada en la prestación de servicios públicos, establecen una distinción entre tales supuestos y aquellos otros en los que los particulares ejercen una función pública en sentido estricto, esto es, una actividad administrativa con efectos jurídico-públicos.

Tomando sólo como referencia este aspecto más restringido de la expresión “función pública”, F. SAINZ MORENO, en “Ejercicio privado de las funciones públicas”, op. cit., pp. 1699 y ss., destaca la ambigüedad de la misma, derivada de la variedad de supuestos que se incluyen en ella, y dedica especial atención a aquellos casos en los que el ejercicio de funciones públicas deriva de una atribución legal de una potestad, como objeto principal o accesorio de una profesión liberal. En los supuestos analizados por este autor, como manifestaciones del ejercicio privado de funciones públicas, la noción “función pública” “se utiliza para designar ciertas actividades que gozan de especial eficacia reconocida por el Derecho o que se ejercitan haciendo uso de potestades que, en principio, sólo corresponden a los poderes públicos” [ibídem, p. 1781].

²¹⁴ Según F. SAINZ MORENO, “Ejercicio privado de las funciones públicas”, op. cit., pp. 1699 y ss., forman parte de esta categoría, entre otros, el capitán de buque, el comandante de aeronave, el práctico de puerto, los profesionales de algunos servicios de seguridad, el árbitro de derecho privado, los notarios, los agentes de cambio y bolsa, y los corredores colegiados de comercio.

²¹⁵ Tras un detallado análisis doctrinal acerca de esta categoría, J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad...*, op. cit., pp. 534 y ss., sostiene que el ejercicio privado de funciones públicas incluye una serie diversa de supuestos en los que el ordenamiento jurídico atribuye una potestad a un sujeto privado. Dicho sujeto se encuentra normativamente habilitado para actuar dicha potestad en el ejercicio de sus funciones, que ejerce en nombre propio, no siendo éstas imputables a la Administración.

²¹⁶ Como acertadamente ha advertido la doctrina, la publicación del régimen jurídico de estas asociaciones debería ser proporcional y adecuada a las funciones públicas encomendadas. Así, G. FERNÁNDEZ FARRERES, en *Asociaciones y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987, p. 208, coincide con J. ESTEVE PARDO, en “Las asociaciones de configuración legal. El caso de las Federaciones Deportivas (Sentencia del tribunal Constitucional de 24 de mayo de 1985)”, *REDA*, n.º 45, 1985, p. 116, cuando afirma que el intervencionismo público sobre este tipo de asociaciones sólo podrá proyectarse “...sobre aquellas funciones públicas para cuyo ejercicio han sido facultadas las asociaciones”, de manera que “...no parece admisible una intervención administrativa en el plano estrictamente subjetivo, conformando –por vía reglamentaria– la estructura organizativa de estas asociaciones cuyo diseño debería venir perfilado por ley”.

Por su configuración asociativa y por el grado de intervención administrativa en su estructuración, podría pensarse que los organismos de normalización y las entidades de acreditación responden a este perfil. No obstante, cabe señalar que el legislador también está legitimado para modular el régimen jurídico propio y específico de determinadas asociaciones que, sin ejercer directamente funciones públicas, satisfacen fines a los que el ordenamiento reconoce especial relevancia, incluso en el ámbito constitucional²¹⁸. Las mencionadas estructuras secundarias de autorregulación son, a nuestro entender, asociaciones de configuración legal, pero no responden a la categoría del ejercicio privado de funciones públicas. No es sostenible que la atribución, puntual o generalizada, de efectos vinculantes a las normas técnicas mediante el instrumento de la remisión normativa constituya una delegación –que sería, además, *ex post*–, de funciones públicas a estas entidades²¹⁹. Tampoco parece que los efectos habilitantes que posee la acreditación sea un rasgo predicable únicamente de la actuación de instancias públicas. A pesar de ello, las fronteras existentes entre la actuación de estos sujetos y aquellas actuaciones que pueden ser consideradas genuinas funciones públicas son extraordinariamente difusas.

Esta indefinición es todavía más evidente cuando se analiza el régimen de actuación de los Organismos de control. Los Organismos de control son sujetos, generalmente privados –aunque algunos también poseen naturaleza jurídico-pública– que adoptan decisiones cuyos efectos jurídicos son equiparables a los que poseen los actos administrativos²²⁰. La generalización de este tipo de organismos ha llamado la

²¹⁷ Refiriéndose a las asociaciones de configuración legal dotadas de potestades públicas como manifestación del ejercicio privado de funciones públicas, J. M. GARRIGOU-LAGRANGE, *Asociaciones y poderes públicos*, [Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics, LGDJ, París, 1970, traducción de M. Gonzalo González], IEP, Madrid, 1974, p. 272, afirma: “El acto general –Ley o reglamento– necesario para la validez de una habilitación concedida a una asociación para el ejercicio de funciones administrativas, es idéntico al que origina una delegación de competencias de una unidad administrativa en alguno de sus subordinados”.

²¹⁸ G. FERNÁNDEZ FARRERES, en *Asociaciones y Constitución*, op. cit., p. 205, califica también como asociaciones privadas de configuración legal a los sindicatos, los partidos políticos o las organizaciones empresariales, que responden al modelo descrito en el texto.

²¹⁹ Sostiene que las entidades de normalización realizan genuinas funciones públicas, por ser la normalización una función pública y debido también a los eventuales efectos vinculantes de las normas técnicas a partir de la dinámica de la remisión, V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización industrial*, op. cit., pp. 68 y ss.; y 156 y ss. Puesto que no compartimos la caracterización de la función de normalización como una función pública, tampoco creemos, como sostiene J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad...*, op. cit., pp. 553 y ss., que se trate de un supuesto de descentralización funcional a favor de sujetos privados.

²²⁰ Si se acepta esta premisa, debería profundizarse en las observaciones de P. WEIL, vertidas en *Le droit administratif*, PUF, París, 1964, p. 75. Este autor propone extender el control de legalidad de la jurisdicción contencioso-administrativa en consideración no a los sujetos, sino a los medios empleados,

atención de la doctrina, que suele coincidir en analizarlos bajo la categoría del “ejercicio privado de funciones públicas”²²¹. Sin embargo, como acertadamente se ha rebatido, esta categoría no resulta adecuada tampoco para calificar a los Organismos de control, puesto que su actuación es asumida como propia por la Administración pública, hasta el punto que sus actos pueden ser objeto de recurso ante la misma²²². En puridad, nuestra dogmática jurídica no ha elaborado, por el momento, una teoría adecuada con la que explicar este fenómeno²²³.

Una rápida ojeada al derecho comparado nos permite observar que, en contraste con ello, en el ámbito germánico este tipo de organismos, conocidos por las siglas TÜV (*Technische Überwachung Vereine*, o asociaciones de supervisión e inspección técnica) gozan de una larga tradición.

Las TÜV eran originariamente asociaciones privadas de fabricantes e ingenieros que desarrollaban actuaciones de autocontrol técnico de la seguridad de sus instalaciones. El rigor con que llevaban a cabo esta actividad hizo que, progresivamente, las certificaciones emitidas por estas organizaciones gozasen de un creciente prestigio,

considerando como actos administrativos “todas las decisiones unilaterales, incluso las adoptadas por personas privadas, que impliquen el uso de prerrogativas de poder público”.

²²¹ De nuevo cabe citar aquí a V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización industrial*, op. cit., p. 156; así como a G. FERNÁNDEZ FARRERES, “La infraestructura organizativa por la calidad y la seguridad industrial y el fenómeno del ejercicio por particulares de funciones públicas de inspección y control”, *RArgAP*, n.º 13, 1998, pp. 43 a 60; y M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, p. 396 y ss.

Algunos autores, sin embargo, opinan que la intervención de agentes privados colaboradores en materia de seguridad industrial no puede ser calificada como una función pública. Entienden, en concreto, que los organismos de control ejercen una actividad material o técnica de la Administración pública, relacionada con el fenómeno que la doctrina alemana denomina “descarga al Estado de funciones administrativas”: así, por ejemplo, P. T. NEVADO-BATALLA MORENO, *La intervención administrativa en la industria...*, pp. 108 y ss. Asimismo entiende que las entidades colaboradoras realizan una actividad técnica de control material de ciertos extremos para facilitar el ejercicio de la potestad administrativa de inspección, C. PADRÓS REIG, *Actividad administrativa y entidades colaboradoras. Especial referencia a su actuación en el Estado autonómico y a las implicaciones económicas de su régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 19 y ss.

²²² En este sentido, J. A. CARRILLO DONAIRE *El derecho de la seguridad...*, op. cit., pp. 560 y ss., sostiene que los organismos de control constituyen un supuesto de descentralización funcional, en el que se producen habilitaciones que confieren a los distintos agentes colaboradores funciones públicas, tales como la función certificante y acreditativa (dación de fe pública) y, eventualmente, la potestad autorizatoria.

²²³ Después de analizar los supuestos que han dado lugar a la construcción doctrinal de las figuras de la colaboración privada y del ejercicio privado de funciones públicas, destaca la inexistencia de una categoría jurídica en la que insertar los organismos de control, D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad...*, op. cit. Esta autora, a nuestro entender, es quien ha logrado, por el momento, una caracterización más precisa de estas entidades.

primero en el mercado, y después, también ante las Administraciones públicas. Éstas empezaron a otorgar a las certificaciones emitidas por las TÜV un valor presuntivo, relacionado con la adecuación de las instalaciones inspeccionadas a los requisitos reglamentarios.

Hasta este momento, la actuación de estas organizaciones respondía fielmente al esquema propio de la autorregulación regulada: se trataba de una actividad de autocontrol y autocertificación privada, con ciertos efectos públicos que podían, sin embargo, ser contrarrestados por una actuación pública posterior o por otras certificaciones privadas. No obstante, el elevado grado de racionalidad aportado por estas organizaciones llevó a que la Administración acabara reconociendo a estas certificaciones privadas el mismo valor y efectos que el atribuido a las emitidas por organismos públicos. A partir de este momento, los actos de las TÜV en el ámbito de la inspección técnica gozan de la consideración de actos administrativos²²⁴.

En Alemania las TÜV han sido calificadas como *Beliehene*, categoría que engloba todos aquellos supuestos en los que los particulares –personas físicas o jurídicas de derecho privado- ejercen funciones públicas soberanas (*hoheitliche Zuständigkeiten*). Estos sujetos actúan en nombre propio y con autonomía, pero al mismo tiempo se les considera titulares de una función pública (*Verwaltungsträger*). De acuerdo con el Párrafo I.IV de la *Verwaltungs Verfahren Gesetz*, (VwVfG) -Ley alemana de Procedimiento administrativo-, los *Beliehene* gozan de la condición de autoridad. Sus actos tienen la consideración de actos administrativos y por ello tales sujetos gozan de la consideración de Administración pública mediata o indirecta (*mittelbare Staatsverwaltung*)²²⁵.

²²⁴ Sobre esta evolución, J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación...*, op. cit., pp. 149 y ss.; y, del mismo autor, *Técnica, riesgo y Derecho*, op. cit., pp. 65 y ss.

²²⁵ La *Beleihung* describe el acto de atribución a un sujeto de funciones soberanas. El sujeto habilitado (*Beliehene*) por la Administración es un genuino actor social que ejercita como propia una competencia soberana. El objeto de la *Beleihung* es siempre una función que la Constitución atribuye en exclusiva al Estado y, por consiguiente, esta figura está sometida a la reserva de ley. Los *Beliehene* están sometidos al control (*Aufsicht*) de la Administración –que se traduce en un control de legalidad y oportunidad-, que debe velar para que los sujetos privados habilitados ejercen ininterrumpidamente las competencias que se le han trasladado. Como contrapartida, estos sujetos tienen derecho a ser resarcidos económicamente a través de cualquier modalidad de compensación financiera. En cualquier caso, ésta es una categoría plenamente reconocida en la doctrina alemana. Sobre ella pueden consultarse, a título de ejemplo, H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11ª ed., C. H. Beck, München, 1997, pp. 582 y ss.; H. J. WOLF, O. BACHOF, y R. STÖBER, *Verwaltungsrecht*, t. II, 5ª ed., C. H. Beck, München,

El paralelismo existente entre las TÜV alemanas y los Organismos de control existentes en nuestro país parece aconsejar una revisión de nuestras concepciones tradicionales con el objeto de imponer la aplicación del Derecho Administrativo a la actividad de los Organismos de control²²⁶.

La evolución de las TÜV alemanas nos sirve también para verificar la intercambiabilidad y las difusas fronteras entre la regulación de policía y la autorregulación regulada. Pero nos confirma también otro dato. En Alemania, tanto las TÜV como otros sujetos que poseen la condición de *Beliehene*, actúan indistintamente, según los casos, funciones públicas y funciones que responden a la autorregulación, esto es, funciones que están encaminadas exclusivamente a cubrir ámbitos de responsabilidad que han sido trasladados a las empresas²²⁷.

Las dificultades de incardinación de las estructuras secundarias de autorregulación en las categorías tradicionales del Derecho Administrativo se ven agravadas por el hecho de que existen también estructuras públicas que realizan similares funciones, paralelas incluso, a las que son propias de aquéllas. La

1987, pp. 411 y ss.; así como las aportaciones de F. OSSENBUHL y H. U. GALWAS al debate sobre "Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private", VVDStRL, n.º 29, 1970, pp. 137 y ss.

Una exposición sistemática del encuadre de esta figura con las nuevas formas de colaboración de los expertos privados con las Administraciones públicas, puede consultarse en A. SEIDEL, *Privater Sachverstand...*, op. cit., pp. 216 y ss. Este autor destaca que el Derecho alemán ofrece numerosos ejemplos, que gozan de una larga tradición y reconocimiento, en los que los expertos actúan como *Beliehene*. Quizás el supuesto más conocido es el de la inspección técnica de vehículos y de establecimientos. La organización de la inspección técnica está regulada por los Länder. Ello explica la existencia de diversos modelos. En Hamburgo y Hessen las inspecciones técnicas se realizan directamente por la Administración. En los demás Länder, por el contrario, esta función se encomienda a expertos privados que gozan de la condición de autoridad y que, normalmente, responden a la figura de las TÜV (*Technische Überwachung Vereine*), o asociaciones de inspección técnica. También son los Länder quienes establecen los requisitos de cualificación que deben poseer los expertos para conseguir esta condición de autoridad, que se otorga mediante un acto de reconocimiento. Esta misma figura se extiende actualmente también a otros ámbitos, como el de la construcción (donde existe el denominado *Prüfingenieur für Baustatik*, "auditor ingeniero de la construcción"), el control de las instalaciones de fuego (*Bezirksschornsteinfegermeister*, "maestro de chimeneas comarcal"), o las mediciones públicas (*öffentlich bestellte Vermessungsingenieur*, "ingeniero encargado de mediciones públicas").

²²⁶ Esta revisión puede apuntar hacia dos tipos de soluciones: o bien se considera que el grado de publicación del régimen jurídico de los organismos de control es tal que deben asimilarse a la Administración pública (solución que es posible en Alemania gracias a la existencia de un régimen jurídico claro respecto a la naturaleza de la habilitación –*Beleihung*– y a las facultades de control de la Administración); o bien se sostiene que el Derecho Administrativo es aplicable no sólo a las Administraciones públicas, sino también a aquellos sujetos privados que ejercen funciones de autoridad. Esta solución es la que apunta, tras un completo análisis de los Organismos de control existentes en nuestro país y una brillante exposición de la articulación del Derecho Administrativo en torno a la noción de autoridad, D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad...*, op. cit.

²²⁷ A. SEIDEL, *Privater Sachverstand...*, op. cit., pp. 13 y ss.

intercambiabilidad entre unas y otras, el progresivo desmantelamiento de las segundas a favor de las primeras, no facilita en nada la tarea de establecer una clara demarcación entre las fronteras de lo público y lo privado. Así, debe ponerse de manifiesto la existencia de colectivos que, desde el punto de vista sociológico, provienen de o son sociedad, pero poseen personalidad jurídico-pública, están integrados en una estructura jurídico-pública y/o ejercen genuinas funciones públicas, pero actúan, al mismo tiempo, funciones paralelas a las que hemos analizado como propias de las estructuras de autorregulación. Se trata de organizaciones públicas que aprueban reglas técnicas, de carácter voluntario, certifican su cumplimiento e imponen sanciones por su vulneración; y de organizaciones públicas que aprueban códigos de conducta y ejercen funciones de disciplina de una profesión. Tales organizaciones, a pesar de su composición, que es enormemente participativa, han sufrido un proceso de publicación lo suficientemente destacable como para considerarlas parte del Estado y, más en concreto, de la Administración pública –autoadministración y administración participada-²²⁸.

b) Figuras afines: la administración participada y la autoadministración.

La participación es una fórmula que sirve para implicar a los particulares en la toma de decisiones administrativas. Esta implicación se produce, por un lado, mediante la entrada de concretos sujetos privados en los procedimientos de aprobación de leyes, reglamentos o actos administrativos, o mediante la inclusión de tales sujetos en los órganos a quienes corresponde dicha aprobación –participación orgánica-.

La participación orgánica permite establecer una distinción entre la Administración de base estrictamente funcionarial y la denominada “administración participada”²²⁹. Aunque existen algunos casos, como el de los organismos públicos que conceden marcas o sellos de calidad -organismos gestores del Sello INCE o Consejos reguladores- o como el de los organismos públicos de normalización, en los que el protagonismo de los particulares es tanto o más relevante que el de los funcionarios públicos que conviven con los mismos en este tipo de organizaciones, no podemos

²²⁸ Ello no obstante, como señala T. FONT LLOVET, “Algunas funciones de la idea de participación”, *REDA*, n.º 45, 1985, p. 46, la participación comporta, en ocasiones, una nueva definición de ciertas instituciones jurídicas y, en otras, una difuminación de unos contornos que se creían precisos.

²²⁹ Véase, por todos, M. SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, op. cit.

hablar en estos casos de autorregulación. Estamos indudablemente ante Administraciones públicas que ejercen sus funciones en régimen de Derecho Administrativo, aun cuando entre tales funciones se cuenta la aprobación de “reglamentos” que sólo poseen carácter vinculante para aquellos sujetos que, voluntariamente, se someten a ellos.

Así, los organismos gestores del Sello INCE, a pesar de la marcada representación social que les caracteriza, del carácter voluntario de las normas que aprueban y de la actividad estrictamente reglada que ejercen cuando certifican el cumplimiento de tales normas, mediante la concesión del correspondiente sello, se encuadran en la órbita de la organización administrativa. Su creación y su composición vienen definidas reglamentariamente, dependen de la voluntad de los poderes públicos y su actividad se rige por el Derecho Administrativo²³⁰.

Lo mismo cabe decir de los Consejos reguladores de las denominaciones de origen, que poseen un marcado carácter social, pero se integran en la órbita del Estado, porque han sido absorbidos por éste mediante su conversión en órganos de la Administración. Este proceso de absorción, o publicación de la autorregulación de los viticultores, puede encontrarse ya en las primeras normas reguladoras de las denominaciones de origen²³¹. En su configuración actual, prevista en sus rasgos

²³⁰ Véanse, con carácter general, la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1977, reguladora del Sello INCE (que responde a las siglas del desaparecido Instituto Nacional de Calidad de la Edificación) y, a título de ejemplo, algunas de las disposiciones reguladoras de la composición del organismo gestor del Sello que, como hemos señalado en otra ocasión, es distinta según el tipo de producto que puede ser objeto de distinción. Así, las Resoluciones aprobadas por la Dirección General de Vivienda, Arquitectura y Urbanismo, de 28 de abril de 1998, por las que se aprueba la actualización de las disposiciones reguladoras del Sello INCE para materiales y sistemas de aislamiento para uso en la edificación relativas a espumas de poliuretano conformadas en fábrica (Arz. 2306); para componentes de espumas de poliuretano (Arz. 2307); y para espumas de poliuretano producidas “in situ” (Arz. 2308); la Resolución de 5 de noviembre de 1998, sobre actualización de las disposiciones reguladoras del Sello INCE para materiales y sistemas de aislamiento para uso en la edificación, relativas a productos de lana de roca (Arz. 2890); o la Resolución de 5 de noviembre de 1998, por la que se aprueban las disposiciones reguladoras del Sello INCE para hormigón preparado adaptadas a la “Instrucción de Hormigón Estructural (EHE)” (Arz. 2357).

²³¹ M. LÓPEZ BENÍTEZ, en *Las Denominaciones de Origen*, op. cit., pp. 47 y ss., señala que el origen histórico de la regulación de las denominaciones de origen se encuentra en el Estatuto republicano del vino, aprobado por Decreto de 8 de septiembre de 1932 y modificado y por la Ley de 26 de mayo de 1933. El autor destaca las imprecisiones de estas normas en cuanto a la naturaleza jurídica de los Consejos reguladores, los cuales parecían depender de los Sindicatos oficiales de Criadores Exportadores de Vinos (que eran Corporaciones de derecho público). Unos años después se aprueba el reglamento de 10 de julio de 1936 que caracteriza los consejos reguladores como “organismos oficiales encargados de estudiar y proponer la reglamentación y uso de las denominaciones de origen”. Se convierten, pues, en una especie de órganos consultivos. Los primeros reglamentos de los consejos reguladores, en cambio,

generales por la Ley 25/1970, de 2 de diciembre de 1970, reguladora del estatuto del vino, viñas y alcoholes, los Consejos reguladores son órganos administrativos integrados bien en el Instituto Nacional de las Denominaciones de Origen -que es un Organismo autónomo, adscrito al Ministerio de Agricultura-, bien en los correspondientes organismos autónomos o departamentos, de ámbito autonómico, que tienen atribuidas las funciones de control de las denominaciones de origen²³². Se trata en este caso, de una función de supervisión por parte de la Administración burocrática del control directo que, sobre las denominaciones de origen, ejercen los Consejos Reguladores.

La Administración ejerce, como ocurre cuando controla las estructuras secundarias de autorregulación, una función de control del control. En este caso, sin embargo, quien controla directamente a los sujetos sometidos voluntariamente al régimen establecido en los reglamentos de cada denominación de origen no es un sujeto privado, sino un órgano también público²³³.

parecen atribuir a estas instituciones la naturaleza jurídica de corporaciones de derecho público. Los Consejos reguladores dejan de ser las “cabezas pensantes” que había instituido el reglamento de 1936, para convertirse en actores y ejecutores de su propia reglamentación. Como toda corporación de derecho público estos órganos defienden dos órdenes de intereses, los públicos y los propios, gozan de autonomía de actuación y funcionamiento, aunque estén sometidos a la tutela del ministerio de Agricultura, tienen potestades de autonormación en su ámbito interno y en el marco de sus competencias, y se nutren en su mayor parte de ingresos provenientes de sus miembros. Sin embargo, la pertenencia no es obligatoria sino voluntaria y, además, sus órganos de gobierno no son designados sólo por sus miembros, sino que se impone la participación en su organización de representantes de la administración pública. A partir de la aprobación de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 estos entes pierden su naturaleza corporativa para convertirse en organismos autónomos primero y en los órganos administrativos que son hoy, después.

²³² Esta naturaleza jurídica no se ha visto modificada sustancialmente por la normativa autonómica, ni por la integración de los Consejos reguladores en la estructura orgánica de la Administración de las Comunidades Autónomas. Es más, en la extensión de la protección de las denominaciones de origen a los productos alimentarios -mediante Real Decreto 728/1988, de 8 de julio, por el que se establece la normativa a la que deben ajustarse las Denominaciones de Origen, Específicas y Genéricas de los productos alimentarios no vínicos-, así como en la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de 4 de octubre de 1989, sobre productos alimentarios, por la que se aprueba el Reglamento de la denominación genérica “Agricultura Ecológica y su Consejo Regulador”, se sigue el esquema organizativo impuesto por la Ley 25/1970.

Tampoco la regulación comunitaria sobre la protección de las denominaciones de origen a nivel europeo no comporta ningún impedimento al mantenimiento de la estructura actual de los Consejos reguladores.

²³³ Es realmente significativo que la regulación comunitaria relativa a la protección europea de las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen establezca que su control pueda realizarse, indistintamente, por los denominados “servicios de control”, que son organismos públicos designados por el Estado para cumplir estas funciones; o por organismos privados autorizados a tal efecto por el Estado. En cualquier caso se establecen unos requisitos comunes que deben cumplir todos los organismos, públicos o privados, designados al efecto. Aplicando estas previsiones a nuestro ordenamiento, en España, para que los Consejos Reguladores cumplan los requisitos comunitarios deben: a) ofrecer garantías suficientes de que actuarán con objetividad e imparcialidad con respecto a todo productor o

Los Consejos Reguladores son, pues, órganos administrativos que tienen encomendadas las competencias relativas a la protección y control de las denominaciones de origen²³⁴.

La composición de los Consejos Reguladores es muy participativa, puesto que la mayor parte de sus miembros provienen del sector vitivinícola, o del sector protegido por la denominación de origen de la que se trate. Este dato, junto con el de la voluntariedad que preside la integración en el sistema de protección de las denominaciones, y las particularidades de la creación de los Consejos reguladores, son muestra del protagonismo de la sociedad y de la presencia de la autorregulación en este campo. En concreto, puede afirmarse que la creación de los órganos de control de las denominaciones de origen responde a un sistema de autorregulación, puesto que son los representantes del sector quienes proponen su constitución y sus estatutos²³⁵. Por este motivo, se ha advertido con acierto que la fórmula de publicación total de esta

transformador que se someta a su control; b) tener permanentemente a su disposición el personal cualificado (en concreto, deberán cumplir los requisitos recogidos en la norma EN 45011 del 26 de junio de 1989); c) tener los recursos necesarios para llevar a cabo el control de los productos agrícolas y alimenticios que se beneficien de una certificación comunitaria de características específicas; y d) Responder de todo ello ante el Estado: Si una estructura de control utiliza los servicios de otro organismo para realizar algunos controles, este último organismo deberá ofrecer las mismas garantías. Sin embargo, los servicios de control designados y/o los organismos privados autorizados serán responsables de todos los controles ante el Estado miembro. Estas previsiones se encuentran recogidas en el Reglamento 535/97/CE, del Consejo, de 17 de marzo de 1997, por el que se modifica el Reglamento 2081/92/CEE, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios [DOCE L 83 de 25 de marzo de 1997, pp. 3 y ss.; y el Reglamento 1428/97/CE, de la Comisión, de 23 de julio de 1997, que modifica el Reglamento 2037/93/CEE, de la Comisión, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento 2081/92/CEE, del Consejo relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios [DOCE L 196 de 24 de julio de 1997, pp. 30 y ss.].

²³⁴ Más en concreto, según el art. 87 de la Ley 25/1970, los Consejos Reguladores tienen, entre otras, las siguientes funciones: “Orientar, vigilar y controlar la producción, elaboración y calidad de los vinos amparados por su Denominación de Origen; Velar por el prestigio de la Denominación de origen en el mercado nacional y extranjero y perseguir su empleo indebido; Llevar los Registros de viñas, bodegas, de producción y de crianza y los de sus titulares, así como el control de entrada y salidas de uvas, mostos y vinos, en las instalaciones de elaboración y almacenamiento; Colaborar en las tareas de formación y conservación del Catastro Vitícola y Vinícola que les sean encomendadas; Expedir los Certificados de Origen y precintos de garantía; La gestión directa y efectiva de las exacciones que se establezcan en esta Ley y de cuantas percepciones le corresponda, así como la recaudación de las multas y ejecución de las sanciones impuestas; La promoción y propaganda para la expansión de sus mercados, así como el estudio de los mismos”.

²³⁵ Este dato se hace todavía más evidente si se tiene en cuenta cómo se crearon históricamente algunos de los Consejos Reguladores más emblemáticos de nuestro país. En este sentido cabe destacar la influencia que tuvo la polémica generada en torno a la creación del Consejo Regulador de la denominación vinícola de la Rioja en la composición actual de estos organismos. Este proceso está descrito por C. NAVAJAS ZUBELDIA, en “Cosecheros contra comerciantes. Los antecedentes inmediatos de la creación del Consejo Regulador de la denominación vinícola Rioja”, *Berceo*, n.º 129, 1995, pp. 175 a 187. Al margen de las disputas entre los cosecheros (Bodegas Cooperativas de los

realidad, seguida por el legislador, no parece ser la más adecuada. Las tareas encomendadas a los Consejos reguladores y las funciones que se les atribuyen no tienen porque desembocar necesariamente en la absorción del ordenamiento de las denominaciones de origen por el ordenamiento estatal²³⁶. Este tipo de advertencias, no obstante, no cambian el hecho de que, en la actualidad, los Consejos Reguladores sigan siendo órganos integrados en la Administración Pública.

También los organismos públicos de normalización, utilizando este término en sentido amplio, son Administración Pública. No existen dudas sobre ello cuando la normalización de productos se realiza directamente por Departamentos Ministeriales, normalmente asesorados por órganos consultivos con participación del sector afectado²³⁷, o por otros organismos públicos²³⁸.

Puede hablarse en estos casos de “administración participada”, con una amplia representación de la sociedad, pero en ningún caso de autorregulación. La normalización a cargo de tales organismos se manifiesta en normas de carácter

Sindicatos Agrícolas Católicos de la Rioja Alta) y los comerciantes, el proceso de constitución de este Consejo Regulador pone de manifiesto el protagonismo del tejido social.

²³⁶ En este sentido, M. LÓPEZ BENÍTEZ, en *Las Denominaciones de Origen*, op. cit., p. 141, sostiene que “Caben otras muchas fórmulas intermedias, fórmulas que, desde luego, se muestran mucho más respetuosas con la esencia social que funciona como sustrato de las denominaciones de origen”. En concreto, el autor propone, como fórmula óptima de organización, que los Consejos reguladores se instituyan como Asociaciones de relevancia legal.

²³⁷ Pueden citarse al respecto las facultades en materia de normalización de productos alimentarios atribuidas al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación -que actúa, cuando aprueba las denominadas Normas de Calidad alimentaria, bajo el asesoramiento de uno de los organismos más representativos de la participación orgánica, el FORPA-; las competencias de la Dirección General de la Vivienda, la Arquitectura y el urbanismo -integrada en el Ministerio de Fomento- en orden a la elaboración de las Normas Tecnológicas de la Edificación (NTE) y Normas Básicas de la Edificación (NBE); o las atribuciones del Ministerio de Sanidad para la aprobación de la Real Farmacopea Española y el Formulario Nacional, previa consulta de la Comisión Nacional de la Real Farmacopea Española. Recientemente esta Comisión se ha adscrito a la Agencia Española del Medicamento, por expresa disposición del Real Decreto 520/1999, de 26 de marzo de 1999.

²³⁸ A título de ejemplo, puede mencionarse aquí el desaparecido Instituto Nacional de Racionalización y Normalización (IRANOR), encargado durante varios años de la normalización industrial; el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas al cual le corresponde, de acuerdo con la Ley 19/1988, de 12 de julio, de regulación de la auditoría de cuentas, la función de aprobar las normas técnicas de auditoría elaboradas por las corporaciones de derecho público representativas de los auditores (Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España; Consejo General de Economistas de España; y Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulados Mercantiles de España); o la Comisión de Normas para Grandes Presas (CNGP), órgano creado por Orden del Ministerio de Obras Públicas de 15 de enero de 1959, con la misión de redactar las instrucciones técnicas para el proyecto, construcción y explotación de presas y embalses. La regulación actual de la CNGP se encuentra en la Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 5 de octubre de 1999 que, entre otras funciones, atribuye a dicha Comisión la de proponer y elaborar las modificaciones de la Instrucción para el proyecto, construcción y explotación de grandes presas y del reglamento técnico sobre seguridad de presas y embalses.

vinculante (reglamentos técnicos)²³⁹ y en normas de cumplimiento voluntario (normas técnicas)²⁴⁰. La voluntariedad de las normas técnicas permite afirmar que los organismos de normalización, utilizando ahora esta acepción en sentido estricto, no ejercen una función pública²⁴¹, pero no desmiente la naturaleza de administración participada de los mismos.

También la autoadministración constituye, desde un punto de vista histórico, e incluso sociológico, un supuesto de instrumentalización pública de la autorregulación privada²⁴².

En el caso de los Colegios Profesionales, esta instrumentalización es tan intensa que la autonomía de los sujetos que los integran es eliminada mediante la obligación de colegiación. Las facultades que se hubiesen podido derivar de la autonomía privada – autorregulación y autocontrol voluntarios del ejercicio de la actividad profesional–, debido a la inexistencia de un pacto asociativo previo, son sustituidas por potestades públicas, atribuidas por ley²⁴³. No tiene sentido, pues, invocar el sustrato social y la

²³⁹ Entre las normas de carácter obligatorio cabe mencionar la Real Farmacopea Española; los Reglamentos técnicos; el Código Alimentario Español; las Normas de calidad de los productos alimentarios; y las Normas Básicas de la Edificación (NBE). De acuerdo con las previsiones de la Ley 28/1999, de Ordenación de la edificación, estas NBE deben ser sustituidas o, en su caso, integradas en el futuro Código técnico de edificación (CTE).

²⁴⁰ Poseían carácter voluntario las normas técnicas aprobadas por el IRANOR. Sobre ello, sigue teniendo plena actualidad el artículo de E. MALARET GARCÍA, “Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales. (Algunas consideraciones en torno a la regulación de productos)”, *RAP*, n.º 116, 1998, pp. 287 y ss. También se predica el carácter voluntario de las Normas Tecnológicas de la Edificación, tal como nos informa R. SALGADO DE LA TORRE, en “La normativa de la edificación”, *Arquitectos*, n.º 143, 1997, p. 43.

²⁴¹ Sostienen lo contrario, entre otros, V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización industrial*, op. cit., pp. 156 y ss.; y J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad*, op. cit., pp. 553 y ss.

²⁴² Como señala S. DEL SAZ, en *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 74: En la Edad Media, ante la ausencia de una administración pública, “son los propios particulares, agrupados en Corporaciones, los que asumen las funciones que más tarde corresponderán al Estado moderno, funciones que van, en las Corporaciones gremiales, desde la asistencia y protección de sus miembros hasta la reglamentación de las condiciones de trabajo y de la producción y el control del acceso a la profesión y llegan, en los Consulados o agrupaciones de comerciantes, antecedentes de las actuales Cámaras de Comercio, a estar dotados de una verdadera función jurisdiccional”. El Estado liberal, con un planteamiento poco intervencionista tiene que enfrentarse con pervivencia real de algunas de estas Corporaciones. La solución adoptada consiste en admitirlas, previa autorización o mediante su incorporación como parte de su Administración, para poder controlarlas. Mientras que la pervivencia de colegios profesionales fue debida en parte a su arraigo social, la de las cámaras surgió a impulso del legislador, que necesitaba contar con asociaciones mayoritarias que promovieran el sindicalismo patronal. Ya en el siglo XX las Corporaciones en España se extienden enormemente con el único fin de evitar el derecho de asociación.

²⁴³ Este es uno de los motivos que explican que resulte tan controvertida la admisión por el Tribunal Constitucional de Corporaciones de carácter voluntario, consolidada en la STC 113/1994, de 14 de abril, sobre Cámaras de Propiedad Urbana y la STC 179/1994, de 16 de junio, sobre Cámaras de

autorregulación privada en la autoadministración, cuando ésta no es sino una forma de Administración corporativa, no vinculada, si se quiere, a ninguna Administración territorial, pero en cualquier caso, es Administración²⁴⁴.

No compartimos, pues, la opinión de quienes sostienen que la autoadministración, dentro de cuyo seno algún autor inscribe también las asociaciones de configuración legal²⁴⁵, constituye una manifestación de la indefinida categoría del “ejercicio privado de funciones públicas”²⁴⁶.

El ejemplo de los Colegios Profesionales es especialmente complejo. Estas organizaciones encuentran su anclaje histórico en la autorregulación gremial²⁴⁷. Su base, como se ha dicho con insistencia, es estrictamente privada²⁴⁸. Atendiendo a su sustrato

Comercio, Industria y Navegación. La supresión de la obligatoriedad de pertenencia a tales Corporaciones no se encuentra acompañada de una eliminación ni de la definición y atribución legal de sus funciones, ni de la exigencia de una resolución pública para su creación. No es ya que el dato de la obligatoriedad sea o no consustancial en tales organizaciones, como sostiene, por ejemplo, S. DEL SAZ, en *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, op. cit., pp. 54 y ss., y niega G. FERNÁNDEZ FARRERES, en *Asociaciones y Constitución*, op. cit., pp. 161-162. Lo relevante es, como afirma este último autor, que el surgimiento y constitución de las Corporaciones no deriva de un pacto asociativo, como sucede en las asociaciones.

²⁴⁴ Así: M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Los Colegios profesionales en el Derecho administrativo español*, Madrid, 1968; del mismo autor, “Una primera aproximación a la nueva Ley de Colegios Profesionales”, *RAP*, n.º 74, 1974, pp. 107 y ss.; F. GARRIDO FALLA, en la voz “Corporaciones”, *Nueva Enciclopedia Jurídica F. Seix Editor*, t. V, Barcelona, 1953, pp. 753 y ss.; J. L. MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ, “El concepto de Administración Pública en la Ley de lo Contencioso tras la Constitución de 1978”, *RAP*, n.º 96, 1981; y R. MARTÍN MATEO, “La sustantividad del Derecho Administrativo”, op. cit., p. 35.

²⁴⁵ Véase R. PARADA, *Derecho Administrativo*, vol. II, op. cit., pp. 313 y ss.

²⁴⁶ Refiriéndose a las Corporaciones de Derecho público, como supuestos de autoadministración, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*, op. cit., p. 64, afirma: “El recurso a la personalidad jurídico-pública de estas organizaciones carece en muchos casos de apoyo en la Ley, es insostenible a la vista de la Ley en otros, es perturbador para comprender la realidad con toda su riqueza y matices y es, en último término, innecesario para explicar el mecanismo legal, el mecanismo técnico-jurídico que el ordenamiento utiliza para hacer viable la colaboración de los particulares en las funciones públicas”. Partiendo de este planteamiento, caracterizan la autoadministración como un supuesto de ejercicio privado de funciones públicas: J. M. BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 1993, y J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, op. cit., p. 949.

²⁴⁷ S. DEL SAZ, *Los Colegios Profesionales*, op. cit., pp. 20 y ss.

²⁴⁸ T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*, op. cit. En esta monografía, que constituye un clásico sobre el tema, el autor defiende que el dato de la personalidad jurídico-pública es irrelevante (o, por lo menos, insuficiente) en aras a calificar a las Corporaciones de Derecho Público como Administraciones Públicas. Tampoco las funciones públicas que ejercen tales organizaciones, ni su sumisión parcial al Derecho Administrativo son concluyentes en este sentido. Se afirma, por el contrario, que tales organizaciones son sujetos privados que ejercen, por delegación, funciones públicas.

Más acertadas nos parecen las aportaciones doctrinales que, poniendo también el acento en la base privada de la autoadministración, se refieren a ella como un supuesto especial de Administración participada, pero de Administración en cualquier caso. Así, ente otros: T. FONT LLOVET, “Algunas funciones de la idea de participación”, op. cit.; y A. FANLO LORAS, *El debate sobre los Colegios profesionales y las Cámaras Agrarias*, Civitas, Madrid, 1992. Este último autor, en su aportación a la

social, tales organizaciones dan cobertura a un subsistema autorregulado²⁴⁹. Puede destacarse, incluso, que sus normas responden al principio de autonomía²⁵⁰.

Por este motivo, no puede descartarse, sin más, atendiendo sólo al mero dato de su personalidad jurídico-pública, que los Colegios profesionales no constituyan una manifestación de la autorregulación. Es, a nuestro entender, el elevado grado de publicación de su régimen jurídico, que restringe y limita sus potencialidades autorregulativas, el elemento determinante para su calificación como Administraciones Públicas.

Para no retomar aspectos ya tratados por la doctrina –la sumisión de la actividad de los Colegios al Derecho Administrativo y a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuando ejercen funciones públicas- y que se encuentran sólo parcialmente resueltos, queremos apuntar aquí un solo argumento, relacionado con los límites a la capacidad de adaptación de estas organizaciones a las nuevas realidades. A

obra *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, (Coord. L. Martín-Retortillo Baquer), Unión Profesional/Civitas, Madrid, 1996, titulada “Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial”, sin negar que los Colegios profesionales sean Administración pública afirma que la técnica corporativa “hace innecesaria una organización propia de la Administración, en cuanto favorece, a través de la autoadministración, la colaboración y la participación de los particulares interesados en la gestión de auténticas funciones públicas, encomendadas a la respectiva organización corporativa”: [ibídem, pp. 69-70].

²⁴⁹ Que los subsistemas profesionales se autorregulan en un dato que resulta incontrovertido en el derecho anglosajón, donde la autorregulación profesional tiene lugar en el seno de organizaciones de adscripción voluntaria, asociaciones en la mayoría de los casos, y responde al principio de voluntariedad. Este planteamiento está especialmente claro en las aportaciones de R. BALDWIN, y M. CAVE, *Understanding regulation*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1999; y J. BLACK, “Constitutionalising Self-Regulation”, op. cit.

Sin embargo, también la doctrina española, aún tomando debidamente en consideración el carácter público de los Colegios Profesionales, sostiene que éstos responden a un modelo de autorregulación. Significativamente, S. DEL SAZ, *Los Colegios Profesionales*, op. cit. Esta autora sostiene que “cuando la Constitución ha optado por la organización colegial de las profesiones tituladas ha apostado por un modelo de “autorregulación” en el que los propios profesionales integrados en Colegios ordenan y controlan el ejercicio profesional” (p. 117). Más adelante reitera y matiza, como consecuencia de su particular utilización del término, que: “Bien es verdad que el modelo colegial se caracteriza por la “autorregulación”, es decir, por la regulación que hacen los propios profesionales de su actividad, pero también lo es que en cuanto esta actividad limita o restringe el libre ejercicio profesional debe estar legitimada por una ley que establezca los fines y principios fundamentales de dicha regulación” (p. 140).

²⁵⁰ La autonomía es el motor de la autorregulación, en la medida en que este fenómeno tiene su origen en el seno de la sociedad. Ahora bien, esta afirmación viene referida exclusivamente a la autonomía privada. La autonomía de la que gozan las Corporaciones es una autonomía de carácter público, que introduce especialidades en las facultades que tienen reconocidas legalmente, pero que no tiene su origen en las consecuencias jurídicas atribuidas a una declaración de voluntad de carácter privado. En concreto, la autonomía pública imprime ciertas peculiaridades en las formas de producción normativa de las organizaciones de autoadministración. Los reglamentos de las Corporaciones de

diferencia de lo que ocurre en el seno de una asociación privada, los poderes atribuidos a los Colegios –destacadamente la potestad normativa y disciplinaria- son poderes-función atribuidos por el ordenamiento para el cumplimiento de ciertos fines tasados por la Ley. Es la Ley, por lo demás, quien habilita y determina el ejercicio y la extensión de tales potestades²⁵¹.

Las posibilidades de adaptación de estas organizaciones a los nuevos retos a los que se enfrentan los profesionales, entre los que cabe destacar el rápido desarrollo de las tecnologías, los nuevos conflictos éticos derivados de dicho desarrollo y la globalización, son, por ello, mucho más limitadas que las de la sociedad civil. Ello explica el auge de la autorregulación profesional al margen de los colegios, especialmente destacable en el ámbito de las profesiones sanitarias²⁵², o al margen de la legislación de Colegios profesionales, especialmente en aquellos casos en los que dichas profesiones se integran en organizaciones de autorregulación de nivel territorial superior al del Estado²⁵³. En algunas profesiones relativamente nuevas, como la auditoría de cuentas, el intento de compatibilizar la estructura colegial como base de la ordenación de las características técnicas y de los principios deontológicos propios de su actividad, en un entorno altamente globalizado y tecnificado, obliga al legislador a introducir soluciones de verdadera ingeniería jurídica²⁵⁴.

Derecho público tienen una relación con la ley distinta de la que es propia de los reglamentos de carácter general.

²⁵¹ Según la STC 93/1992, de 11 de junio de 1992: “Por un lado, el principio general de libertad que consagra la Constitución en sus arts. 1.1 y 10.1 autorizan a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas. Y, por otro lado, el principio de legalidad que consagran los arts. 9.3 y 103.1 CE, y que alcanza de lleno a los Colegios Profesionales cuando ordenan el ejercicio de profesiones tituladas (art. 36), impide a las Administraciones Públicas dictar normas sin una habilitación legal suficiente”. (F. J. 8)

²⁵² Si bien es cierto que los médicos están sometidos a la disciplina colegial y a las normas deontológicas que integran el estatuto general de esta profesión, los conflictos éticos que se plantean en el ámbito específico de su actividad son resueltos mayoritariamente por comités éticos creados en el seno de los hospitales y la adecuación de su actividad a las técnicas propias de la profesión se encuentra regulada o bien mediante las referencias generales a la *lex artis*, o bien mediante la concreción de esta *lex artis* en protocolos hospitalarios elaborados en base a la autorregulación.

²⁵³ O. BOSCH, en “Reflexions epistemològiques inacabades sobre el coneixement i la competència professional”, publicado en la web de las profesiones sanitarias: <http://www.fdps.org>, [última consulta: 10/12/2001] pone de manifiesto que, por un lado, la expansión de la base de conocimientos ha potenciado la especialización dentro de las profesiones y el surgimiento de profesiones nuevas; y, por el otro, el aumento de la complejidad de las tareas que antes cubrían los profesionales individualmente obliga hoy a trabajar en equipo. Con ello, surge la necesidad de configurar organizaciones cada vez más grandes y más complejas, por el número y la diversidad de los profesionales que las componen y por el ámbito territorial de relación entre tales profesionales. Estas redes funcionales y organizativas, como es obvio, desbordan con mucho las clásicas formas corporativas de organización.

²⁵⁴ Así, las denominadas normas técnicas de auditoría regulan, por un lado, los procedimientos técnicos a seguir en la realización de la actividad de los auditores de cuentas, los requisitos de capacidad

En cualquier caso, en nuestro entorno jurídico, aunque algunos autores siguen manteniendo que los Colegios profesionales son corporaciones sectoriales de base privada²⁵⁵, la mayoría de la doctrina conviene en afirmar que son Administración Pública²⁵⁶. La doctrina civilista coincide en este diagnóstico, cuando diferencia las Corporaciones de Derecho Público de las asociaciones, incluidas las de utilidad

que deben tener tales sujetos –reglas técnicas- y los deberes que les incumben en tanto que profesionales –normas de buena conducta profesional-. Estas normas se aprueban por un organismo público, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Sin embargo, son elaboradas por las tres corporaciones de derecho público representativas de los auditores –el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España; el Consejo General de Economistas de España; y el Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulados Mercantiles de España-. En la elaboración de estas normas se toman como referencia y, en muchas ocasiones, se traducen simplemente, las normas técnicas de auditoría aprobadas por el *International Federation of Accountants* (IFAC), que agrupa diversas organizaciones profesionales nacionales de la contabilidad, que representan a contables tanto de las Administraciones públicas como del sector privado, así como a grupos especializados relacionados con la profesión. En cualquier caso y por imposición legal (art. 5.2 del RD 1636/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 19/1988, de 12 de julio, de auditoría de cuentas), estas normas se elaborarán, adaptarán o revisarán “de acuerdo con los principios generales de la práctica comúnmente admitida en los países de la Comunidad Económica Europea”. Si paralelamente, se analiza la política comunitaria en materia de auditoría de cuentas, se observa su clara apuesta por la autorregulación, lo cual nos permite augurar una transformación del sistema vigente de aprobación de este peculiar tipo de “normas técnicas”. Véanse al respecto el Libro Verde de la Comisión sobre función, posición y responsabilidad civil del auditor legal en la Unión Europea [DOCE C 321, de 29 de julio de 1996]; el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el “Libro Verde Función, posición y responsabilidad civil del auditor legal en la Unión Europea” [DOCE C 133, de 28 de abril de 1997] o la Comunicación de la Comisión relativa a la auditoría legal en la Unión Europea: el camino a seguir [DOCE C 143, de 8 de mayo de 1998].

²⁵⁵ Esta es la postura mantenida por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en su *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, op. cit.. Estos autores ponen de relieve que, pese a su forma pública, los Colegios profesionales –y las Corporaciones públicas en general- hacen valer intereses privados y ejercen, por delegación de la administración, determinadas funciones públicas. Poseen, pues, una naturaleza mixta, puesto que son administración pública solo cuando ejercen funciones públicas. Esta calificación, de corporaciones sectoriales de base privada y su naturaleza mixta, ha sido asumida por otros autores como J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, op. cit., y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo español*, t. II, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1988. La doctrina del Tribunal Constitucional también se ha visto notablemente influenciada por esta concepción. Una exposición crítica de esta jurisprudencia se encuentra en el estudio preliminar, a cargo de L. PAREJO ALFONSO, a la monografía de S. DEL SAZ, *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, op. cit.

²⁵⁶ La calificación legal como corporaciones de derecho público y su control por la jurisdicción contenciosa, son los argumentos centrales que utiliza la mayoría de la doctrina para encuadrar estas organizaciones en la órbita de las administraciones públicas. Así, entre otros, pueden citarse: M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Los colegios profesionales...*, op. cit.; del mismo autor, “Una primera aproximación a la nueva Ley de Colegios Profesionales”, op. cit., pp. 107 y ss.; F. GARRIDO FALLA, en la voz “Corporaciones”, op. cit., pp. 753 y ss.; J. L. MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ, “El concepto de Administración Pública...”, op. cit.; y R. MARTÍN MATEO, “La sustantividad del Derecho Administrativo”, op. cit.

Por su parte ARIÑO ORTIZ, G. y SOUVIRON MORENILLA, J. M^a: *Constitución y Colegios profesionales*, Unión Editorial, Madrid, 1984, mantienen una tesis intermedia, en la que sostienen la naturaleza pública de tales organizaciones –descartan, por tanto, que se trate de entidades privadas que ejercen funciones públicas- pero su no integración en la Administración pública. Una síntesis de las posiciones mantenidas por estos autores puede consultarse en la monografía de A. FANLO LORAS, *El debate sobre los Colegios profesionales y las Cámaras Agrarias*, op. cit.

pública²⁵⁷. En los ordenamientos próximos al nuestro, los problemas y las soluciones planteadas son similares. Este es el caso de países como Francia²⁵⁸, Italia²⁵⁹ y Alemania²⁶⁰.

En definitiva, y utilizando las contundentes palabras del profesor Di Fabio, la autoadministración es Estado, mientras que la autorregulación permanece en la sociedad²⁶¹.

²⁵⁷ Por todos, véase al respecto, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, t. I-2, Bosch, Barcelona, 1990, p. 262 y ss., y PUIG FERRIOL, L., *Manual de Derecho civil I*, Marcial Pons, Barcelona, 1995, p. 370.

²⁵⁸ En Francia se considera que los Colegios profesionales, en la medida en que están compuestos por la agrupación forzosa de todos los particulares que ejercen un mismo tipo de actividad, y que su creación depende de la voluntad del legislador, pueden calificarse como Corporaciones de Derecho Público. La misión de servicio público que cumplen estas Corporaciones y la constatación de que tienen atribuidas prerrogativas de derecho público (habilitación para el ejercicio de una profesión, potestad normativa y potestad disciplinaria) comporta que sus decisiones estén sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, el control jurisdiccional de la actividad colegial de las Órdenes profesionales posee un fundamento distinto en materia disciplinaria que en otro tipo de actuaciones. Las decisiones en materia de colegiación poseen la consideración de verdaderos actos administrativos susceptibles, en consecuencia, de ser atacados en vía de recurso por exceso de poder. Las sanciones disciplinarias, en cambio, solo pueden ser recurridas en casación ante el Consejo de Estado, porque éste considera que son dictadas en ejercicio de una potestad cuasijurisdiccional. La jurisdicción contencioso-administrativa conoce también las reclamaciones de responsabilidad que puedan interponerse contra las órdenes profesionales y ejerce un control de la legalidad de los códigos deontológicos y los demás reglamentos internos aprobados por estas Corporaciones. Al margen de estos supuestos, estos colegios profesionales se rigen por el Derecho privado y su actuación está sometida a la jurisdicción ordinaria.

Sobre ello pueden véase J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, “La problemática de los colegios profesionales en el Derecho comparado (Francia, Italia, Alemania)”, en L. Martín-Retortillo Baquer (Coord.), *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, op. cit.

²⁵⁹ J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, en “La problemática de los colegios profesionales en el Derecho comparado...”, op. cit., pone de relieve que “la consideración de los Colegios profesionales como entes públicos ha sido prácticamente general en la doctrina italiana, que la ha justificado en el carácter público de los intereses por ellos tutelados o, incluso, de forma más directa, por su pertenencia a la organización administrativa del Estado”.

²⁶⁰ En Alemania los colegios profesionales se califican como organizaciones de autoadministración (*Selbstverwaltung*), que llevan a cabo legítimas funciones públicas (*legitime öffentliche Aufgaben*) en interés de la colectividad. Su naturaleza jurídico-pública, su pertenencia a la órbita de las Administraciones públicas, es algo comúnmente aceptado. Así se desprende, entre otras, de las aportaciones de G. BECHTEL, *Selbstverwaltung und Auftragsverwaltung im Wohlfahrtswesen*, Göttingen, 1962; BROHM: “Selbstverwaltung in wirtschafts- und berufstätigen Kammern”, en *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft*, Festgabe zum 70 Geb. von G. Ch. vom Unruh, Decker’s Verlag-Schlenk, Heidelberg, 1983; E. SCHMIDT-ASSMANN, “Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung”, in *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, Hrsg. Von Peter Salmer und Ingo von Münch, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1987; y W. WEBER, *Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart*, Göttingen, 1967. Recientemente se ha profundizado sobre este tema, a través de un análisis general de los supuestos más relevantes de autoadministración, sin que se haya llegado a una conclusión diferente (aunque se maten la relevancia de la autonomía y la integración de estas corporaciones en los supuestos de administración indirecta). Nos referimos a la obra de W. KLUTH, *Funktionale Selbstverwaltung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.

²⁶¹ U. DI FABIO, “Verwaltung und Verwaltungsrecht ...”, op. cit., p. 270: “Selbstverwaltung ist Staat, Selbstregulierung bleibt Gesellschaft”.

Hecha esta afirmación, con la que estamos sustancialmente de acuerdo, cabe destacar, no obstante que, dentro de las entidades de autoadministración y como consecuencia de las dificultades de adaptación a las que nos referíamos con anterioridad, parece advertirse también el surgimiento de una actividad de autorregulación ética. Esto es, algunas experiencias recientes parecen demostrar que el establecimiento de la deontología profesional por parte de los Colegios puede desarrollarse, indistintamente, mediante el ejercicio de funciones y potestades públicas – aprobación de Estatutos de la profesión por parte de los respectivos Consejos Generales y, posteriormente, por el Gobierno- o mediante la autorregulación –aprobación de códigos de conducta por parte de los Colegios particulares, sin que éstos tengan jurídicamente atribuida esta función²⁶².

B) Publicación de los instrumentos de autorregulación.

Con la regulación de la autorregulación no sólo se publica el régimen de las estructuras privadas, sino también el de sus instrumentos. Se produce, así, una contradicción que debe ser resuelta de algún modo. Los instrumentos de autorregulación no son Derecho; no son identificables con ninguna institución jurídica concreta, pero poseen, no obstante, una indiscutible vocación jurídica.

El establecimiento de los procedimientos a seguir en el ejercicio de una actividad profesional, o la realización de controles para comprobar que tales procedimientos se han ejecutado correctamente, no constituyen ninguna actividad jurídica. La realización de ecoauditorías por parte de una empresa, o la implantación de un sistema de Análisis de Riesgos y Control de Puntos Críticos, tampoco. Sin embargo, la autorregulación posee una racionalidad muy parecida a la racionalidad jurídica. Los diversos instrumentos de autorregulación normativa son una clara muestra de ello.

La vocación jurídica de la autorregulación normativa se acentúa en aquellos casos, cada vez más frecuentes, en los que dichos instrumentos tienden a integrarse en referencias autorregulativas más amplias, acentuando su vocación unificadora y

²⁶² Ésta es una de las interpretaciones que admiten las sentencias que reconocen la validez de las sanciones impuestas con base en Normas Deontológicas aprobadas por los Colegios profesionales, que ni

ordenadora, su procedimentalización y su generalización. Por si ello fuera poco, la autorregulación tiende a juridificarse, mediante su inserción o plasmación en documentos jurídico-privados e, incluso, en normas y reglamentos de carácter general. La vocación jurídica de la autorregulación normativa se hace patente, en definitiva, cuando los poderes públicos aprovechan sus potencialidades para sustituir o complementar la actividad reglamentaria.

Similares consideraciones son predicables de la sustitución de la actividad inspectora, autorizatoria o sancionadora por la autorregulación declarativa y resolutoria. Los efectos jurídicos de estos instrumentos de autorregulación justifican que la actividad privada encaminada a su producción se desarrolle mediante los mismos cauces procedimentales que los que son propios de la actuación administrativa. La necesaria aplicación la actividad privada a procedimientos públicos ha sido destacada con rotundidad por la doctrina en aquellos casos en los que los particulares ejercen funciones públicas²⁶³.

Entendemos que, con los matices correspondientes en función de la gradación de efectos atribuidos a los instrumentos de autorregulación, también deben respetarse ciertos principios o exigencias procedimentales en su formulación, aun cuando no pueda afirmarse con rotundidad que dichos instrumentos constituyen una manifestación de poder público, de autoridad en sentido jurídico -esto es, aún cuando no estemos ante una manifestación del ejercicio de funciones públicas-.

tan solo han sido objeto de publicación. En particular, véanse la STC 219/1989, de 21 de diciembre de 1989; y la STS de 9 de julio de 2001.

²⁶³ Según J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido...*, op. cit., pp. 170-171: “el deber de buena administración, y en consecuencia los principios constitucionales pertinentes, son también aplicables en aquellos casos en los que existe actividad administrativa pero ésta no es ejercida por una Administración Pública. Es el caso del ejercicio de actividad administrativa por particulares, es decir, el desarrollo de funciones públicas por privados o el caso del ejercicio de actividad administrativa por órganos públicos no administrativos”. Para este autor, no es necesario, en caso de ejercicio privados de funciones públicas, “acudir a la ficción de entender integrados a los particulares en el complejo orgánico administrativo, a fin de hacerles aplicables estos principios, sino que, más sencillamente, al desarrollar actividades propias del giro o tráfico administrativo deben hacerlo en el modo prescrito constitucionalmente, es decir, de acuerdo con el deber de buena administración”. Llega a similares conclusiones, aunque discrepa de este autor en lo relativo a la naturaleza de las entidades que ejercen funciones de autoridad, D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad...*, op. cit. Para esta autora, la sujeción a estas exigencias constitucionales de actuación es justamente lo que implica, junto al contenido y efectos de las funciones ejercidas por los sujetos privados, que éstos se presentan como auténticas Administraciones públicas cuando ejercen funciones públicas de autoridad.

a) Instrumentos normativos de autorregulación y fuentes del Derecho.

Los instrumentos normativos de autorregulación tienen su génesis en el ámbito de la actividad profesional, en el universo técnico y en el marco de la ética aplicada. La autorregulación técnica y la autorregulación ética no puede identificarse con la regulación jurídica. Dicho en otros términos, las manifestaciones de la autorregulación normativa no son, en principio, Derecho. No poseen naturaleza jurídica ni las normas técnicas; ni los códigos y manuales de buenas prácticas; ni los protocolos hospitalarios; ni las recomendaciones éticas de comités hospitalarios; ni tan sólo los códigos éticos, cuando éstos no están integrados en un contrato o en el ordenamiento propio de una organización privada.

Ello no obstante, la autorregulación normativa constituye, en cierto modo, el ordenamiento propio de un subsistema. Como tal ordenamiento puede presentar diversos puntos de conexión con el ordenamiento jurídico. Cabe advertir que la existencia de relaciones entre el sistema jurídico y un subsistema técnico o ético no tiene porque transformar la naturaleza de la autorregulación. Quizás podría aplicarse aquí la distinción entre la validez de una norma -que es predicable sólo de las normas jurídicas- y su aplicabilidad -que puede comportar la aplicación de normas que no están integradas en el ordenamiento jurídico ni son válidas de acuerdo con criterios jurídicos-.

La autorregulación que se produce en el seno de un subsistema técnico o científico da lugar a unas referencias que permiten averiguar cuál es el estado de los conocimientos alcanzados en estos campos, cuáles son los procedimientos a seguir en el desarrollo de una actividad, o cuál es la mejor tecnología disponible en un determinado sector. En el ámbito de la gestión empresarial, la autorregulación se plasma a menudo en manuales, en códigos, o en protocolos de actuación que regulan la distribución de las funciones del personal de la empresa o los procedimientos de preparación y adopción de decisiones. En el ámbito de subsistemas más desarrollados, como puedan ser determinadas asociaciones empresariales o profesionales, los instrumentos de autorregulación alcanzan un mayor grado racionalidad y desarrollo, manifestándose, por

ejemplo, en normas técnicas o códigos de conducta. Todos estos instrumentos –incluso los códigos éticos y las normas técnicas–, en principio, no son fuentes del Derecho²⁶⁴.

Ello no impide, sin embargo, que adquieran carácter vinculante a través de la imposición del cumplimiento de una norma técnica en las obligaciones contenidas en un contrato. Es habitual, por ejemplo, que en los contratos de suministros de productos se establezca una cláusula accesoria en la que se prevea que tales productos deben venir acompañados de la correspondiente certificación privada de calidad, que demuestre su conformidad a las normas técnicas²⁶⁵. No resulta extraño tampoco que las entidades bancarias, para la concesión de créditos a las empresas, les exijan un certificado que garantice que cumplen con normas técnicas de gestión empresarial²⁶⁶. Así pues, en sus relaciones con terceros, se viene imponiendo, por vía contractual, la obligatoriedad de la autorregulación de las empresas. Pero ello también sucede en el interior de estas organizaciones. Cada vez es más frecuente que las entidades empresariales, en los contratos de trabajo o, destacadamente, en los contratos celebrados con sus directivos, impongan a sus empleados la obligación de cumplir con las normas internas de autorregulación.

²⁶⁴ Así, las normas técnicas, si no están integradas en un contrato o en una norma jurídica no son fuentes del Derecho, aunque se haya apelado en alguna ocasión a la costumbre como fundamento de la obligatoriedad de suministrar productos certificados de acuerdo a las normas técnicas de calidad. Dicha costumbre es invocada en la STS (Sala civil), de 16 de octubre de 1998 (RJ 1998/7564). Los antecedentes de hecho que dan lugar a esta sentencia pueden resumirse en el dato de que la entidad mercantil “Iturri S.A.”, como vendedora, suministró a “Hispano Alemana S.A.” (hoy HASA S.A.) determinados productos, entre los que se encontraban más de tres mil metros de tuberías, que resultaron defectuosas. La entidad compradora, HASA S.A. acabó presentando un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, basado en la defectuosa calidad de las tuberías y en el hecho de que la entidad vendedora, al suministrar los productos, no aportó los certificados de calidad de éstas. Se alega al respecto la infracción del artículo 1, apartados 1 y 3 del Código Civil, estimando que la entrega de los certificados de calidad con los suministros de tuberías es un uso comercial en el sentido de costumbre, como fuente del Derecho. El Tribunal desestimó esta pretensión, argumentando que la costumbre debe resultar probada, lo cual no sucede en este caso, porque la sentencia de instancia no la ha tenido como tal. Con independencia del acierto en la resolución de este caso en concreto, lo cierto es que en algunos ámbitos, como el relativo a los productos de acero para hormigón, la certificación de calidad de los productos suministrados sí que se considera una costumbre, lo cual acaba convirtiéndose en obligatorias “de facto” a las normas técnicas. Este razonamiento se deduce claramente de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 17 de junio de 1996 (AC 1996/1257).

²⁶⁵ Aunque en este caso no se estableció tal cláusula, la sentencia del Tribunal Supremo citada en la nota anterior alude en diversas ocasiones a esta posibilidad.

²⁶⁶ En la STS (Sala civil), de 24 de enero de 2000 (RJ 2000/226) se admiten las alegaciones aducidas por el “Banco Central Hispano Americano S.A.”, de acuerdo con las cuales dicho banco, en virtud del tenor literal del contrato de crédito documentario celebrado con la empresa “DMR Export-Import PVT LTD” solamente tenía la obligación de concederle un crédito a ésta ante la presentación de determinados documentos, entre los que se cita expresamente el “certificado de calidad SGS” original aprobado por “Tomás Bodero S.A.”.

El contrato es asimismo la fórmula utilizada para distribuir las responsabilidades de los agentes que intervienen en la autorregulación. De este modo, una empresa a la que la legislación atribuye la responsabilidad de gestionar en primera instancia los riesgos que genera puede optar entre el autocontrol -y, por tanto, la asunción de la responsabilidad directa sobre el cumplimiento de las normas técnicas de carácter voluntario o, incluso, de las normas jurídicas aplicables-, o el control realizado por un tercero. El encargo voluntario del control a un tercero supone la celebración de un contrato privado con un auditor, un verificador, o un experto, que tiene también como consecuencia un traslado a estos sujetos de dicha responsabilidad.

La obligatoriedad de los instrumentos en los que se plasma la autorregulación se consigue también mediante su inclusión en los estatutos o en las normas privadas que regulan la actividad interna de una organización. En el seno de los organismos de autocontrol de los medios de comunicación o de los organismos de autodisciplina publicitaria, que normalmente adoptan la forma jurídica de asociación, los códigos de conducta adquieren carácter vinculante cuando son aprobados por sus órganos de gobierno o cuando éstos, sin haber participado en su elaboración, deciden utilizarlos como base de sus resoluciones en el ejercicio de su función disciplinaria. Ello ocurre, a título de ejemplo, con los códigos éticos que sirven de base a las decisiones adoptadas por la Asociación “Autocontrol de la Publicidad”. Tanto los mencionados códigos como las decisiones del citado organismo son vinculantes para sus miembros. Dicho carácter vinculante es predicable con independencia de la escasa fuerza coercitiva que se predica de la autorregulación en este ámbito. Es la consideración de la autonomía privada como potestad el argumento que permite sostener el carácter vinculante, para los miembros de una asociación, de los estatutos y los códigos éticos voluntariamente adoptados o aceptados por ésta²⁶⁷.

Los mencionados instrumentos normativos de autorregulación se transforman, así, en Derecho de formación negocial²⁶⁸. Ello justifica que, quienes defienden la

²⁶⁷ Así, L. FERRI, *La autonomía privada*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, [traducción de L. Sancho Mendizábal] p. 8.

²⁶⁸ Retomamos de nuevo las afirmaciones de G. ALPA, “Derecho público “y” Derecho privado. Una discusión abierta”, *RDP*, 1999, p. 37, según el cual: “La formación negocial del Derecho es una nota esencial de la misma positividad del Ordenamiento jurídico en cuanto que es el mismo ordenamiento el que consiente la creación de normas jurídicas fuera de las fuentes institucionales: se trata en efecto de la creación de reglas y del establecimiento de derechos subjetivos que no proceden de arriba, es decir, de la

existencia de ordenamientos jurídicos privados consideren, por ejemplo, que las normas aprobadas por los organismos de autodisciplina son una manifestación de un ordenamiento jurídico²⁶⁹.

Ha sido ya señalado que también se atribuyen efectos vinculantes a la autorregulación normativa mediante su obligatoriedad, su remisión o su integración en una norma jurídica –normalmente, aunque no de modo necesario, un reglamento-. En la medida en que la decisión de atribuir efectos vinculantes a determinadas reglas técnicas –Protocolos, Buenas Prácticas, principios basados en el conocimiento técnico, como los ARCPC, o normas técnicas- está precedida de un procedimiento administrativo –el procedimiento previsto para la aprobación de disposiciones de carácter general- no parece fuera de lugar afirmar que se produce, a través de dicha decisión, una transformación de los instrumentos normativos de autorregulación afectados por la misma. Esto es, existen razones para sostener que las reglas técnicas que adquieren carácter vinculante a través de un reglamento administrativo adquieren también naturaleza jurídica reglamentaria²⁷⁰. Aún aceptando esta premisa, que no nos convence por completo, lo que nos parece indiscutible es que no se produce transformación alguna de la naturaleza de las normas técnicas no afectadas por la remisión ni de los organismos privados que las aprueban.

La remisión, o la incorporación incluso, de reglas técnicas a reglamentos administrativos no comporta en ningún caso, como hemos reiterado en diversas ocasiones, una traslación de la potestad reglamentaria hacia los sujetos privados que elaboran dichas reglas²⁷¹. Resulta indiscutible, también ha sido dicho ya, que los reglamentos que se apropian de los resultados de la autorregulación poseen unas

imposición por ley o por medidas administrativas con naturaleza normativa sub-primaria (...) sino que proviene de abajo, es decir, de las fórmulas organizativas de la sociedad civil”.

²⁶⁹ Esta es la posición que mantiene mayoritariamente la doctrina italiana, según informa N. ZORZI, [“Autodisciplina pubblicitaria”, *Contrato e impresa*, vol. II, 1985, p. 550], con base en la teoría elaborada por S. ROMANO, en *El ordenamiento jurídico*, IEP, Madrid, 1963, [L'Ordinamento giuridico, Sansoni, 1946].

²⁷⁰ Según J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación...*, op. cit., pp. 146 y 147, la transformación de la autorregulación normativa en fuente del Derecho administrativo se produce a través de la “remisión recepticia”, esto es, “cuando resueltamente se asumen como propios los resultados de la autorregulación. Esto es así cuando se produce una remisión nominada o precisa, que la identifique sin cuestión, a una concreta norma o declaración”.

²⁷¹ Discrepamos, así, de las afirmaciones sostenidas por J. ESTEVE PARDO, en *Técnica, riesgo y Derecho...*, op. cit., p. 174; y V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización industrial*, op. cit., pp. 182 y ss

características que no encajan adecuadamente en el sistema de las fuentes del Derecho Administrativo. Mayores problemas de encuadre en dicho sistema plantean, como vemos, los instrumentos de autorregulación normativa que, a través de dicha apropiación, adquieren carácter vinculante.

b) Instrumentos declarativos de autorregulación y actos administrativos.

También es problemática la incardinación de los instrumentos declarativos de autorregulación a la categoría de los actos administrativos. Cuando una certificación técnica es emitida por un sujeto –un organismo de control–, que ejerce genuinas funciones públicas por delegación de la Administración existen fundadas razones para entender que dicha certificación es equiparable a un acto administrativo²⁷². Con mayor razón aún cuando se comprueba que estas entidades certifican la adecuación de productos e instalaciones a normas jurídicas²⁷³; que el valor probatorio de estas certificaciones es perfectamente asimilable al que se predica de las actas públicas de inspección²⁷⁴; y que la actuación de los organismos que las emiten puede ser revisada por la Administración mediante un recurso administrativo, calificado por la doctrina como una “alzada impropia”²⁷⁵.

²⁷² Nos hemos referido ya a diversas razones que justifican la consideración de estas certificaciones como verdaderos actos administrativos. Esta afirmación se encuentra perfectamente fundamentada en la tesis doctoral de D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad...*, op. cit., a la que nos remitimos en su totalidad.

²⁷³ Cuando estos organismos inspeccionan instalaciones industriales realizan siempre una función de certificación de la adecuación de las instalaciones a las leyes o reglamentos aplicables; cuando actúan en el ámbito del control de productos industriales dichos organismos pueden, según los casos, certificar el cumplimiento de reglamentos técnicos, o, si son organismos notificados, certificar también la adecuación de los productos a las normas técnicas armonizadas. Esta distinción de funciones de los Organismos de control está adecuadamente establecida en la tesis doctoral de M. TARRÉS VIVES, *Normas técnicas...*, op. cit. y en la de D. CANALS AMETLLER *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad...*, op. cit.

²⁷⁴ Cabe señalar, ello no obstante, que la doctrina no es en absoluto unánime en este sentido. Algunos autores, basándose en el hecho incontestable, de que los organismos de control no son funcionarios públicos -ni son tampoco órganos de una Administración pública en sentido estatutario- niegan el carácter de documento público de sus actas y certificados. Así C. PADRÓS REIG, *Actividad administrativa y entidades colaboradoras...*, op. cit., p. 82. El valor oficial de las actas de inspección de los organismos de control y, en concreto, su carácter de “documento público”, la extensión de la presunción de certeza a dichas actas y el reconocimiento de la condición de “autoridad” a los sujetos que las emiten es defendido, en cambio, por J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad...*, op. cit., pp. 637 y ss., quien difiere únicamente de la autora citada en la nota anterior en la concreta determinación del *status* de los organismos de control. Para este autor, la atribución de funciones públicas a agentes de naturaleza privada en materia de seguridad y calidad industriales es un supuesto de “descentralización funcional”.

Las dudas empiezan a plantearse cuando estos mismos sujetos –los Organismos de control o cualquier otra de las Entidades colaboradoras de la Administración que posea idéntico o parecido régimen y funciones- realizan las correspondientes inspecciones y emiten una certificación del cumplimiento de normas jurídicas por encargo de una empresa privada²⁷⁶. En algunos casos, la legislación impone que sean estas entidades, cuyo régimen es, como sabemos, muy próximo al de la Administración, las que deben certificar el cumplimiento de normas jurídicas²⁷⁷. Pero también emiten certificaciones de conformidad a la legalidad, técnicos cualificados, cuyo régimen de publicación no es tan intenso²⁷⁸; los verificadores ambientales²⁷⁹; o las propias empresas²⁸⁰.

Para algunos autores la autoinspección de las condiciones reglamentarias realizada por una empresa o, en su caso, la inspección realizada por expertos privados por encargo de éstas, constituye un supuesto de delegación de funciones públicas a

²⁷⁵ Véanse al respecto: J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad...*, op. cit., p. 643; y M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales...*, op. cit., p. 496.

²⁷⁶ Aunque no se precisan las consecuencias de esta calificación, la doctrina alemana sostiene que, en este caso, estamos ante una manifestación de la autorregulación: véase, en este sentido, A. SEIDEL, *Privater Sachverstand...*, op. cit..

²⁷⁷ Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de Intervención Integral de la Administración Ambiental, en su artículo 43, obliga a las empresas a presentar la documentación que acredite que ha sido verificada la adecuación de las actividades sometidas a autorización o licencia ambiental a las condiciones impuestas por la Administración, y exige que el cumplimiento de tales requisitos venga avalado “por medio de una certificación emitida por una entidad colaboradora de la Administración”.

²⁷⁸ Así, por ejemplo, cuando la citada Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, en su artículo 41 regula el régimen de comunicación, establece, sin mayores precisiones, que dicha comunicación deberá ir acompañada de “la certificación técnica acreditativa que las instalaciones y la actividad cumplen todos los requisitos ambientales exigibles y otros requisitos preceptivos, de acuerdo con la legislación aplicable para el cumplimiento de los objetivos de la Ley”.

²⁷⁹ En el marco de la aplicación del Reglamento 76/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), los autocontroles empresariales, las ecoauditorías y, más en concreto, la correspondiente declaración medioambiental suscrita por las empresas que voluntariamente se someten a este régimen, deberá ser validada por un verificador medioambiental independiente, previamente acreditado. El verificador medioambiental, no está de más recordarlo, no sólo certifica la adecuación de los procesos de gestión empresarial a las normas técnicas ambientales, validando la actividad privada de autocontrol, sino que debe certificar también que la empresa sometida a este régimen cumple con la legislación vigente en materia de protección ambiental.

²⁸⁰ Son significativas las obligaciones que se imponen a las empresas en el control, verificación y declaración del cumplimiento de la legalidad en: el citado Reglamento 76/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, (EMAS), donde se regula la declaración que debe ser validada por un verificador ambiental; la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, cuyo artículo 22 obliga al empresario a observar periódicamente el estado de salud de sus trabajadores, en función de los riesgos inherentes al trabajo; la Ley catalana 8/1996, de 5 de julio de 1996, reguladora de la programación audiovisual distribuida por cable y la Ley de la Comunidad de Madrid 2/2001, de 18 de abril, que regulan la denominada “declaración de autorregulación”, mediante la cuál las empresas que gestionan determinados medios de comunicación deben certificar que cumplen con las exigencias establecidas en las mencionadas leyes.

dichos sujetos²⁸¹. En consonancia con ello, se sostiene que “la autoinspección, como modalidad concreta de autorregulación puede ser cuestionada desde una interpretación tradicional de los principios del Estado social y democrático de Derecho”²⁸².

A nuestro entender, esta afirmación no puede ser sostenida sin más con carácter general. En primer lugar, es cierto que estamos ante un supuesto en el que la responsabilidad primaria de realizar las actuaciones pertinentes para minimizar los riesgos derivados de la actividad empresarial se atribuye a las empresas, y no a la Administración. Este traslado de responsabilidades no necesariamente comporta que se traslade también a los particulares la condición de autoridad, de las potestades y las prerrogativas que permiten sostener que, en todo caso, la función inspectora es una función pública.

En segundo lugar, y como una muestra de ello, si bien, quizás, el valor probatorio de las actas de inspección emitidas por Entidades colaboradoras de la Administración podría seguir siendo asimilable al de las actas públicas de inspección, dicho valor no puede extenderse sin más a cualquier certificación técnica, y en ningún caso sería predicable de los documentos en los que se plasmasen los autocontroles realizados por la propia empresa. Debería distinguirse, pues, en este traslado de responsabilidades, los efectos y el régimen jurídico aplicable a cada uno de los sujetos que pueden realizar funciones de inspección en el ámbito reglamentario²⁸³.

²⁸¹ Son contundente las afirmaciones sostenidas en este sentido por R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante...*, op. cit., pp. 158 y ss. Para no confundir al lector, debemos señalar que este autor analiza los ejemplos de autoinspección que tienen lugar en el ámbito de la prevención de los riesgos laborales y en el ámbito de la calidad y las auditorías ambientales.

²⁸² R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante...*, op. cit., p. 161.

²⁸³ Debemos estar atentos al valor que otorgarán la jurisprudencia y la propia Administración a los certificados emitidos por las Entidades colaboradoras cuando éstas actúan por encargo de las empresas, con mayor razón aún teniendo en cuenta que su carácter de “documento público” plantea ya ciertos recelos cuando dichas entidades actúan por encargo de la Administración. Véanse, así, las aportaciones de C. PADRÓS REIG, *Actividad administrativa y entidades colaboradoras...*, op. cit., p. 82. Los certificados técnicos emitidos por expertos privados que no gocen de la mencionada consideración podrán tener la consideración de dictámenes periciales. Sin embargo, como hemos señalado ya, resulta sumamente complejo determinar el valor probatorio de tales dictámenes, cuando son emitidos por sujetos privados. Similares dudas plantea el valor que se atribuye a la verificación medioambiental. Parece que la Administración, en este caso, asume como propio el contenido de lo declarado por estos sujetos privados, puesto que es a partir de la verificación que las empresas pueden inscribirse en los correspondientes registros públicos y lucir el signo distintivo correspondiente. Pero no puede obviarse sin más el dato que, en este caso, estamos ante una actividad de fomento de la Administración que tiene, a su vez, carácter preventivo, pero que no parece reconducible a la noción estricta de “función pública”. En concreto, refiriéndose a los verificadores ambientales, R. RIVERO ORTEGA, en *El Estado vigilante...*, op. cit., p. 152, sostiene que: “Las actividades materiales o técnicas

En tercer y último lugar, parece que no tiene sentido alguno, en los casos que venimos analizando, el establecimiento del denominado “recurso de alzada impropio” ante la Administración. Si son las empresas quienes tienen la responsabilidad de presentar a la Administración las certificaciones técnicas pertinentes sobre la adecuación de sus instalaciones a las condiciones legales y reglamentarias y un experto contratado por ellas se niega a emitir tal certificación –o emite una certificación negativa- parece lógico, que se produzcan una de las dos siguientes reacciones: o bien la empresa confía en el dictamen emitido por el experto y decide adecuar sus instalaciones a las condiciones exigidas por la legislación; o bien decide contratar a otro experto, que le merezca mayor confianza. Lo que no parece tener sentido es que decida recurrir a la Administración para que esta supervise la actuación de una entidad privada, cuando dicha entidad actúa bajo su propia responsabilidad. Este sistema es predicable, por supuesto, solamente de aquellos casos en los que la Administración no asume como propios los resultados de la autorregulación y, en cualquier caso, no supone una negación de las funciones de supervisión que, a través de otros mecanismos, ejercen los poderes públicos sobre las estructuras de autorregulación.

Esta lógica explica que no se prevea recurso alguno ante la Administración frente a la actuación de los verificadores ambientales que, como sabemos, supervisan los autocontroles empresariales y las auditorías, para comprobar su adecuación tanto a las normas técnicas aplicables como a las prescripciones legales y reglamentarias en materia de protección ambiental. Podría justificarse también que la actividad de estos sujetos se encuentra también alejada de la clásica actividad administrativa de inspección –no estaríamos, pues, claramente, ante un acto administrativo-, debido al carácter voluntario de su actuación.

Así pues, parece que, a pesar de sus efectos públicos –el reconocimiento público que se otorga a la actividad de los verificadores ambientales; y los efectos presuntivos atribuidos a una certificación privada sobre el cumplimiento de las normas técnicas que desarrollan las Directivas “nuevo enfoque”-, la voluntariedad de los instrumentos de

que deben realizar se asemejan en gran parte a la realización de tareas inspectoras, pero el carácter voluntario de la sujeción imposibilita su consideración como potestades administrativas en sentido clásico”.

autorregulación es un dato determinante para excluir su consideración como actos administrativos. Si se admite esta premisa, entonces ni la certificación de adecuación a normas técnicas armonizadas emitida por un Organismo de control notificado; ni la certificación técnica de un verificador ambiental; ni, mucho menos, las certificaciones técnicas emitidas por entidades de certificación, los laboratorios de ensayo, las entidades auditoras y de inspección o los laboratorios de calibración industrial, son actos administrativos. Su actividad puede ser calificada, según los casos, como una actividad meramente material o técnica. Es, en todo caso, una actividad reglada, consistente en la mera comprobación de que un producto o una instalación cumple con las normas técnicas y/o con las disposiciones reglamentarias de contenido técnico correspondientes.

Esta calificación, sin embargo, nos permite advertir un dato que ha sido puesto reiteradamente de relieve: el de los efectos jurídicos concretos de tales actos. A pesar de que dichos efectos no están claramente delimitados ni sistematizados, el contenido y la relevancia de los instrumentos declarativos de autorregulación denota bien a las claras que los operadores jurídicos se encuentran condicionados por su contenido. La pérdida de autoridad técnica o material de la Administración y la extensión y generalización del recurso a expertos privados permiten advertir que aquélla está perdiendo importantes parcelas de decisión en la emisión de un acto administrativo. Por este motivo, no sólo el estatuto de las estructuras secundarias de autorregulación debe aproximarse, pues, al que es propio de la Administración. También algunos principios y garantías procedimentales, así su responsabilidad, deberían aproximarse al régimen aplicable a la actuación administrativa.

c) Instrumentos resolutorios de autorregulación y garantías procedimentales.

La aplicación de concretas garantías procedimentales -paralelas a las que impone el artículo 24 CE para el ejercicio de la potestad jurisdiccional- a las resoluciones arbitrales se encuentra específicamente reconocida en la legislación de arbitraje y constituye también, como hemos visto, un requisito indispensable para que dichas resoluciones sean reconocidas, con efectos de cosa juzgada, en el ámbito comunitario e

internacional²⁸⁴. El principio de legalidad también se incorpora en la regulación del contexto de este instrumento resolutivo, y adquiere mayor extensión todavía cuando estamos ante arbitrajes de Derecho.

La legislación que reconoce el poder disciplinario de los empresarios o que permite ejercer dicho poder a las asociaciones privadas respecto de sus miembros, no establece, sin embargo, similares garantías. En algunos casos, los derechos de defensa y contradicción se encuentran recogidos en los Estatutos de estas organizaciones privadas y es, en aplicación de los mismos, que tales garantías deben ser respetadas. No obstante, parece que el paralelismo existente entre las sanciones disciplinarias de origen privado y las sanciones disciplinarias impuestas por la Administración debería conducir también al establecimiento de similares garantías en ambos casos.

La doctrina se ha esforzado por establecer este paralelismo, intentando demostrar que estamos ante manifestaciones de la “autotutela”, de la defensa exclusiva de los intereses de la Administración, del empresario o de una asociación privada²⁸⁵. Se sostiene así que, del mismo modo en que la jurisprudencia ha venido aplicando a la potestad disciplinaria de la Administración, con los matices correspondientes, los principios establecidos en los artículos 24 y 25 de la Constitución, tales principios

²⁸⁴ En este sentido, véanse los arts. 17, 21 y 29 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje; la Recomendación de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo [DOCE L 115/31, de 17 de abril de 1998]; o las previsiones que establece al respecto la Ley-Modelo de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre arbitraje comercial internacional, aprobada el 21 de junio de 1985, cuyo articulado ha sido introducido en la mayor parte de las leyes nacionales reguladoras del arbitraje.

²⁸⁵ J. PRATS CÁATALA, *Régimen disciplinario laboral y funcionarial en las Administraciones públicas*, Papers ESADE n.º133, 1995, sostiene que el fundamento del poder disciplinario empresarial se halla en “la necesidad de eficiente funcionamiento de la organización productiva en que la empresa consiste” (p. 3); paralelamente, afirma que la potestad disciplinaria de la Administración tiene por finalidad “el mantenimiento del buen funcionamiento de la organización administrativa con el objetivo de alcanzar el máximo de eficacia en su gestión” (p. 13); de ello deduce que “el Fundamento del Derecho disciplinario estaría entonces en proteger valores internos, pero que no trascienden de modo grave en la esfera jurídica colectiva, no perturban el orden público ni los bienes y valores jurídicos de la convivencia” (p. 21). En una línea parecida M. F. FERNÁNDEZ, en *El poder disciplinario de la empresa*, Civitas, Madrid, 1991, p. 333, señala que el empleador ejerce un poder originario, “que le es propio, para proteger de la manera que estime más oportuna sus intereses (autotutela)”. Similares consideraciones aplica al poder disciplinario de las asociaciones J. M. BILBAO UBILLOS, en “Las garantías de los artículos 24 y 25 de la Constitución en los procedimientos de disciplina privados: un análisis de su posible aplicación a las sanciones impuestas por los órganos de gobierno de las asociaciones”, *Derecho privado y Constitución*, n.º 9, 1996, pp. 45 y ss.

deberían ser también de aplicación a la potestad disciplinaria de las organizaciones privadas²⁸⁶.

La transposición de principios y garantías propios del Derecho estatal sancionador al Derecho privado sancionador goza ya, pues, de un cierto apoyo doctrinal. Pero también la jurisprudencia está trazando los perfiles y los límites de estos instrumentos de autorregulación resolutoria²⁸⁷. Retomando algunas resoluciones que ya han sido objeto de comentario, cabe señalar que, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo vienen imponiendo a las organizaciones privadas la obligación de garantizar el principio de tipicidad de las infracciones y sanciones²⁸⁸, los derechos de defensa²⁸⁹ y la tutela judicial efectiva²⁹⁰.

²⁸⁶ Véase, por todos, J. M. BILBAO UBILLOS, “Las garantías de los artículos 24 y 25 de la Constitución en los procedimientos de disciplina privados...”, op. cit.; y la doctrina allí citada.

²⁸⁷ Véanse también las resoluciones jurisprudenciales comentadas en el artículo citado en la nota anterior, así como las sentencias que se analizan en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, (Coord. P. Salvador Coderch), Civitas, Madrid, 1997.

²⁸⁸ En la STS 1222/1998, de 28 de diciembre, (Sala Civil) (RJ 1998/10165), que resuelve en casación el conflicto generado a raíz de la expulsión de los socios del “Real Aero Club de Vigo”, el requisito de tipicidad se exige en los siguientes términos: “Lo que no cabe es que la suerte de los socios, en cuanto a su permanencia o vinculación con la entidad asociativa, dependa, sin establecimiento previo y estatutario de la infracción sancionable, y de la sanción correspondiente, de la voluntad exclusiva de la Junta directiva que resuelve “ad hoc”, según la valoración del caso. Con razón, la sentencia impugnada mantiene que no se puede “desconocer que los acuerdos de la “directiva” que afectan al ejercicio en bloque de los derechos del socio o a su permanencia dentro de la asociación no pueden ser adoptados sin cobertura legal, reglamentaria o estatutaria, pues de lo contrario también se instauraría la inseguridad jurídica, también, proscrita, por la Constitución (artículo 9.3), cuando no la injusticia o la arbitrariedad.”

²⁸⁹ Las garantías constitucionales relativas a la audiencia y al procedimiento se consideran aplicables al ejercicio de la potestad disciplinaria en las siguientes sentencias: STC 218/1988, de 21 de noviembre, en la que se analiza la extensión del control judicial sobre el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Asociación “Círculo Mercantil”; STS (Sala 1ª), de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992/2283), por la que se resuelve en casación el conflicto sobre el acuerdo de expulsión de un socio de la “Real Sociedad Central de Fomento de Razas Caninas en España”; y STS (Sala 1ª), de 13 de junio de 1996 (RJ 1996/4761), por la que se analiza el acuerdo de expulsión de un miembro de un partido político.

²⁹⁰ Retomando la línea argumental relativa a la extensión de la capacidad de autorregulación de las asociaciones y los límites del control judicial de su actuación, las dos últimas sentencias citadas en la nota anterior contienen la siguiente reflexión: “El problema planteado tiene singular trascendencia porque afecta a la valoración jurídica que merezcan determinadas actuaciones de asociaciones que, bajo el manto de sus normas de “justicia interna”, según algunas denominaciones o de “jurisdicción privada” -nombres llamativos y erróneos conceptualmente, pero gráficos respecto a la idea que expresan, a veces revestidas de un lenguaje pseudo-procesal (Tribunales, recursos)-, impone, como Juez y parte, decisiones de consecuencias graves para los interesados, tal pueden ser las que son objeto de examen; no se convierten en poderes de autorregulación y de ejercicio disciplinario, que las asociaciones en cuestión dentro de la libertad de pactos que permite el principio de autonomía de la voluntad, puedan estatutariamente dictarse, sino los límites del ejercicio de estas facultades que, desde luego, nunca pueden suplantar el derecho a la tutela judicial efectiva ni obstaculizarlo, con mecanismos complicados, ni eludirlos con plenitud, de donde se sigue que sus acuerdos no sólo están sometidos al examen de su regularidad para la determinación de las formalidades estatutarias que establezcan, en cuanto admisibles y lícitas, según el procedimiento interno para su adopción, su respeto a las normas legales, sino también el mérito de acuerdo, esto es, si el juicio interno de interpretación y aplicación de las reglas estatutarias es o no

Creemos que esta asimilación de la potestad disciplinaria pública y privada y, por ende, la aplicación de principios paralelos a ambas es acertada. No obstante, a nuestro entender, este proceso no deriva de una aproximación de la potestad disciplinaria pública a la privada, sino a la inversa, de una publicación del poder privado. En muchos casos, es correcto afirmar que el poder disciplinario empresarial o el poder disciplinario de las asociaciones es una manifestación exclusiva de la defensa de intereses estrictamente privados o, si se prefiere, de internos de la organización. Sin embargo, los instrumentos resolutivos de autorregulación nos ponen en contacto con el ejercicio de un poder disciplinario de carácter privado que tiene por objeto proteger concretos intereses generales²⁹¹.

Nos encontramos, una vez más, con una paradoja. La autorregulación resolutiva es una manifestación de una autolimitación del poder de las empresas, de los profesionales que operan en el ámbito de la publicidad o de los medios de comunicación. Pero no es menos cierto que esta específica forma de autolimitación del poder comporta el surgimiento de un nuevo poder, antes inexistente.

El ejercicio de la potestad disciplinaria empresarial con base en códigos de conducta –incorporados en contratos o en convenios colectivos–, o el ejercicio de la potestad disciplinaria y de la función arbitral por parte de organismos de autocontrol, comporta la institucionalización de un nuevo poder. Las estructuras creadas para la realización de dichas funciones se convierten en instituciones, en el sentido de que son organizaciones estables y estabilizadoras, normalmente de estructura jerarquizada, con un orden normativo establecido para la creación y fomento de valores, que mueven intereses reales y, en este sentido, son configuradoras de poder social.

adecuado”: Sentencias del TS (Sala 1ª), de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992/2283) y de 13 de junio de 1996 (RJ 1996/4761).

²⁹¹ En la mayoría de los casos, en función del contenido de los códigos de conducta adoptados por las empresas o los organismos de autodisciplina, la protección de consumidores y usuarios; pero también la protección de los trabajadores; la protección de los competidores; la protección de los inversores; o, incluso, la protección del medio ambiente. Paralelamente, no cabe duda alguna, en nuestra opinión, que la potestad disciplinaria de la Administración, como se ha defendido ya en el capítulo III de este trabajo, no tiende sólo a la protección del buen funcionamiento interno de la organización. Aún siendo así, resulta indiscutible que este buen funcionamiento posee indiscutibles repercusiones en la adecuada gestión de los intereses generales y trasciende la esfera interna de la Administración, afectando claramente a terceros.

Así pues, el resultado de la autorregulación regulada es el surgimiento de nuevos sujetos privados dotados de un poder parcialmente equiparable a los poderes hasta ahora indiscutidamente monopolizados por el Estado. Si bien es cierto que se ha admitido la existencia de poderes fácticos, y se han estudiado con detalle los poderes del empresario y sus límites, no se había planteado hasta ahora una quiebra preocupante del monopolio estatal de los poderes normativo, ejecutivo y judicial. La capacidad organizativa y estatutaria de las organizaciones privadas, o la resolución extrajudicial de conflictos, se han venido produciendo hasta ahora en áreas relativamente reducidas, comparadas con la capacidad de influencia estatal.

Ahora bien, a nuestro entender, este panorama es completamente diverso cuando existen instituciones, con una capacidad de influencia que puede abarcar un ámbito material completo y un ámbito territorial superior al Estado, que ejercen funciones pseudo-normativas, pseudo-judiciales y pseudo-ejecutivas. Esto es, estas organizaciones se dotan de unas normas que son vinculantes para todos sus miembros; deciden, con base en estas normas, las controversias entre estos miembros, y sancionan a quien las incumple. Ello explica que venga cobrando fuerza en la actualidad la opinión, ya consolidada en la jurisprudencia constitucional alemana y española, de quienes defienden la exigibilidad de los derechos fundamentales, no sólo frente a los poderes públicos, sino también frente a los poderes privados ²⁹².

No obstante, no parece, en ningún caso, que el poder privado posea el mismo fundamento que el poder público. Ni tan sólo es visible, en las diversas manifestaciones de la autorregulación regulada, una delegación de poder público a favor de sujetos privados. Puede hablarse, esto sí, de una nueva distribución de responsabilidades en la consecución de fines públicos, pero no de un traslado de funciones públicas, en sentido estricto.

²⁹² Esta reflexión parte de la constatación, explicitada por P. DE VEGA GARCÍA, en “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social”, en J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera (Eds.), *Derecho y economía...*, op. cit., p. 128, de que “en una sociedad estructurada en grupos, a los que los individuos se acogen voluntariamente, el poder del grupo –como es evidente– se impondrá siempre sobre el del individuo aislado”. El soporte doctrinal de esta corriente proviene de la doctrina alemana, que ha calificado esta posibilidad como “Drittwirkung der Grundrechte”. Sobre el tema: J. GARCÍA TORRES y A. JIMENEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986 y P. SALVADOR CODERCH, (Cord.): *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, op. cit..

Los sujetos y las estructuras de autorregulación no se encuentran sometidos a idéntico régimen jurídico que las Administraciones públicas –aunque los principios constitucionales de actuación de éstas se aplican también a aquéllas-. Tampoco los instrumentos de autorregulación pueden identificarse por completo con los instrumentos de regulación de policía y, a pesar de ello, parece imponerse a ambos idénticas garantías y principios.

En definitiva, las cuestiones que plantea este panorama no son en absoluto baladíes. El Derecho Administrativo se enfrenta a unos retos de dimensiones indescifrables en la medida en que la autorregulación regulada parece socavar sus bases, así como las bases mismas de la teoría del Estado.

CONCLUSIONES: EL DERECHO ADMINISTRATIVO ANTE LA AUTORREGULACIÓN REGULADA

La autorregulación regulada -y su previsible expansión, si se confirma-, supone un giro de ciento ochenta grados en las relaciones entre el Estado y la sociedad, si se parte de la situación existente en el momento en el que se sentaron las bases para la creación del Derecho Administrativo. Esta transformación, junto con la decidida influencia del Derecho comunitario en nuestra disciplina, nos ha permitido presentar una serie de pruebas, de indicios para ser más precisos, que permiten concluir que, con independencia de cuál sea su criterio de delimitación, no es posible seguir manejando las categorías clásicas del Derecho Administrativo sin tomar en consideración la autorregulación regulada. Algunos de los indicios presentados muestran ya un camino a recorrer. Aunque queda mucho por andar, parece que debe prestarse especial atención, entre muchos otros aspectos, a los que aquí se ofrecen a modo de conclusión.

1. En primer lugar, es necesario reparar en la transformación de la idea de orden público y en el protagonismo alcanzado por la sociedad en la gestión de unos riesgos que, siendo parcialmente controlables, son, hoy por hoy, imposibles de eliminar. No está de más recordar que uno de los principales elementos integrantes del concepto de Estado es, precisamente, el orden público. La existencia del Estado se justifica en la necesidad de garantizar dicho orden. Con este fin se crean determinadas estructuras, entre ellas, la Administración Pública, a las que se les reconoce y atribuye jurídicamente la autoridad y las potestades necesarias para conseguir su materialización. No en vano las potestades reglamentaria, inspectora, autorizante y sancionadora han encontrado históricamente su fundamento en la ahora denostada noción de policía administrativa, estrechamente vinculada a esta función estatal de garante del orden público. A grandes rasgos, el proceso de construcción del Derecho Administrativo se explica por la necesidad de revestir las mencionadas potestades de las garantías necesarias frente a su ejercicio. El concepto de orden público, en la actualidad, posee un contenido distinto al tradicional, aunque no ha perdido su función legitimadora. El grado de desarrollo tecnológico de nuestra sociedad impide garantizar una protección absoluta de los bienes ahora englobados bajo esta noción. De este modo, la función estatal de garante del orden se ha transformado en una función de gestión de riesgos -para el medio ambiente, la salud y la seguridad de los ciudadanos y para otros bienes y derechos de carácter

colectivo-. Esta función sigue en manos del Estado, pero su concreta plasmación no es ya una responsabilidad exclusiva de éste. Es, al mismo tiempo, una responsabilidad de la sociedad. Para hacer frente a una responsabilidad como ésta, la sociedad, haciendo uso de los recursos de los que dispone –esto es, con base en su autoridad, su propia capacidad de reflexión y, en ocasiones, utilizando el poder que le confiere el reconocimiento de ciertas parcelas de autonomía- se ve impulsada a profundizar en el desarrollo de múltiples y diversos instrumentos de autorregulación. Tales instrumentos –de contenido normativo, declarativo o resolutivo-, poseen un claro paralelismo con los utilizados tradicionalmente por la Administración en su actividad de policía. A diferencia de éstos, sin embargo, aquéllos no poseen idéntico carácter coactivo, puesto que no derivan ni de una atribución ni de una delegación de potestades. El Estado no renuncia a, ni traslada a la sociedad, su poder jurídico, pero tampoco permanece indiferente ante esta realidad. Asumiendo con decisión su papel de garante último del orden público pone, en cierto modo, los recursos de la sociedad su servicio, en una suerte de instrumentalización pública de la autorregulación. Así, en ejercicio de su función reguladora, consigue que los instrumentos de autorregulación sirvan efectivamente a los fines propuestos, posean unos efectos muy similares a los que son propios de la regulación de policía y se vean revestidos también de paralelas garantías. La noción de función pública, en sentido amplio, que identificaría los fines del Estado, debería integrar la responsabilidad privada en la satisfacción de los mismos.

2. El segundo de los aspectos que queremos señalar está directamente relacionado con el concepto de autorregulación regulada. Se propone circunscribir los usos de esta expresión, así como la tipología de sus elementos, a los que han sido delimitados en este trabajo. Son, por lo demás, las realidades englobadas en su extensión las que tienden a complementar o sustituir la actividad administrativa de policía. La autorregulación se presenta así como una manifestación de la capacidad que poseen los sujetos privados de dotarse de estructuras –que, en función de sus características pueden ser clasificadas de simples o primarias; complejas o secundarias; o difusas- que cumplen la función de aprobar y garantizar el cumplimiento de las normas de comportamiento que deben respetarse en el ejercicio de actividades que requieren un cierto grado de especialización o profesionalización. La articulación de las profesiones en torno a unos conocimientos técnicos especializados, y a una concepción ética común acerca de su función social, permite sostener que la autorregulación que

emerge de tales estructuras posee un elevado componente técnico –reglas técnicas, normas técnicas, *lex artis*, protocolos de actuación, manuales de buenas prácticas, certificaciones técnicas- y/o una importante carga ética –códigos éticos, códigos de conducta, organismos de autocontrol-. Ello explica que, en aquéllos ámbitos dominados por una elevada complejidad técnica o ética, el cumplimiento de los expedientes de autorregulación facilite enormemente la ejecución del Derecho. Reparar en este dato permite a las instancias públicas suplir el persistente déficit de ejecución de sus decisiones a través de la utilización instrumental de la autorregulación. La regulación pública de la autorregulación debe ser analizada, pues, como una técnica que intenta compensar la disminución de la incidencia de la regulación jurídica –la regulación en sentido tradicional: reglamentación, control, inspección y sanción- en el orden social. Atendiendo a la limitada capacidad de actuación del Estado a través de la utilización de instrumentos coactivos, parece lógico que éste persiga la consecución de sus objetivos a través de modos de regulación más neutros –regulación de la autorregulación técnica- y/o más axiológicos –regulación de la autorregulación ética-. Resulta inevitable, ello no obstante, que la regulación pública de la autorregulación acentúe el paralelismo existente entre las manifestaciones de la autorregulación regulada y los instrumentos de regulación característicos de la actividad administrativa de policía. Dicho paralelismo permite clasificar los instrumentos de autorregulación en: instrumentos normativos de autorregulación –que poseen una racionalidad paralela a la que es propia de los reglamentos administrativos-; instrumentos declarativos de autorregulación –asimilable a los actos administrativos de contenido declarativo-; e instrumentos resolutivos de autorregulación –con vocación de sustituir la actividad pública de resolución de conflictos y las sanciones administrativas-.

3. Si bien en su acepción originaria el término “regulación” aludía a la actividad administrativa de policía, para no dar lugar a confusión, se acepta que, en la actualidad, debe entenderse por “regulación” toda actividad estatal de intervención en la sociedad. Una fórmula más de regulación, entre otras igualmente novedosas, es, en definitiva, la regulación pública de la autorregulación. Mediante esta técnica se persigue corresponsabilizar a la sociedad en la minimización de los riesgos por ella generados, con el objeto de facilitar la función de garante que tiene atribuida el Estado. La garantía del orden público, transformada hoy en una función de minimización de riesgos imposibles de eliminar por completo, sigue siendo, obviamente, una función primaria

del Estado, pero es también una función que compete a determinados sectores de la sociedad. Esta nueva distribución de responsabilidades, impulsada decididamente por el Derecho comunitario, comporta la sujeción de las actividades empresariales y profesionales a unas obligaciones -asumidas voluntariamente o, de no ser así, impuestas jurídicamente o *de facto* por los poderes públicos- que denotan una notable elevación de la intervención pública en la sociedad. Esta intensificación de la intervención estatal se produce, paradójicamente, bajo una aparente tendencia de signo inverso, puesto que deriva de la complementariedad o, incluso, de la sustitución, de la regulación de policía por la autorregulación regulada. En los ámbitos analizados en este trabajo se produce una descarga del Estado, consistente en la simplificación de la actividad administrativa directa, cuyo lugar ocupan, ahora, concretos instrumentos de autorregulación. Se cumplen de este modo dos objetivos en apariencia contradictorios: la descarga del Estado y la elevación de los niveles de protección de la seguridad de los ciudadanos. Los imperativos derivados de la desregulación se materializan mediante una contención del ejercicio de la potestad reglamentaria y una disminución de los controles, preventivos o represivos, realizados directamente por la Administración –o por quienes actúan por encargo de la misma-. La elevación de los niveles de protección de los más preciados bienes y derechos colectivos puede ser alcanzada mediante una adecuada gestión de los riesgos; en suma, mediante la elevación de la responsabilidad de los sujetos que, con su actividad cotidiana, ponen en peligro tales bienes y derechos. El aumento de la responsabilidad social puede ser fruto –y debería profundizarse en esta línea- de la propia capacidad de reflexión de quienes tienen en sus manos el poder y la capacidad de incidir en el destino de los titulares de los bienes y derechos mencionados. Puede responder también a los particulares intereses de quienes se autorregulan. Pero es ya, indiscutiblemente, una responsabilidad impuesta, en muchos casos, o impulsada, en todos ellos, por el legislador –estatal o comunitario- y por la Administración, mediante la regulación pública de la autorregulación.

4. Hemos clasificado las formas de regulación pública de la autorregulación en las tres siguientes. La primera, la más débil en cierto sentido, es la actividad pública de fomento de la autorregulación. Acabamos de aludir a ella. Consiste en la utilización de estímulos para que la sociedad, a través de la autorregulación, asuma la responsabilidad de minimizar los riesgos que genera. En ejercicio de esta función el Estado no utiliza solamente estímulos de carácter positivo -atribución de ayudas

económicas o concesión de signos distintivos-. Se aprovisiona de todos sus recursos de poder, utilizando la legislación, la amenaza y la sanción para sus fines -la objetivación de la responsabilidad privada, el endurecimiento de las responsabilidades penales, o las advertencias relativas a la aprobación de una legislación más severa, son una muestra de ello-. En este acopio de poder es destacable también la alianza –explícita en ocasiones y meramente implícita en otras- de los Estados entre si y de éstos con organizaciones, públicas o privadas, de ámbito supranacional. Tales organizaciones poseen una capacidad de incidencia en la sociedad transnacional que no es predicable de ningún Estado. La segunda forma de regulación pública de la autorregulación consiste en la atribución a ésta de concretos efectos públicos, cuya gradación denota el diverso grado de confianza que deposita el Estado en la autorregulación. En ocasiones los instrumentos de autorregulación poseen efectos habilitantes; en otras, se atribuyen efectos probatorios a dichos instrumentos –meramente indiciarios unas veces, periciales o presuntivos otras-. El laudo arbitral, considerado en este trabajo como un instrumento resolutorio de autorregulación, posee, según la legislación reguladora del arbitraje, efectos de cosa juzgada. Algunos instrumentos normativos de autorregulación pueden, incluso, tener efectos vinculantes. En función de la relevancia de los efectos públicos que posee la autorregulación regulada, es necesario también regular su contexto. Es ésta la tercera forma de regulación pública de la autorregulación. A través de ella se fijan los fines, los objetivos, los procedimientos de actuación y el estatuto jurídico que deben cumplir las estructuras de autorregulación. Las consecuencias de este fenómeno se cifran, obviamente, en la publicación de la autorregulación, en su aproximación al régimen jurídico público. El Estado interviene en la sociedad, como puede verse, mediante la utilización de unos recursos distintos a los que han venido siendo habituales. El término “regulación” identifica ahora una intervención pública que se manifiesta a través de actividades e instrumentos –los arriba mencionados- de signo muy diverso. Pero también los instrumentos tradicionales de regulación de policía pierden algunos de sus rasgos más característicos como consecuencia del nuevo equilibrio de poderes.

5. Surge de inmediato la cuestión acerca de la incidencia de la regulación pública en la autorregulación y, a la inversa, el impacto del desarrollo de la autorregulación regulada en la regulación de policía. Debe analizarse, pues, si la interpenetración entre ambas esferas posee la intensidad suficiente para transformar la

naturaleza jurídica de sus instrumentos más característicos. La respuesta es positiva en un sentido –ni la regulación ni la autorregulación conservan sus rasgos tradicionales- y negativa en otro –no se produce una identificación total entre los sujetos y los instrumentos propios de la una y de la otra-. La progresiva aproximación entre las reglas técnicas y los reglamentos administrativos es una muestra paradigmática de ello. Los reglamentos técnicos no responden ya en exclusiva a una capacidad de decisión del Estado, ni tan solo puede predicarse de los mismos, sin excepciones, el carácter vinculante que caracteriza a las normas jurídicas. Los reglamentos de carácter voluntario se inscriben en la actividad de fomento del Estado, debiendo ser reconducidos a la primera de las formas de regulación de la autorregulación señaladas. Siguen siendo, ello no obstante Derecho estatal. Por oposición, las reglas técnicas, con independencia de la consideración que posea el ordenamiento en el que se gestan – puede tratarse, según los casos o según la tradición jurídica que se acepte, de un ordenamiento privado o, simplemente, de un ordenamiento técnico u ético- pueden poseer, en cambio, carácter jurídico-vinculante. Una regla técnica –documentada en protocolos o códigos o manuales de buenas prácticas- o una norma técnica –elaborada y aprobada por un organismo privado de normalización-, un código ético incluso –elaborado y aplicado en el seno de una organización privada-, puede ser de obligatoria aplicación en una relación jurídica determinada. Esta vinculatoriedad suele venir determinada por la absorción o por la remisión que una norma jurídica efectúa respecto a alguno de estos instrumentos normativos de autorregulación. La transcripción de o la remisión a normas de origen privado determina su aplicabilidad, pero no transforma la naturaleza del ordenamiento privado en el que estas han sido gestadas. La juridificación de ciertas manifestaciones de la autorregulación normativa no corre paralela, pues, a la transformación del ordenamiento –técnico y ético- ni del subsistema privado en el que aquella tiene su origen. Por lo general, pues, la autorregulación no es Derecho –a no ser que se acepte la existencia de un Derecho de origen social-. Parecidas reflexiones podrían verse respecto los demás instrumentos de regulación de policía y de autorregulación, respectivamente. En el análisis de la problemática generada alrededor de estos temas, sin embargo, debemos reconocer nuestras limitaciones personales y advertir también sobre las insuficiencias de la dogmática tradicional. Es necesario, a nuestro entender, una revisión en profundidad de la noción de función pública, esta vez, en sentido estricto. La función de creación del Derecho, pero también la función judicial y ejecutiva parecen perder su perfil ante la capacidad de autorregulación social. Más en

concreto, las potestades reglamentaria, inspectora, autorizatoria y sancionadora deberían ser redefinidas, con el objeto de permitir una adecuada distinción entre, por un lado, los fenómenos de la participación y de la colaboración privada y, por otro, la autorregulación regulada. Ni que decir tiene que esta tarea desborda por completo los objetivos de este trabajo.

6. Se han demostrado en esta investigación, sin embargo, las bases que avalan nuestra propuesta. La difuminación de los rasgos propios de los instrumentos de regulación de policía y de los instrumentos de autorregulación es una consecuencia de la difuminación de los contornos del Estado y de la sociedad. Son las transformaciones de su relación las que explican los actuales desarrollos de la autorregulación, así como la posición que, frente a la misma, adopta el Estado. Como punto de partida se constata que el Estado está inmerso, en la actualidad, en un proceso de reformulación de sus presupuestos. Aparentemente, se trata de un proceso de crisis y de debilitamiento del Estado, propiciado por la reducción de su soberanía, por la disminución de su volumen organizativo y, por ende, de los ámbitos en los que es posible su intervención directa, así como por la reducción de su capacidad de actuación, que se manifiesta, en numerosas ocasiones, en el persistente déficit de ejecución de sus decisiones. Paralelamente, se observa un notable reforzamiento de la capacidad organizativa de la sociedad, un aumento de su capacidad de influencia sobre el Estado, así como una notable proliferación de manifestaciones autorregulativas diversas que tienden a cubrir aquellos espacios dominados anteriormente por una intervención estatal o, simplemente, aquellas parcelas de interés público tradicionalmente libres de cualquier intervención. Ante esta tendencia, sin embargo, el Estado no permanece indiferente. Bajo una aparente desintervención pública, la Administración se sitúa en una posición de atalaya de la autorregulación, al tiempo que el legislador se preocupa por regular los objetivos, los contenidos y los procedimientos necesarios para garantizar que aquella sirva con efectividad a concretos fines públicos. La protección del medio ambiente, la protección de consumidores y usuarios y la protección de otros bienes jurídicos de carácter colectivo, debe ser garantizada, en primera instancia y mediante la autorregulación, por aquellos sujetos privados que, con su actividad cotidiana, ponen en peligro tales bienes.

7. La posición de garante asumida por el Estado con relación a dichos bienes y ámbitos de protección, y como consecuencia de la mencionada redistribución

de responsabilidades, permite que su intervención en la sociedad, esta vez indirecta, sea mucho más extensa e intensa de lo que haya sido nunca. Como hemos señalado, la autorregulación regulada no sólo se viene desarrollando en los ámbitos anteriormente intervenidos de forma directa por los poderes públicos. Se ha extendido también a parcelas de la actividad privada que nunca, hasta hoy, habían sido penetradas por el Derecho ni por sus estructuras de ejecución. El Derecho y la Administración no habían intervenido directamente en la determinación de los fines que deben cumplir las organizaciones empresariales –unos fines que entroncan hoy con la noción de “responsabilidad social de la empresa” y con una determinada concepción de la ética aplicada-, ni en las cuestiones relacionadas con el *management* empresarial. Tampoco había entrado a regular -por lo menos no con el grado de detalle que se considera necesario en la actualidad- las reglas técnicas aplicables a la elaboración de productos industriales, ni a definir las tecnologías que, aplicadas a una concreta instalación industrial, pueden minimizar los riesgos contra el medio ambiente. Las reglas técnicas y las reglas éticas aplicables al ejercicio de determinadas actividades profesionales y, más en concreto, de aquellas actividades relacionadas con el uso de nuevas tecnologías, tampoco habían sido objeto de regulación jurídica. Las limitaciones a la intervención directa del Estado en dichos ámbitos no sólo derivan de determinadas barreras jurídicas, sino también de las barreras de conocimiento alzadas por unas actividades caracterizadas por un elevado grado de tecnificación, por ser necesaria en ellas la aplicación de conocimientos científicos y/o por estar dominadas por la especialización que sólo poseen determinados profesionales.

8. En estos ámbitos mencionados se ha producido un proceso de progresiva racionalización, fruto del aumento de la profesionalización de los sujetos privados que intervienen en ellos y de su integración en estructuras que desbordan normalmente las fronteras de los Estados. Es así como, en ámbitos tales como el de la normalización de productos industriales, el de las empresas, el de los medios de comunicación, el de la publicidad y el de Internet, son los profesionales –científicos, técnicos, gestores, periodistas, agencias o proveedores de servicios- quienes establecen las reglas aplicables al ejercicio de su actividad y controlan su cumplimiento. Siendo cierto que es en el seno de la sociedad donde se localiza hoy el dominio de los conocimientos técnicos, de los procedimientos adecuados para su aplicación y del control de los riesgos de la misma, la autorregulación técnica se presenta como un instrumento

privilegiado de gestión del riesgo. Si fuera cierto también que la institucionalización y la profesionalización de las organizaciones privadas comportan la existencia de unos procesos de reflexión ética, capaces de entroncar el *ethos* profesional con la ética pública, ante la complejidad de determinadas materias, la autorregulación ética resultaría también un técnica privilegiada de determinación y ejecución de normas de contenido ético.

9. La confianza en la autorregulación y su desarrollo vienen acompañadas de un aumento del poder de las estructuras privadas de autorregulación. Resulta indispensable que éstas, efectivamente, se sometan a las reglas generadas en su seno. La primacía de la sociedad sobre el Estado, allí donde ésta se consolide, debe ir acompañada, también, de una sumisión más intensa de la sociedad al Derecho. En esta tarea juega un papel determinante la regulación pública de la autorregulación. Mediante esta técnica lo que se pretende no es un incremento del poder social, sino un control mucho más efectivo de este poder y un sometimiento mucho más intenso de la sociedad al Derecho: la sociedad se somete ella misma a concretas reglas de conducta cuando se autorregula, en ámbitos en los cuales nunca había entrado la regulación estatal; y, además, el Estado, al utilizar la autorregulación para el cumplimiento de sus fines, consigue una intervención mucho más intensa y un sometimiento, también más intenso, de la sociedad a las normas jurídicas.

10. Con base en estas consideraciones, la autorregulación regulada aparecería como un complemento o una alternativa a la regulación estatal de policía y, por tanto, como un mecanismo paralelo de cumplimiento de la clásica función ejecutiva de la Administración. El Derecho que surge al paso de la autorregulación regulada, sería, así una forma del Derecho público, que prescindiría, parcialmente, del Estado y de la Administración, y que tendría por objeto juridificar la autorregulación, controlando, en cierto modo, el poder que surge de la propia sociedad. Así, debido al impulso del Derecho comunitario, a la constitucionalización de los principios de actuación de la Administración pública y al grado de madurez y reconocimiento alcanzados por el Derecho Administrativo en todos los países miembros de la Unión Europea, estamos asistiendo a un proceso de abstracción de los principios propios del Derecho Público, que se independizan hoy de las circunstancias en que se gestaron –o, visto de otro modo, recuperan algunos de sus presupuestos originarios–, para operar ahora con toda

normalidad sobre otro tipo de realidades. Frente a la pérdida de confianza en la acción directa de la Administración, la regulación pública de la autorregulación pretende ofrecer seguridad, fiabilidad y equilibrio, en aquellos ámbitos en los que, a pesar de que no puede identificarse directamente la actuación de una Administración pública, se está materializando, a través de la sociedad, una función ejecutiva. El Derecho que surge al paso de la regulación pública de la autorregulación, un Derecho de carácter reflexivo o procedimental, no es el Derecho de la Administración pública. El sujeto de este Derecho es la sociedad. Su objeto consiste en orientar la actuación de la sociedad hacia la satisfacción de fines públicos. Una sociedad, por lo demás, que no se organiza hoy en torno a sujetos e intereses particulares. Es una sociedad formada por una pluralidad de subsistemas, una pluralidad de estructuras complejas y diversas, que poseen un grado variable de organización e institucionalización. Por lo tanto, la regulación de la autorregulación tiende a la ordenación de los fines, los procedimientos y los instrumentos propios de unas estructuras sociales que poseen unos rasgos muy peculiares. Dichas estructuras no gozan de potestades pero si de poder; no son autoridad, en sentido jurídico, pero adoptan decisiones con base en su autoridad, científica o técnica. Tales estructuras, en definitiva, aún no siendo Administración, ejecutan, junto con ella, la legislación administrativa, complementando o sustituyendo la actividad pública de reglamentación, autorización, inspección, control y sanción. Ante estos presupuestos, el Derecho Público ha dejado un poso institucional que se adapta, con mucha más facilidad que el Derecho privado, a estas nuevas realidades. Es esta disciplina la que debe dar razón, ofreciendo un enmarque adecuado, de la nueva posición del Estado y de la sociedad. Un Estado que se atrinchera en sus posiciones de poder y autoridad, y que intensifica notablemente su capacidad, esta vez indirecta, de intervención. Una sociedad que debe autolimitar su poder, su capacidad de influencia, al tiempo que ocupa posiciones en el cumplimiento de una función ejecutiva, que antes correspondía en exclusiva a la Administración.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *L'avenir de la publicité et le droit*, Librairies Techniques, Montpellier, 1976.
- AA.VV.: *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft*, Festgabe zum 70 Geb. von G.Ch. vom Unruh, Decker's Verlag-Schlenk, Heidelberg, 1983.
- AA.VV.: *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Commission Droit et vie des affaires de la Faculté de Droit, Université de Liège, Bruylant, Bruxelles, 1986.
- AA.VV.: *Libro homenaje al profesor J. L. Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.
- AA.VV.: "Nicklas Luhmann: autorregulation et sociologie du droit", número monográfico de la revista *Droit et Sociétés*, n.º 11-12, 1989.
- AA.VV.: *Reflexiones para la modernización de la Administración del Estado*, Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1990.
- AA. VV.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- AA.VV.: *El sector no lucrativo en España*, Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Madrid, 1993.
- AA.VV.: *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, 2 vols., Instituto García Oviedo/Civitas, Madrid, 1994.

- AA.VV.: *Ponencias presentadas en el VI Congreso Nacional de Calidad: Calidad por y para el Hombre*, Asociación Española para la Calidad (AECC), Ediciones Gestión, Madrid/Barcelona, 1995.
- AA.VV.: *Ética en la información. Códigos de conducta y estatutos profesionales*, Asociación de Periodistas de Información Económica, Madrid, 1996.
- AA.VV.: “El Tercer Sector”, número monográfico de la revista, *Documentación Social*, n.º 103, 1996.
- AA.VV.: *La ética en el servicio público*, Comité de Gestión Pública de la OCDE/Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997. [También publicado como *L'ètica en el servei públic. Pràctica i temes actuals*, OCDE/Escola d'Administració Pública de Catalunya, Generalitat de Catalunya/Diputació de Barcelona, Barcelona, 1998].
- AA.VV.: *El régimen jurídico del audiovisual*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona 2000.
- ABELLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo Español*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados Municipales, t. II, Madrid, 1886.
- ACOSTA ESTEVEZ, J.: “Algunas consideraciones jurídicas en torno al nuevo derecho de la publicidad”, *Directiva*, n.º 2, 1989, pp. 5 a 83.
- AGUADO i CUDOLÀ, V.: “El silenci administratiu en el Reglament d'obres, activitats i serveis: llicències presumptes i comunicació prèvia”, en: T. Font i Llovet (Coord.), *Dret Local*, Barcelona, 1997.
 - *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001.
- ALCALDE ROJO, J. M.: “Consideraciones en torno a la Ley de Ordenación del Comercio minorista”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 763, 1997, pp. 23 a 33.
- ALLRED, G. K.: “Ética para la comunidad topográfica mundial”, *Topografía y Cartografía: Revista del Colegio oficial de Ingenieros Técnicos en Topografía*, vol. 16, n.º 99, 1999, pp. 58 a 67.
- ALMOND, G. A.: “La historia intelectual del concepto de cultura cívica”, en: R. Del Águila y F. Vallespín (Eds.), *La democracia en sus textos*, Alianza, Madrid, 1998.

- ALONSO DÁVILA, J.: “El derecho publicitario en España y la Directiva de la CEE de 10 de septiembre de 1984 sobre publicidad engañosa”, *La Ley*, 1985, pp. 1046 a 1050.
- ALONSO GARCÍA, E.: “La participación de los individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 61, 1989, pp. 49 a 65.
 - *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea*, vol. I., Civitas, Madrid, 1993.
 - “Legislación sectorial de medio ambiente. (Ponencia marco para el I Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Sevilla, 19-21 de abril de 1995)”, *Revista de Administración Pública*, n.º 137, 1995, pp. 57 a 92.
- ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, Madrid, 1985.
- ALPA, G.: “Derecho público “y” Derecho privado”. Una discusión abierta”, *Revista de Derecho Privado*, 1999, pp. 3 a 42.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V.: “La capacidad normativa de los sujetos privados”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 99, 1998, pp. 343 a 367.
 - “Introducción a los problemas jurídicos de la normalización industrial: normalización industrial y sistema de fuentes”, *Revista de Administración Pública*, n.º 147, 1998, pp. 307 a 336.
 - *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
 - “La protección del medio ambiente mediante las técnicas de la normalización industrial y de la certificación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 105, 2000, pp. 59 a 77.
- ÁLVAREZ RICO, M.: “Consideraciones sobre el proyecto de Ley de modificación de la Lortad (Ley 5/1992, de 29 de octubre, de tratamiento automatizado de datos de carácter personal)”, *Sociedad y Utopía*, número extraordinario, 1999, pp. 45 a 51.
- ÁLVAREZ RICO, M., y ÁLVAREZ-RICO GARCÍA, I.: “La crisis del Estado de bienestar en el marco de la globalización: incidencia en el sector público”, *Sociedad y Utopía*, n.º 12, 1998, pp. 123 a 135.
- ÁLVAREZ-RICO GARCÍA, I.: “Globalización y sociedad de la información desde la UE”, en: H. Aznar y F. Aboud Zeid (Coords.), *Deontología y autorregulación informativa: ensayos desde una perspectiva comparada*, Fundación Manuel Buendía/ UNESCO, Universidad Iberoamericana, México, 2000.

- ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 1988.
- AMOR, J. R., FERRANDO, I. y RUIZ, J. (Eds.): *Ética y gestión sanitaria*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000.
- APEL, K. O.: *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1991. [“Fallibilismus. Konsenstheorie der Wahrheit und Letzbegründung”, en *Philosophie und Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt del Main, 1987, traducción de N. Smilg].
 - *Una ética de la responsabilidad en la era de la ciencia*, Almagesto, Buenos Aires, 1992.
- APEL, K. O., CORTINA, A., DE ZAN, J. y MICHELINI, D. (Eds.): *Ética comunicativa y democracia*, Crítica, Barcelona, 1991.
- ARANAZ, L.: “La auditoría interna ante “el Código ético para el buen gobierno de las sociedades cotizadas”. Oportunidad y reto para la profesión”, *Auditoría Interna*, n.º 51, 1998, pp. 22 a 25.
- ARANGUREN, J. L.: “Ética”, en: *Obras completas*, vol. II, Trotta, Madrid, 1994.
- ARASA, F.: “La ciencia y la técnica ante la ética”, en: F. Arasa (Dir.): *La ciencia y la técnica ante la ética y el Derecho*, Fundación Letamendi-Forns, Barcelona, 1988.
- ARBÓS, X.: “La crisis de la regulación estatal”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 71, 1991, pp. 259 a 280.
- ARBÓS, X. y GINER, S.: *La gobernabilidad. Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1993.
- ARBÓS, X. y CASTIÑEIRA, A. (Dirs.): *Perspectives de la modernitat avançada*, Centre d’Estudis de Temes Contemporanis/Enciclopedia Catalana, Barcelona, 1994.
- ARENDT, H.: *Crisis de la República*, Taurus, Madrid, 1973. [*Crisis of the republic*, Nueva York, 1969].
- ARGANDOÑANA, A.: *La ética en la empresa*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994.
- ARIÑO ORTIZ, G.: *La Administración institucional (Bases de su régimen jurídico). Mito y realidad de las personas jurídicas del Estado*, Instituto de Estudios Autonómicos, Madrid, 1974.
 - *El proyecto de ley sobre televisión privada*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1987.

- *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- *Principios constitucionales de la libertad de empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Comares, Granada, 1999.
- ARIÑO, ORTIZ G., DE LA CUÉTARA J. M., y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ARIÑO ORTIZ, G. y SOUVIRÓN MORENILLA, J. M^a.: *Constitución y Colegios profesionales*, Unión Editorial, Madrid, 1984.
- ARIÑO VILLAROYA, A.: “Como lágrimas en la lluvia. El estatus de la tradición en la modernidad avanzada”, en: R. Ramos Torre y F. García Selgas (Eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, Centro de Investigaciones Sociales, Madrid, 1999.
- ARIZA DOLLA, G.: *Barreras técnicas al comercio. Normalización, homologación y certificación de productos*, ESIC, Madrid, 1989.
- ARNAUD, A. J.: Voz “Régulation”, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1993, pp. 521 a 524.
- ARNOLD, R. : *Rechtsstaatlichkeit und aktuelle Entwicklungen im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, Haus Sudetenland, München, 1980.
 - “L’influence du droit communautaire sur le droit administratif allemand”, *Actualité Juridique Droit Administrative*, Droit administratif et droit communautaire. Numéro spécial, 1996, pp. 110 a 117.
 - “The Role of Public Television Broadcasting within the Competitive Market in Germany”, en: S. Muñoz Machado (Coord.), *Derecho europeo del audiovisual*, vol. I, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- ASSIER-ANDRIEU, L.: *Le Droit dans les sociétés humaines*, Nathan, París, 1996.
- AUDIVERT ARAU, R.: *Régimen jurídico de la etiqueta ecológica*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- AYERS, I., y BRAITHWAITE, J.: *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1992.

- AZNAR, H: *Ética y periodismo. Códigos, estatutos y otros documentos de autorregulación*, Paidós/Papeles de comunicación, Barcelona/Buenos Aires, México, 1999.
 - *Comunicación responsable. Deontología y autorregulación de los medios*, Ariel Comunicación, Barcelona, 1999.
 - “La autorregulación de la comunicación: entre el Estado y el mercado”, *Cuadernos Electrónicos del Derecho*, n.º 1, en:
<<http://www.uv.es/~afd/CEFD/1/Aznar.html>> [última consulta: 1/2/2002].
- AZNAR, H. y ABOUD ZEID, F. (Coords.): *Deontología y autorregulación informativa: ensayos desde una perspectiva comparada*, Fundación Manuel Buendía, UNESCO, Universidad Iberoamericana, México, 2000.
- AZURMENDI, A.: *Derecho de la información: guía jurídica para profesionales de la comunicación*, Eunsa, Pamplona, 2001.
- BACIGALUPO SAGGESE, M.: “Reducción y laboralización de la Función pública alemana en el marco del proceso de privatización de servicios públicos de los años noventa (en particular, la privatización del control aéreo, los ferrocarriles, el correo y las telecomunicaciones)”, *Documentación Administrativa*, n.º 243, 1995, pp. 293 a 323.
- BADIA, A., y BELLIDO, S.: *Técnicas para la gestión de la calidad*, Tecnos, Madrid, 1999.
- BADIE, B., y BIRNBAUM, P.: “Sociología del Estado: nuevas interpretaciones”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, n.º 140, 1994, pp. 189 a 199.
- BADURA, P., ERICHSEN, H. V., MÜNCH, I., OSSENBÜHL, F., RUDOLF, W., RÜFNER, W., y SALZWEDEL, J.: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, en: Von H.V. Erichsen y W. Martens (Hrsg.), Walter der Gruyter, Berlin/New York, 1988.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M.: *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Tecnos, Madrid, 1966.
 - *Los Colegios profesionales en el Derecho Administrativo español*, Madrid, 1968.
 - “Una primera aproximación a la nueva Ley de Colegios Profesionales”, *Revista de Administración Pública*, n.º 74, 1974, pp. 55 a 111.
 - *La regulación jurídico-pública de los productos alimentarios: Ponencia española del Congreso Italo-español de profesores de Derecho*

- Administrativo, Perurgia, Septiembre de 1981*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1982.
- *Curso de Ciencia de la Administración*, Alianza, Madrid, 1985.
 - BAJO FERNÁNDEZ, M.: *El Derecho Penal Económico*, Madrid, Civitas, 1978.
 - BALDUCCI, M.: “Funcionarios das colectividades locais: crise de identidade e busca dunha nova ética”, en: J. Rodríguez-Arana Muñoz (Coord.), *Ética pública e formación de funcionarios. Relatorios do V Seminario europeo de centros de formación de persoal de entidades territoriais, realizado en abril de 1993 na Escola Galega de Administración Pública*, Escuela Gallega de Administración Pública, Junta de Galicia, Santiago de Compostela, 1993.
 - BALDWIN, R., y CAVE, M.: *Understanding regulation*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1999.
 - BAÑO LEON, M.: *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991.
 - BARÓ BALLBÉ, M. J.: *La publicitat il·lícita i la defensa dels consumidors*, Centre d’Investigació de la Comunicació, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1992.
 - BARONA VILAR, S.: *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
 - BARROSO ASENJO, P.: *Códigos deontológicos de los medios de comunicación*, Ediciones Paulinas/Verbo Divino, Madrid/Pamplona, 1984.
 - “La ética en la cibernsiedad”, *Sociedad y Utopía*, n.º 9, 1997, pp. 307 a 325.
 - BARROSO ASENJO, P., y LÓPEZ TALAVEDRA, M. M.: *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Fragua, Madrid, 1998.
 - BASEDOW, J.: “La política de la competencia en los sectores exceptuados (un balance de la desregulación en Alemania y en Europa)”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 210, 1993, pp. 1277 a 1303.
 - BASSOLS COMA, M.: “Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público”, *Revista de Administración Pública*, n.º 82, 1977, pp.61 y ss.
 - “Sobre los principios originarios del Derecho Administrativo y su evolución”, *Documentación Jurídica*, n.º 18, 1978, pp. 433 a 472.

- *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985.
- BASSOLS HEVIA-AZA, M.: “Sanidad alimentaria: información al consumidor por razones sanitarias con relación a los productos alimenticios”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 184, 2000, pp. 25 a 34.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J., y VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: *Libertades de Expresión e Información y Medios de Comunicación. Pontuario de Jurisprudencia Constitucional 1981-1998*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- BECHTEL, G.: *Selbstverwaltung und Auftragsverwaltung im Wohlfahrtswesen*, Gottingen, 1962.
- BECK, U.: “La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva”, en: Beck, U., Giddens, A., y Lash, S., *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, Alianza Universidad, Madrid, 1997.
 - *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona/BuenosAires/México, 1998. [*Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag, Francfort del Meno, 1986].
 - *¿Qué es la globalización?. Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1998. [*Was is Globalisierung? Irrtümer des Globalismus- Antworten auf Globalisierung*, Suhrkamp Verlag, Francfort del Meno, 1997].
- BECK, U., GIDDENS, A., y LASH, S.: *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, Alianza Universidad, Madrid, 1997. [*Reflexive Modernization. Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order*, Polity Press, 1994].
- BELLEY, J. G.: “L’État et la regulation juridique des sociétés globales. Pour une problematique du pluralisme juridique”, *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n.º 1, 1986, pp. 11 a 32.
- BELLOCH JULVE, J. A.: “Prensa, corporativismo y abuso de poder”, *Claves de Razón práctica*, n.º 15, 1991, pp. 13 a 18.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Aspectos jurídicos de la publicidad en Televisión Española”, en: *Problemas actuales del Derecho de la Publicidad (Primeras Jornadas Internacionales de Derecho de la Publicidad)*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1984.
 - (Coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje*, Tecnos, Madrid, 1991.

- BERGEVIN, J.: “The Green Paper on commercial communications”, en: S. Muñoz Machado (Coord.), *Derecho europeo del audiovisual*, vol. II, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- BERMEJO VERA, J. y FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “El “nuevo” régimen de instalación, ampliación y traslado de industrias. (Comentario sucinto al Real Decreto 2135/1980, de 26 de septiembre)”, *Cuadernos Aragoneses de Economía*, 1980-1981, pp. 231 y ss.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *Las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994.
 - “Los organismos reguladores de lo audiovisual”, en: *El régimen jurídico del audiovisual*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.
- BIGGAM, R.: “Protecting minors: self regulation of programmes and advertising in the UK”, en: S. Muñoz Machado (Coord.), *Derecho europeo del audiovisual*, vol. II, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- BILBAO UBILLOS, J. M.: “Las garantías de los artículos 24 y 25 de la Constitución en los procedimientos de disciplina privados: un análisis de su posible aplicación a las sanciones impuestas por los órganos de gobierno de las asociaciones”, *Derecho privado y Constitución*, n.º 9, 1996, pp. 45 a 94.
- BLACK, J.: “Constitutionalising Self-Regulation”, *The Modern Law Review*, 1996, pp. 24 a 55.
- BLASCO LANG, J. J.: “Consejeros independientes y auditores en el Informe Olivencia”, *Partida Doble. Revista de Contabilidad, Auditoría y Empresa*, n.º 100, 1999, pp. 30 a 37.
- BLÁZQUEZ, N.: “UNESCO: Principios de ética profesional del periodismo” en: E. Bonete Perales (Coord.), *Éticas de la información y deontologías del periodismo*, Madrid, Tecnos, 1995.
- BLUMLER, J. G.: “La televisión pública ante el diluvio comercial”, en: J. G. Blumler (Coord.): *Televisión e interés público*, Bosch, Barcelona, 1993.
 - “Valores vulnerables en juego”, en: J. G. Blumler (Coord.): *Televisión e interés público*, Bosch, Barcelona, 1993.
- BÖCKENFÖRDE, E. W.: “Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft in demokratischen Sozialstaat der gegenwart”, en: E. W. Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt, Frankfurt am Main, 1976, pp. 185 y ss.

- BOLENZ, E.: *Technische Normung zwischen "Markt" und "Staat"*, Univ. Bielefeld, 1987.
- BONETE PERALES, E.: "De la ética filosófica a la deontología periodística", en: E. Bonete Perales (Coord.), *Éticas de la información y deontologías del periodismo*, Tecnos, Madrid, 1995.
 - "Responsabilidades morales de los profesionales de la comunicación", en: J. C. Suarez Villegas (Ed.), *Medios de comunicación y autocontrol. Entre la ética y el derecho*, Mad, Sevilla, 1998.
 - "Conflictos morales en los medios audiovisuales", en: E. Bonete Perales (Coord.), *Ética de la comunicación audiovisual*, Tecnos, Madrid, 1999.
- BONMATÍ, J. M.: "Autorregulación comercial: una iniciativa consensuada entre fabricantes y distribuidores", *Super Aral Lineal*, n.º 1210, 1994, p. 12.
- BONO, G.: "Formación moral de individuos y grupos", *Alta Dirección*, n.º 9, 1966, pp. 83 a 89.
- BOQUERA OLIVER, J. M.: *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 1993.
- BORRAJO INIESTA, I.: "El intento de huir del Derecho administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 78, 1993, pp. 233 a 249.
- BOSCH, O.: "Reflexions epistemològiques inacabades sobre el coneixement i la competència professional" en:
<<http://www.fdps.org>> [última consulta: 10/12/2001].
- BOSSE, C.: "A formación dos axentes de nivel superior das entidades territoriais de Europa", en: J. Rodríguez-Arana Muñoz (Coord.), *Ética pública e formación de funcionarios. Relatorios do V Seminario europeo de centros de formación de persoal de entidades territoriais, realizado en abril de 1993 na Escola Galega de Administración Pública*, Escuela Gallega de Administración Pública, Junta de Galicia, Santiago de Compostela, 1993.
- BOUIS, L.: "Quelle publicité dans l'Europe de 1993: Réglementation ou déontologie?", *Revue Française du Marketing*, n.º 130, 1990, pp. 51 a 53.
- BOURDIEU, P.: "Elementos para una sociología del campo jurídico", en: Bourdieu, P. y Teubner, G., *La fuerza del Derecho*, Siglo del Hombre Editores/Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes/Ediciones Uniandes/Instituto Pensar, Santafé de Bogotá, 2000.

- BOURDIEU, P. y TEUBNER, G.: *La fuerza del Derecho*, Siglo del Hombre Editores/Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes/Ediciones Uniandes/ Instituto Pensar, Santafé de Bogotá, 2000.
- BOYER, R.: *La teoría de la regulación*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1992. [*La théorie de la régulation. Une analyse critique*, La Découverte, París, 1987].
- BRANDMAIR, E.: *Die freiwillige Selbstkontrolle der Werbung*, Carl Heymanns, Colonia, 1978.
- BRANDT, E. : “Regulierte Selbstregulierung im Umweltrecht”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, pp. 121 a 135.
- BREMOND Y TRIANA, L. Mª.: “El sistema comunitario de Ecogestión y Auditoría Ambiental, hoy”, *Observatorio Medioambiental*, n.º 1, 1998, pp. 233 a 256.
- BRESSER PEREIRA, L. C. y CUNILL GRAU, N. (Eds.): *Lo público no estatal en la reforma del Estado*, Buenos Aires/Barcelona/México, 1998.
- BRIX, E. (Hrsg.): *Civil Society in Österreich*, Passagen Verlag, Wien, 1998.
- BROHM: “Selbstverwaltung in wirtschafts-und berufstätigen Kammern”, *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft*, Festgabe zum 70 Geb. von G. Ch. vom Unruh, Decker’s Verlag-Schlenk, Heidelberg, 1983.
- BRONCANO, F.: “Técnica y valores. El imperativo moral del ingeniero”, *Sociedad y Utopía*, n.º 9, 1997, pp. 255 a 275.
- BULLINGER, M.: “La Administración al ritmo de la economía y la sociedad (Reflexiones y reformas en Francia y Alemania)”, *Documentación Administrativa*, n.º 234, 1993, pp. 85 a 113.
- BULYGIN, E.: “Tiempo y Validez” en: C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- CALLEJA, D.: “El Derecho audiovisual de la Unión Europea”, en: *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- CALVET, A.: “El autocontrol publicitario”, *Publitecnia*, n.º 38-39, 1976, pp. 97 a 103.
- CALVO SÁNCHEZ, L.: *Régimen jurídico de los Colegios profesionales*, Unión Profesional/Civitas, Madrid, 1998.
- CAMPS, V.: *Virtudes públicas*, Espasa Calpe, Madrid, 1993.

- CAMPS, V., GUARIGLIA, O., y SALMERÓN, F. (Eds.): *Concepciones de la ética*, Trotta, Madrid, 1992.
- CANALS AMETLLER, D.: “La jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad”, *Revista Poder Judicial*, n.º 56, 1999, pp. 459 a 479.
 - “El ejercicio privado de la inspección técnica de vehículos: una jurisprudencia controvertida”, *La Llei de Catalunya. Revista Catalana de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n.º 291, 2000, pp. 1 a 4.
 - *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, Tesis doctoral inédita, 2001.
- CAPELLA, J. R.: “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, *Mientras Tanto*, n.º 46, 1991, pp. 51 a 73.
 - “Modernitat i progrés”, en: X. Arbós y A. Castiñeira (Dir.), *Perspectives de la modernitat avançada*, Centre d’Estudis de Temes Contemporanis/ Enciclopèdia Catalana, Barcelona, 1994.
- CAPITMAN, W. C.: “La moral publicitaria, imperativo público”, *Alta Dirección*, n.º 45, 1972, pp. 95 a 100.
- CAPUTI, M. C.: *La ética pública*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- CARBONELL, E., y MUGA, J. L.: *Agencias y procedimiento administrativo en los Estados Unidos de America*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- CARLÓN RUIZ, M.: “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 102, 1999, pp. 229 a 255.
- CARMONA RUANO, M.: “Medidas para hacer frente a la corrupción en el seno de la Administración Pública”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 741, 1995, pp. 66 a 70.
- CARRASCOSA LÓPEZ, V.: “La regulación jurídica del fenómeno Informático”, *Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, n.º 20-21, 1998, pp. 33 a 56.
- CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría general del Estado*, Facultad de Derecho UNAM/Fondo de Cultura Económica, México, 2000. [*Contribution à la Théorie générale de l’État spécialement d’après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Société du Recueil Sirey, París, 1922, traducción de J. Lión Depetre].

- CARRILLO, M.: “Los Consejos de Prensa como forma de autocontrol: propuestas y prevenciones respecto de su viabilidad en España”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 54, 1986, pp. 77 a 103.
 - “Expresión e información: dos derechos entre la sociedad y el Estado”, *Autonomías. Revista Catalana de Derecho Público*, n.º 21, 1996, pp. 169 a 214.
 - “El papel de las regiones en la regulación del sector televisivo: el caso español”, en: S. Muñoz Machado (Coord.), *Derecho europeo del audiovisual*, vol. I, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
 - “El derecho a la información: entre la ley y la autorregulación”, *Anuario Parlamento y Constitución*, n.º 2, 1998, pp. 119 a 131.
- CARRILLO DONAIRE, J. A.: *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Instituto García Oviedo/Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.: “La problemática de los colegios profesionales en el Derecho comparado (Francia, Italia, Alemania)”, en: L. Martín-Retortillo Baquer (Coord.), *Los Colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Unión Profesional/Civitas, Madrid, 1996.
- CARROLL, A. (Coord.): *Business and Society: Ethics and Stakeholder Management*, South-Western, Cincinnati, 1996.
- CASSESE, S.: “Las privatizaciones en Italia”, *Documentación Administrativa*, n.º 218-219, 1989, pp. 377 a 389.
- CASTELLS, M.: *La ciudad informacional. Tecnologías de la información, reestructuración económica y proceso urbano-regional*, Alianza, Madrid, 1995.
 - “El futuro del Estado del bienestar en la sociedad informacional”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 131, 1996.
 - *La sociedad red. La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Alianza, Madrid, 1997.
 - *La era de la información*, vol. I. *La sociedad red*, vol. III. *El fin del milenio*, Alianza, Madrid, 2000, 1998.
 - “La mediocracia”, en: E. Bonete Perales (Coord.), *Ética de la comunicación audiovisual*, Tecnos, Madrid, 1999.
- CASTELLS, M. y BOSCH, N.: *El futuro del Estado del bienestar*, Civitas, Madrid, 1998.

- CASTILLO BLANCO, F. A.: *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial/Civitas, Madrid, 1992.
- CAVANILLAS MÚGICA, S.: “La protección del consumidor y la sociedad de la información: una revisión estratégica”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 4, 1999, pp. 435 a 457.
- CAZORLA PRIETO, L. M.: “Comentarios al artículo 38 de la Constitución”, en: F. Garrido Falla (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.
- CERESO MIR, J.: *Curso de Derecho penal Español. Parte General I* Tecnos, Madrid, 1981.
- CÍRCULO DE EMPRESARIOS: *Reflexiones sobre la reforma de los Consejos de Administración*, Documentos del Círculo, Madrid, 1995.
 - *Una propuesta de normas para un mejor funcionamiento de los Consejos de Administración*, Documentos del Círculo, Madrid, 1996.
- COCKEROFT, L.: “Globalización de los mercados y corrupción. El marco internacional para la lucha contra la corrupción internacional”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 741, 1995, pp. 35 a 36.
- COLLIARD, C. A., y TIMSIT, G.: *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, París, 1988.
- COLMEIRO, M.: *Derecho Administrativo español*, tomo I, Librería de Don Angel Calleja, Madrid/Santiago, 1874.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II. *Artículos 138 a 385*, Trivium, Madrid, 1997, pp. 3224 y ss.
- COOPER, T. L. (Ed.): *Handbook of Administrative Ethics*, Marcel Dekler, Nueva York, 2001.
 - “The Emergence of Administrative Ethics as a Field of Study in the United States”, en: T. L. Cooper (Ed.), *Handbook of Administrative Ethics*, Marcel Dekler, Nueva York, 2001.
- CORCUERA ATIENZA, J.: “Estado y economía en época de crisis: las privatizaciones”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 91, 1996, pp. 9 a 45.
- CORCUERA ATIENZA, J. y GARCÍA HERRERA, A. (Eds.): *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988.
- CORTINA, A.: *La ética de la sociedad civil*, Anaya, Madrid, 1994.

- *La ética de la empresa*, Trotta, Madrid, 1994.
- CROZIER, M. J.; S. P. HUNGTINTON; Y J. WATANUKI, *The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, Oxford University Press, New York, 1975.
- CUBILLO DE LA PUENTE, R.: “Apuntes Históricos sobre la Inspección Sanitaria de los alimentos”, en: *Los alimentos y la veterinaria*, Universidad de León, 1999.
- CHINCHILLA MARÍN, C.: “El servicio público ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión”, en: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991.
 - *La radio-televisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1998.
 - “El servicio público de televisión en la actualidad y sus problemas conceptuales reales”, en: *El régimen jurídico del audiovisual*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.
- CHINCHILLA, C., LOZANO, B., y DEL SAZ, S.: *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Universidad Nacional de Educación a Distancia/Civitas, Madrid, 1992.
- DADER, J. L.: “La recuperación ciudadana de los medios. Vías de participación y contrapeso crítico de los consumidores y usuarios ante los medios de comunicación de masas” en:
<<http://comunicacion.boschce.es/articulos/>> [última consulta: 10/12/2001].
- DARNACULLETA GARDELLA, M.: Recensión del libro de U. Di Fabio, *Das Recht offener Staaten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 57, 1999, pp. 360 a 364.
 - “El sistema jurídico entre el Estado y la sociedad. Sobre el papel de la autorregulación social y el arbitraje previo: Crónica del Seminario celebrado en la Academia Diplomática de Viena los días 30 y 31 de marzo de 2000”, *Autonomías. Revista Catalana de Derecho Público*, n.º 26, 2000, pp. 313 a 316.
 - Recensión del libro coordinado por E. Brix, *Civil Society in Österreich*, Passagen Verlag, Wien, 1998, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 60, 2000, pp. 383 a 387.

- Recensión del libro *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, (Eds. R. Ramos Torre y F. García Selgas), CIS, Madrid, 1999, *Revista de Administración Pública*, n.º 153, 2000, pp 576 a 579.
- Recensión del libro de A. Seidel, *Privater Sachverstand und staatliche Garantienstellung im Verwaltungsrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2000, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 110, 2001, pp. 316 a 321.
- “Selbstregulierung und Selbstkontrolle der Werbewirtschaft in Spanien”, en: J. Nautz, E. Brix y G. Luf (Hrgs.), *Das Rechtssystem zwischen Staat und Zivilgesellschaft. Zur Rolle gesellschaftlicher Selbstregulierung und vorstaatlicher Schlichtung*, Passagen Verlag, Wien, 2001, pp. 139 a 160.
- “Arbitraje y derecho procesal: Experiencias de Derecho comparado”, Ponencia presentada en el marco del Seminario sobre arbitraje administrativo organizado por el “Institut d’Estudis Autònoms” y el “Gabinet Jurídic de la Generalitat de Catalunya”, en prensa.
- DARNACULLETA GARDELLA, M., y TARRÉS VIVES, M.: “Adelgazamiento del Estado y modernización administrativa. A propósito del informe *Schlanker Staat*”, *Autonomías. Revista Catalana de Derecho público*, n.º 26, 2000, pp. 317 a 329.
- DÁVARA RODRÍGUEZ, M. A.: “Las tecnologías de la información y las comunicaciones y sus implicaciones socio-jurídicas”, *Sociedad y Utopía*, n.º 9, 1997, pp. 171 a 182.
- “Firma electrónica y autoridades de certificación: el notario electrónico”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2000.
- (Coord.): *XIII Encuentros sobre Informática y Derecho, 1999-2000*, Universidad Pontificia Comillas, Aranzadi, Madrid, 2000.
- DE ANDRÉS, C.: “Calidad y seguridad industrial”, *Economía Industrial*, n.º 285, 1992, pp. 21 a 27.
- DE ASÍS ROIG, R.: *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- (Coord.): *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Universidad Carlos III/Dykinson, Madrid, 1996.
- DE BLAS GUERRERO, A., y COTARELO GARCÍA, R.: *Teoría del Estado y sistemas políticos*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1990.

- *Teoría del Estado*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1998.
- DE CARRERAS SERRA, L.: *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*, Ariel, Barcelona, 1996.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1984.
 - *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- DE JOUVENEL, B.: *La soberanía*, Rialp, Madrid, 1957. [Traducción de L. Benavides].
- DE LA CUESTA RUTE, J. M.: *Régimen Jurídico de la Publicidad*, Tecnos, Madrid, 1974.
 - “Observaciones sobre la Ley General de Publicidad”, *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 4, 1989, pp. 51 a 104.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M.: “Aproximación a la regulación de servicio público como nuevo paradigma para la prestación de servicios económicos”, ARIÑO, G.; DE LA CUÉTARA, J. M.; y MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. L.: *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- DE LA SERNA BILBAO, M. N.: *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
 - *Manual de Derecho de la edificación*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.
- DE LA TORRE OLID, A.: “La necesidad de autorregulación ética en el periodismo ante el debate sobre el derecho a la intimidad”, *Revista de Fomento Social*, n.º 52, 1997, pp. 497 a 515.
- DE LANAUZE, J.: “L’autodiscipline assuré par les textes disciplinaires”, en: *L’avenir de la publicité et le droit*, Librairies Techniques, Montpellier, 1976.
- DE OTTO, I.: “La función política de legislación”, en: M. A. Aparicio (Coord.), *Parlamento y sociedad civil*, Publicaciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1980.
- DE PALMA TESO, A.: *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- DE VEGA GARCÍA, P.: “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social”, en: J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera (Eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988.

- DEBBASCH, C.: *Radio et Télévision en Europe*, Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1985.
- DEL ÁGUILA, R.: *La senda del mal. Política y razón de Estado*, Taurus, Madrid, 2000.
- DEL ÁGUILA, R. y VALLESPÍN, F. (Eds.): *La democracia en sus textos*, Alianza, Madrid, 1998.
- DEL SAZ, S.: “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en: C. CHINCHILLA, B. LOZANO y S. DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Civitas/Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1992.
 - “La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 133, 1994, pp. 57 a 98.
 - *Los Colegios Profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
 - *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- DEL VECCHIO, G.: *Teoría del Estado*, Bosch, Barcelona, 1956. [*Lo Stato*, Editrice Studium, Roma, traducción de E. Galán y Gutierrez].
- DELGADO BARRIO, F. J.: “Participación ciudadana y disposiciones generales”, en: *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- DELGADO PIQUERAS, F.: *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
 - “Ambiente y comercio: La ecoetiqueta europea”, *Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, n.º 1, en: <http://www.cica.es/aliens/gimadus/delgado.html> [última consulta: 10/6/2002]
- DELGADO RUIZ, F.: “La incidencia de la televisión y las nuevas pantallas en la dinámica familiar”, *Infancia y Sociedad*, n.º 30, 1995, pp. 165 a 170.
- DELIVES, M.: *La censura de prensa en los años 40 (y otros ensayos)*, Ambito, Valladolid, 1985.
- DELLIS, G. y PAPPAS, S. A.: “Desde la mera disciplina hasta una verdadera deontología”, *Documentación Administrativa*, n.º 241-242, 1995, pp. 501 a 514.
- DESANTES GUANTER, J. M.: *El autocontrol de la actividad informativa*, Cuadernos para el Diálogo, Edicusa, Madrid, 1973.

- “La reciente propuesta de Directiva del Consejo sobre la radiotelevisión europea”, *Noticias CEE*, n.º 24, 1987.
- “La titularidad de la empresa informativa sobre el medio que difunde”, *Comunicación y Sociedad*, vol. VIII, n.º 2, 1995, pp. 7 a 37.
- DESDENTADO DAROCA, E.: *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- DI FABIO, U.: *Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996.
 - “Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung un staatlicher Steuerung”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 56, 1997, pp. 235 a 276.
 - *Das Recht offener Staaten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.
 - “Privatisierung und Staatsvorbehalt. Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe”, *Juristen Zeitung*, 1999, pp. 585 a 636.
 - “Das Kooperationsprinzip –ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n.º 11, 1999, pp. 1153 a 1264.
 - “Persönlichkeitsrechte im Kraftfeld der Medienwirkung–Zur ethischen Dimension der Medienfreiheit”, *Conferencia del Anuario 1999/I*, Munich, 1999.
- DÍAZ, E.: “Deslegitimación del capitalismo y del Estado en la sociedad capitalista actual (Consideraciones a propósito de la obra de Claus Offe)”, *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2, 1983, pp. 3 a 58.
- DÍAZ YUBERO, I.: “Código Alimentario Español; dificultades de aplicación y su importancia para el consumidor”, *Alimentaria*, n.º 64, 1975.
- DÍEZ DE CASTRO, J., y REDONDO LÓPEZ, C.: “En busca de la empresa ética”, *Alta Dirección*, n.º 204, 1999, pp. 95 a 100.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.: “Publicidad televisiva y derechos fundamentales”, en: S. Muñoz Machado (Coord.), *Derecho europeo del audiovisual*, vol. I, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997. [También publicado en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 50, 1997, pp. 61 a 100].
- DILLER, J.: “¿Una conciencia social en el mercado mundial? Dimensiones laborales de los códigos de conducta, el etiquetado social y las iniciativas de los inversores”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, n.º 2, 1999, pp. 111 a 145.

- DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: “Responsabilidad civil por productos defectuosos en el marco de la legislación especial en materia de consumo. Perspectivas de adaptación y reforma”, en: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, 1995.
- DOMPER FERRANDO, J.: *El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, 2 vols., Prensas Universitarias de la Universidad de Zaragoza/Civitas, Madrid, 1992.
- DONALSON, J.: *Business ethics: a European casebook-Principles, examples, cases, codes*, Academic Press, Londres, 1992.
- DORMIDO BENCOMO, S.: “Tecnologías de la Información: Reflexiones sobre el Impacto Social y Humanístico”, *Informática y Derecho. Revista iberoamericana de Derecho informático*, n.º 19-22, 1998, pp. 57 y ss.
- DRUMMOND, H.: *Qué es hoy la calidad total. El movimiento de la calidad*, Deusto, Bilbao, 1995. [*The quality movement*, Kogan Page, Londres].
- DURUPTY, M.: “Las privatizaciones en Francia”, *Documentación Administrativa*, n.º 218-219, 1989, pp. 335 a 375.
- EIFERT, M.: “Regulierte Selbstregulierung und die lernende Verwaltung”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, pp. 132 a 155.
- ENDERS, C.: “Die Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1996 in Dresden”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, n.º 122, 1997, pp. 108 a 133.
- ENDERS, A., y MARBURGER, P.: *Umweltschutz durch gesellschaftliche Selbststeuerung*, Economica Verlag, Bonn, 1993.
 - “Technische Normen im Europäischen Gemeinschaftsrecht”, *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, Heidelberg, 1994.
- ENTELMAN, R. F.: *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Gedisa, Barcelona, 2000.
- ENTRENA CUESTA, R.: “El principio de libertad de empresa”, en: *El modelo económico en la Constitución española*, Madrid, 1981.
- ESCANCIANO MONTOUSE, L., RIESGO FERNÁNDEZ, P., y POLA ALONSO, I.: “Encuadre y Desarrollo de la Auditoría Medioambiental: la Ecoauditoría”, *Auditoría Interna*, n.º 37, 1994, pp. 11 a 17.
- ESCOBAR DE LA SERNA, L.: *Manual de Derecho de la información*, Dykinson, Madrid, 1997.

- ESCRIBANO COLLADO, P.: “¿Crisis de los conceptos de Administración Pública y Derecho Administrativo?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 37, 1983, pp. 165 a 184.
- ESTEVE PARDO, J.: *El Régimen Jurídico-Administrativo de la Televisión*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1984.
 - “Las asociaciones de configuración legal. El caso de las Federaciones Deportivas (Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 1985)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 45, 1985, pp. 113 a 121.
 - “Servicio público de televisión y garantía de la institución de la opinión pública libre”, *Revista de Administración Pública*, n.º 123, 1990, pp. 185 a 210.
 - “La personalidad jurídica en el Derecho Público y la dialéctica Estado-sociedad. Perspectiva histórica”, en: *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. II, Civitas, Madrid, 1994
 - “El común origen del Derecho Administrativo y la ingeniería civil en el siglo XIX”, en: J. J. Gil Cremades, F. Nagore Laín, C. Seoane Vacas y G. Vicente Guerreño (Eds.), *La configuración jurídico-política del Estado liberal en España. Actas del Congreso en Commemoración del Segundo Centenario del Nacimiento de D. Alejandro Oliván (1796-1996)*, 1996.
 - *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999.
 - “La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible”, *Revista de Administración Pública*, n.º 149, 1999, pp. 37 a 61.
 - *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.: “La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico formal y la realidad material del funcionamiento de la Administración”, *Anuario de filosofía del derecho*, 1990.
- EWALD, F.: “Philosophie de la précaution”, *L'Année Sociologique*, vol. 46, n.º 2, 1996, pp. 383 y ss.
- EZCURRA, L.: “Sobre la conveniencia de designar una autoridad independiente para el control del cumplimiento de la reglamentación por parte de las empresas públicas y privadas de televisión”, en: S. Muñoz Machado (Coord.), *Derecho europeo del audiovisual*, vol. II, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.

- FANLO LORAS, A.: *El debate sobre los Colegios profesionales y las Cámaras Agrarias*, Civitas, Madrid, 1992.
 - “Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial”, en: L. Martín-Retortillo Baquer (Coord.), *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Unión Profesional/Civitas, Madrid, 1996.
- FEBBRAJO, A.: “Regolazione giuridica e autoregolazione sociale”, *Sociologia del Diritto*, n.º 2-3, 1986, pp. 145 a 159.
- FERGUSON, A.: *Un ensayo sobre la historia de la sociedad civil*, IEP, Madrid, 1974. [La primera edición de esta obra es de 1767, y fue publicada con el título original, *An Essay on the History of Civil Society*].
- FERIA ROMERO, M.: *Aplicabilidad de las normas éticas en la Administración pública gallega*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1999.
- FERNÁNDEZ, M. F.: *El poder disciplinario de la empresa*, Civitas, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ, I., y SANTANA, F.: *Estado y medios de comunicación en la España democrática*, Alianza, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ ALCANTUD, A.: “Aproximación al sector audiovisual europeo actual”, *Cuadernos CEE y EE*, n.º 35, 1998, pp. 39 a 50.
- FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., y HERNÁNDEZ, F.: *El gobierno de las sociedades cotizadas: situación actual y reformas pendientes*, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A.: “Los reglamentos internos de conducta de las entidades y profesionales del mercado de valores: líneas generales de una nueva institución”, *Revista General de Derecho*, n.º 609, 1995, pp. 6959 a 6978.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., y NEVADO MORENO, P. T.: “Evaluación de los sistemas de ecogestión: la auditoría ambiental, análisis y régimen jurídico”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 155, 1997, pp. 167 a 209.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Asociaciones y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987.
 - “Industria”, en: S. Martín-Retortillo Baquer (Dir.), *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, La Ley, Madrid, 1991.
 - *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*,

- Civitas, Madrid, 1993.
- *El paisaje televisivo. Características e insuficiencias del ordenamiento jurídico de la televisión*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
 - “El paisaje televisivo en España”, en: S. Muñoz Machado (Coord.), *Derecho europeo del audiovisual*, vol. I, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
 - “La infraestructura organizativa para la calidad y la seguridad industrial y el fenómeno del ejercicio por particulares de funciones públicas de inspección y control”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 13, 1998, pp. 43 a 60.
 - FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. L.: “El papel de la ética en la estrategia empresarial”, *Alta Dirección*, n.º 172, 1993, pp. 87 a 94.
 - FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. L. Y HORTAL ALONSO, A. (Coords.): *Ética de las profesiones*, Universidad Pontificia de las Comillas, Madrid, 1994.
 - FERNÁNDEZ RAMOS, S.: “El marco jurídico comunitario en materia de residuos”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 153, 1997, pp. 37 a 55.
 - “La ecoetiqueta comunitaria”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 153, 1997, pp. 57 a 71.
 - FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Derecho Administrativo, sindicatos y autoadministración*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1972.
 - *El Medio Ambiente Urbano y las Vecindades Industriales*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1973.
 - “Los poderes normativos del Banco de España”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 13, 1984, pp. 7 a 32.
 - “Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva”, *Libro homenaje al profesor J. L. Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.
 - “Reflexiones sobre las llamadas Autoridades Administrativas Independientes”, en: *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1994.
 - FERNANDO PABLO, M. M.: *Derecho general de las telecomunicaciones*, Colex, Madrid, 1998.
 - FERRI, L.: *La autonomía privada*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969. [Traducción de L. Sancho Mendizábal].

- FONT LLOVET, T.: “Algunas funciones de la idea de participación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 45, 1985, pp. 45 a 53.
- FORSTHOFF, E.: *El Estado de la sociedad industrial (El modelo de la República Federal Alemana)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975. [Der Staat der Industriegesellschaft, C. H. Beck, München, 1971, traducción de L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz].
- FROTA, M.: “Autorregulación: ventajas e inconvenientes”, *Estudios sobre Consumo*, n.º 24, 1992, pp. 33 a 37.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A.: “El ecoetiquetaje comunitario”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 122, 1995, pp. 63 a 68.
- GADAMER, H. G.: *La herencia de Europa*, Ediciones Península, Barcelona, 1990. [Das erbe Europas: beiträge, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, traducción de P. Giralt Gorina].
- GALÁN GALÁN, A.: *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001.
- GALGANO, F.: *Historia del Derecho mercantil*, Laia, Barcelona, 1987.
- GALLARDO MESEGUER, M.: “Código Ético de Publicidad en Internet”, *Carta Mercantil*, n.º 16, 2000, pp. 9 a 15.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 36/1988, de 5 de diciembre)*, en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Tecnos, Madrid, 1991.
- GARCÍA BLANCO, J. M.: “De la mundialización y la globalización al sistema de la sociedad mundial”, en: R. Ramos Torre y F. García Selgas (Eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, Centro de Investigaciones Sociales, Madrid, 1999.
- GARCÍA COTARELO, R.: “La crisis del Estado del bienestar y la sociedad civil”, *Cuenta y Razón*, n.º 31, 1987, pp. 45 a 52.
- GARCÍA CUADRADO, A.: *El Gobierno por Orden Ministerial*, Aranzadi, Pamplona, 1986.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 40, 1963, pp. 189 y ss.
 - “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 10, 1976, pp. 399 a 430.

- “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa”, en *Libro homenaje al profesor J. L. Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.
- *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I y vol. II, Civitas, Madrid, 1999.
- GARCÍA FERRANDO, M.: *Pensar nuestra sociedad. Fundamentos de sociología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GARCÍA LLOVET, E.: *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Marcial Pons, Madrid, 1991.
- “Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, n.º 131, 1993, pp. 61 a 118.
- GARCÍA MACHO, R.: *Reserva de Ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988.
- “En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 64, 1989, pp. 521 a 531.
- “Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 72, 1991, pp. 515 a 527.
- *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992.
- GARCÍA PELAYO, M.: “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en: M. Ramírez (Dir.), *Estudios sobre la Constitución de 1978*, Zaragoza, 1979.
- *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1987.
- GARCÍA TORRES, J., y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.
- *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, III, 2, Edersa, Madrid, 1970.

- GARCIA USANO, J., CRESPO NOGUEIRA, J. y VOLTES BOU, P.: “Antecedentes de la constitución de los Cuerpos de Ingenieros Industriales”, en: *Cincuenta años de actuación de los Cuerpos de Ingenieros Industriales 1931-1981*, Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1982.
- GARCÍA VEGA, P.: “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 100, 1998, pp. 13 a 56.
- GARRALDA RUIZ DE VELASCO, J.: “Reflexiones éticas sobre el Consejo de Administración”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 769, 1998, pp. 41 a 47.
- GARRIDO FALLA, F.: Voz “Corporaciones”, *Nueva Enciclopedia Jurídica F. Seix Editor*, Tomo V, Barcelona, 1953.
 - *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Instituto de Administración Local, Madrid, 1954.
 - (Dir.) *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.
 - “Comentario al artículo 26”, en: F. Garrido Falla (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.
 - *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1992.
 - “Privatización y reprivatización”, *Revista de Administración Pública*, n.º 126, 1996, pp. 7 a 26.
- GARRIGOU-LAGRANGE, J. M.: *Asociaciones y poderes públicos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974. [*Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1970, traducción de M. Gonzalo González].
- GASPAS LERA, S.: *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- GAY FUENTES, C.: *La televisión ante el Derecho internacional y comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- GÉNY, B.: *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, Recueil Sirey, París, 1930.
- GERARD, A.: *Elementos del Derecho de la Alimentación (estructura, principios y disposiciones esenciales)*, FAO, Roma, 1975.

- GERMON, C.: *La normalisation, clé d'un nouvel essor*, Rapport au Ministère de la Recherche et l'Industrie/Documentation Française, Collection Rapports officiels, Paris, 1983.
- GIANNINI, M. S.: *Premisas sociológicas del Derecho administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987. [*Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1980, traducción de M. Baena del Alcázar y J. M. García Madaria].
- GIBBONS, T.: "The United kingdom transposition of European Regulation concerning advertising and sponsorship: the ICT Codes and Rules", en: S. Muñoz Machado (Coord.), *Derecho Europeo del Audiovisual*, vol. II, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- GIL CALVO, E.: "Desinstitucionalización", en: R. Ramos Torre y F. García Selgas (Eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, Centro de Investigaciones Sociales, Madrid, 1999.
- GIL-ROBLES GIL-DELGADO, J. M.: "Unidad jurisdiccional y atribución de facultades arbitrales a órganos de la administración", *Poder Judicial*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 1389 y ss.
- GIMÉNEZ ALCOVER, P.: *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Bosch, Barcelona, 1993.
- GINER, S., LAMO DE ESPINOSA, E., y TORRES, C.: Voz "Institucionalismo", *Diccionario de Sociología*, Alianza, Madrid, 1998.
- GINER, S. y PÉREZ YRUELA, M.: "Sobre el origen, naturaleza y modalidades del corporatismo", en: S. Giner y M. Pérez Yruela (Eds.): *El corporatismo en España*, Ariel Sociología, Barcelona, 1988.
- GINER, S. y SARASA, S. (Eds.): *Buen gobierno y política social*, Ariel, Barcelona, 1997.
- GLAGOW, M. (Hrsg.): *Gesellschaftssteuerung zwischen Korporativismus und Subsidiarität*, AJZ Verlag, Bielefeld, 1984.
- GLAGOW, M. y WILLKE, H. (Hrsg.): *Dezentrale Gesellschaftssteuerung. Probleme der Integration polyzentrischer Gesellschaft*, Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1987.
- GODARD, O. (Ed.): *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, De la Maison des Sciences de l'Homme, París, 1997.
- GODOY, A.: *El derecho de la televisión sin fronteras*, Aguaclara, Alicante, 1995.

- GÓMEZ ARBOLEDA, E.: “Sociología de los grupos profesionales”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 83, 1998, pp. 313 a 320.
- GÓMEZ BERNABEU, A. M.: “Ética y calidad”, *Información Psicológica*, n.º 68, 1998, pp. 36 a 41.
- GÓMEZ JIMÉNEZ, E. M.: “Ética empresarial y Códigos de conducta”, *ESIC-Market*, n.º 88, 1995, pp. 49 a 60.
- GÓMEZ MONTERO, J.: “Nuevas normas de admisión de publicidad en Radiotelevisión española”, *Anuario de Derecho Industrial*, n.º 9, 1983, pp. 173 a 194.
- GÓMEZ PÉREZ, R.: *Ética empresarial. Teoría y casos*, Ediciones Rialp, Madrid, 1990.
- GÓMEZ SEGADE, J. A.: “Sistemas de autorregulación publicitaria”, *Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1980.
- GÓMEZ SEGADE, J. A., y LEMA DEVESA, C.: “La autodisciplina publicitaria en Derecho comparado y en el derecho español”, *Actas de Derecho Industrial*, n.º 7, 1982, pp. 31 a 112.
- GONZÁLEZ, J.: “Las profesiones en la sociedad corporativa”, en: J. L. Fernández Fernández y A. Hortal Alonso (Coords.), *Ética de las profesiones*, Universidad Pontificia de las Comillas, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ GARCÍA, M. I., LÓPEZ CEREZO, J. A., y LUJÁN LÓPEZ, J. L.: *Ciencia, tecnología y sociedad. Una introducción al estudio social de la ciencia y la tecnología*, Colección Ventana Abierta, Tecnos, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Televisión pública y televisión privada*, Civitas, Madrid, 1982.
 - *Derecho Administrativo español*, tomo II, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1988.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: “Ética en la Administración Pública”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 73, 1996, pp. 117 a 158.
 - *La ética en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., y RÚA ALONSO DE CORRALES, E.: “Los códigos de buenas prácticas en la administración de empresas”, *Banca y Finanzas*, n.º 38, 1998, pp. 41 a 54.

- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: “El desarrollo de una idea de *colaboración* en el Derecho administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 94, 1997, pp. 203 a 220.
 - “Del servicio público a la regulación: ¿y de la regulación a la desregulación?”, *Derecho de los Negocios*, junio 2001, pp. 16 a 22.
- GRACIA, D.: “La relación entre la Bioética y el Derecho”, *Derecho Biomédico y Bioética*, Comares, Granada, 1999.
- GREFFRE, P., y GREFFRE, F.: *La Publicité et la Loi*, Litec, París, 1987.
- GRIMM, D.: “Reguliert Selbstregulierung in der Tradition des Verfassungsstaats”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, pp. 11 a 30.
- GUAITA MARTORELL, A.: “La Administración Militar”, *Revista de Administración Pública*, n.º 7, 1952, pp. 105 y ss.
 - “Comentario al artículo 26 CE”, en: O. Alzaga Villaamil (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1988.
- GUEDON, M. J.: *Les autorités administratives indépendantes*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1991.
- GURVITCH, G.: *L'idée du Droit Social*, París, (1932), Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1972.
- HAAS, R.: “L'autodiscipline assuré par les organismes disciplinaires: le B.V.P. (Bureau de Vérification de la Publicité)”, en: *L'avenir de la publicité et le droit*, Librairies Techniques, Montpellier, 1976.
- HABERMAS, J.: *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona, 1985. [*Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1983, traducción de R. García Cotarelo].
 - *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, Madrid, 1989. [*Der Philosophische Diskurs der Moderne: zwölf Vorlesungen*, traducción de M. Jiménez Redondo].
 - *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998 [*Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, traducción de M. Jiménez Redondo].

- *Ciencia y técnica como ideología*, Tecnos, Madrid, 1999. [*Technik und Wissenschaft als "Ideologie"*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1968].
- *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Cátedra, Madrid, 1999. [*Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1973].
- *Teoría de la acción comunicativa*, vol. I. *Racionalidad de la acción y racionalización social*, vol II. *Crítica de la razón funcionalista*, Taurus, Madrid, 1999. [*Theorie des kommunikativen Handelns*, Band I. *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, Band II. *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1981].
- *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta, Madrid, 2000. [*Erläuterungen zur Diskursethik*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1991].
- HABERMAS, J. y LUHMANN, N.: *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Was leistet die Systemforschung?*, Francfort, Surhkamp, 1971.
- HABERMAS J., y RAWLS, J.: *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona, 1998. [Traducción de G. Vilar Roca de los siguientes títulos: J. Habermas, "Politischer Liberalismus- Eine Auseinandersetzung mit Rawls"; y "“Vernunftig” versus “Wahr” –oder die Moral der Weltbilder, en *Die Einbeziehung des Anderen*, Suhrkamp Verlag, Francfort del Meno, 1996, pp. 65 a 94 y pp. 95 a 127; y J. Rawls, "Reply to Habermas", *The Journal of Philosophy*, XCII, n.º3, 1995, pp. 132-180].
- HANNEQUART, Y.: "Les normes deontologiques et leurs caractères spécifiques", *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Université de Liège/Bruylant, Bruxelles, 1986.
- HART, H. L. A.: *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961. [*El concepto del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, traducción de J. R. Carrió].
- HAURIOU, M.: *Obra Escogida*, [traducción y recopilación de obras a cargo de J. A. Santamaría Pastor y S. Muñoz Machado], Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1976.
- HAYEK, F. A.: *Derecho, legislación y libertad*, vol. I, *Normas y orden*, vol. II, *El espejismo de la justicia social*, y vol. III, *El orden político de una sociedad libre*, Unión Editorial, Madrid, 1985, 1979, 1981. [*Law, Legislation and Liberty*, vol. 1.

- Rules and Order*, vol. 2. *The Mirage of Social Justice*, y vol. 3. *The Political Order of a Free People*, Routledge, London, 1973, 1976, 1979].
- *Camino de servidumbre*, Alianza, Madrid, 1985. [*The Road to Serfdom*, Londres, 1979].
 - HELLER, H.: *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1947. [*Staatslehre*, Sijthoff, Leiden, 1934, traducción de L. Tobío].
 - HERRÁN ORTIZ, A. I.: “Problemas jurídicos del flujo internacional de datos personales en la legislación española”, en: M. Dávora Rodríguez (Coord.), *XIII Encuentros sobre Informática y Derecho, 1999-2000*, Universidad Pontificia Comillas/Aranzadi, Madrid, 2000.
 - HERSCHEL, W.: “Regeln der Technik”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968.
 - HEVIA, E.: “La auditoría interna y la gestión medioambiental”, *Auditoría Interna*, n.º 53, 1998, pp. 10 a 16.
 - HIDALGO MOYA, J. R. y OLAYA ADÁN, M.: *Derecho del producto industrial*, Colex, Barcelona, 1997.
 - HILOWITZ, J.: “Consideraciones sobre el etiquetado social en la lucha contra el trabajo infantil”, *Revista Internacional del Trabajo*, n.º 116, 1997, pp. 233 a 251.
 - HOFFMANN-RIEM, W.: “La reforma del Derecho administrativo. Primeras experiencias: el ejemplo del Derecho ambiental”, *Documentación Administrativa*, n.º 234, 1993, pp. 19 a 84.
 - “Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung”, *Die Öffentliche Verwaltung*, Heft 11, 1997, pp. 433 a 442.
 - (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Nomos-Verl.-Ges., Baden-Baden, 1996.
 - HOFMANN, K.: “Bericht über die Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Dresden vom 2.-5. Oktober 1996”, *Bayerische Verwaltungsblätter*, Heft 14, 1998, pp. 428 a 431.
 - HORTAL, A.: “Ética y tecnificación de las profesiones”, en: J. L. Fernández Fernández y A. Hortal Alonso (Coords.), *Ética de las profesiones*, Universidad Pontificia de las Comillas, Madrid, 1994.
 - HUERGO LORA, A.: *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo. La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000.
 - IGALENS, J. y PENAN, H.: *La normalisation*, PUF, París, 1994.

- IZQUIERDO CARRASCO, M.: *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.
- JELLINEK, G.: *Teoría general del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1981. [*Allgemeine Staatslehre*, Häring, Berlin, 1914, traducción de F. de los Ríos].
- JEREZ, A. y REVILLA, M.: “El tercer sector. Una revisión introductoria a un concepto polémico”, en: A. Jerez (Coord.), *¿Trabajo voluntario o participación? Elementos para una sociología del Tercer sector*, Tecnos, Madrid, 1997.
- JÈZE, G.: *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, t. III, 3ª ed., Marcel Giard, París, 1934.
- JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derecho público del Mercado de Valores*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J.: *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987.
- JIMÉNEZ NACHER, P.: “El régimen de autocontrol de la Prensa en el Reino Unido”, *Revista Poder Judicial*, n.º 39, 1995, pp. 429 a 457.
- JONAS, H.: *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995. [*Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Etik für die technologische Zivilisation*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, traducción de J. M. Fernández Retenaga].
 - *Técnica, medicina y ética. La práctica del principio de responsabilidad*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1997. [*Technik, Medizin und Ethik, Zur Praxis des Prinzips Verantwortung*, Insel, Frankfurt am Main, 1985, traducción de C. Fortea Gil].
- JORDANA, S.: “El análisis de las Policy Networks: ¿Una nueva perspectiva sobre la relación entre políticas públicas y Estado?”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 3, 1995, pp. 77 a 89.
- JORDANA DE POZAS, L.: “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 48, 1949, pp. 41 a 54.
- JOYANES AGUILAR, L.: *Cibersociedad*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
 - “Cibersociedad: La nueva sociedad de la información (Orígenes, evolución e implantación)”, *Sociedad y Utopía*, n.º 9, 1997, pp. 83 a 103.

- “Globalización de la información y la comunicación ¿Hacia un nuevo orden mundial?”, *Sociedad y Utopía*, n.º 12, 1998, pp. 163 a 189.
- JULIÀ BARCELÓ, R. y VINJE, T.: “Hacia un marco europeo sobre firmas digitales y criptografía. La Comisión Europea da un paso adelante en pro de la confidencialidad y seguridad de las comunicaciones electrónicas”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 228, 1998, pp. 695 a 714.
- KEANE, J.: “La democracia y los medios de comunicación”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, n.º 129, 1991, pp. 549 a 568.
- KELSEN, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1958. [General theory of law and state, Harvard University Press, Cambridge, 1945, traducción de E. García Máynez].
 - *Teoría general del Estado*, Editora Nacional, México, 1979. [Allgemeine Staatslehre, Springer, Berlin, 1925, traducción de L. Legaz Lacambra].
 - *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, 1979. [Reine Rechtslehre, Wien, 1960, traducción de R. Vernengo].
 - *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Tecnos, Madrid, 1997. [Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung, 1930, traducción de J. A. García Amado].
- KLITGAARD, R.: “Estrategias para combatir la corrupción”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 741, 1995, pp. 25 a 33.
- KLOEPFER, M.: *Umweltrecht*, C-H Beck, München 1998.
 - “En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado”, *Documentación Administrativa*, n.º 235-236, 1995, pp. 33 a 53.
- KLUTH, W.: *Funktionale Selbstverwaltung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.
- KOOIMAN, J.: “Societal Governance: Levels, Modes and Orders of Social-Political Interaction”, en: J. Pierre (Dir.), *Debating Governance. Authority, Steering, and Democracy*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2000.
- KRIELE, M.: *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980. [Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, Verlag GmbH, Hamburg, 1975].
- KUNIG, P., PAETOW, S., y VERSTEYL, L. A.: *Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-AbfG), Kommentar*, München, 1998.
- LA SPINA, A., y MAJONE, G.: *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000.

- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, t. I-2, Bosch, Barcelona, 1990.
- LADEUR, K.-H.: “Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer “Logik der Netzwerke”. Rechtliche Steuerung und die beschleunigte Selbsttransformation der postmodernen Gesellschaft”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, pp. 50 a 80.
- LAGUNA DE PAZ, J. C.: *Régimen jurídico de la televisión privada*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- LASAGABASTER HERRARTE, I.: *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, 1994.
- LAUBADÈRE, A.: *Traité élémentaire de Droit Administratif*, Libraire Generale de Droit, París, 1953.
- LAUFER, R. y BURLAND, A.: *Dirección pública: gestión y legitimidad*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1989.
- LAVILLA RUVIRA, J. J.: voz “Participación (Dº Administrativo)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995.
 - “Primer paso hacia la liberalización de las telecomunicaciones españolas (Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio), *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio de 1996*, Civitas, Madrid, 1996.
- LEGUINA VILLA, J.: “Algunas ideas sobre la Constitución y la huida del Derecho Administrativo”, *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 19, 1995, pp. 13 y ss.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.: “Notas sobre la publicidad ilícita en el ordenamiento español y comunitario. Límites éticos a la publicidad”, *Actualidad Civil*, n.º 10, 1996, pp. 217 a 231.
- LIPPENS DE CERF, P.: “La normalisation des Télécommunications en Europe”, *Revue des affaires européennes*, n.º 1, 1991, pp. 39 a 54.
- LÓPEZ-ESCOBAR, E.: “Valores vulnerables en la televisión multicanal española”, en: J. G. Blumler (Coord.), *Televisión e interés público*, Bosch, Barcelona, 1993.
- LÓPEZ-IBOR MAYOR, V.: “La liberalización del sector eléctrico: perspectiva jurídica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 98, 1998, pp. 191 a 210.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F.: *Minoría y oposición en el parlamentarismo. Una aproximación comparativa*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Las Denominaciones de Origen*, Cedecs, Barcelona, 1996.

- *Naturaleza y Presupuestos Constitucionales de las relaciones especiales de Sujeción*, Madrid, 1994.
- LÓPEZ CACHERO, M.: “Normalización y contratación”, en: V. López-Ibor Mayor (Coord.), *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, Civitas, Madrid, 1997.
- LÓPEZ ESCUDERO, M.: *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1991.
 - “La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario”, *Gaceta Jurídica de la CEE*, Serie D, vol. 19, 1993, pp. 138 y ss.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.: “La potestad reglamentaria de los Ministros (Sentencias del Tribunal Supremo-Sala 3ª de 12 de julio y 15 de octubre de 1982 [Aranzadi 4740 y 5769])”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 39, 1983, pp. 609 a 613.
- LÓPEZ MAÑERO, C.: “Los mecanismos de autorregulación en los medios de comunicación españoles”, en: H. Aznar y F. Aboud Zeid (Coords.), *Deontología y autorregulación informativa: ensayos desde una perspectiva comparada*, Fundación Manuel Buendía/UNESCO/Universidad Iberoamericana, México, 2000.
- LÓPEZ MENUDO, F.: “Arbitraje y Derecho Público”, *Justicia Administrativa*, n.º 2, 1999, pp. 5 y ss.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: “La evolución del régimen jurídico de la libertad de prensa tras la Constitución de 1978”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 34, 1982, pp. 383 a 424.
 - “El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente”, *Revista de Administración Pública*, n.º 124, 1991, pp. 189 a 216.
 - “Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 130, 1993, pp. 97 a 130.
- LOSANO, M. G., PÉREZ LUÑO, A. E. y GUERRERO MATEUS, M. F.: *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- LOWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986. [*Verfassungslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1959, traducción de A. Gallego Anabitarte].

- LOZANO, J. M.: *Ètica i empresa*, Proa, Barcelona, 1997.
- LOZANO, J. R.: *La nueva normativa de los envases y embalajes. Repercusiones para los agentes socioeconómicos y su impacto en el medio ambiente*, Fundación Confemetal, Madrid, 1999.
- LÜBBE-WOLFF, G.: “El principio de cooperación en el Derecho medioambiental. ¿Principio jurídico o encubrimiento del déficit de ejecución?”, *Documentación Administrativa*, n.º 235-236, 1993, pp. 405 a 428.
- LUHMANN, N.: *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981.
 - *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983. [*Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1974, traducción de I. De Otto Pardo].
 - *Fin y racionalidad en los sistemas: sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, Editora Nacional, Madrid, 1983. [*Zweckbegriff und Systemrationalität*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1968, traducción de J. Nicolás Muñiz].
 - *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1990. [traducción del primer capítulo de la obra, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1984, a cargo de S. López Petit y D. Schmitz].
 - *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Alianza, Madrid, 1993. [*Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, G. Olzog, München, 1981, traducción de F. Vallespín].
 - *La ciencia de la sociedad*, Universidad Iberoamericana, México, 1996. [*Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1990, traducción de S. Pappe, B. Erker y L. F. Segura].
 - *Introducción a la teoría de sistemas*, Universidad Iberoamericana, México, 1996. [Reconstrucción, a cargo de Javier Torres Nafarrate, de las lecciones magistrales de “Introducción a la teoría de sistemas”, que impartió Luhmann durante el semestre de invierno de 1992, en la Universidad de Bielefeld, Alemania].
- LUJÁN J. L., y MORENO, L.: “El cambio tecnológico en las ciencias sociales: el estado de la cuestión”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 74, 1996, pp. 127 a 160.
- MADRID, A.: “Algunos interrogantes sobre el fenómeno del voluntariado”, en: AA.VV., *En el límite de los derechos*, EUB, Barcelona, 1996.

- MADRID JUAN, M. “Recomendaciones de la OCDE sobre pagos ilícitos en las transacciones económicas internacionales”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 741, 1995, pp. 47 a 54.
- MAESTRE RODRÍGUEZ, A.: “Planteamiento de la problemática jurídica de los nombres de dominio”, en:
<<http://www.dominiuris.com/problemática/articulo.html>> [última consulta: 28/01/2002]
- MAGIDE HERRERO, M.: *Límites constitucionales a las Administraciones independientes*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000.
- MAILLY, J.: *La normalisation*, Dunod, París, 1946.
- MAJEM, J.: “El derecho como regla de convivencia humana”, en: F. Arasa (Dir.), *La ciencia y la técnica ante la ética y el Derecho*, Fundación Letamendi-Forns, Barcelona, 1988.
- MAJÓ, J.: *Chips, cables y poder*, Planeta, Barcelona, 1997.
- MALAGA TELLO, M. P.: “Industria química española y medio ambiente”, *Boletín Económico del ICE*, n.º 2370, 1993, pp. 1430 a 1434.
- MALARET GARCÍA, E.: “Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales. (Algunas consideraciones en torno a la regulación de productos)”, *Revista de Administración Pública*, n.º 116, 1988, pp. 287 a 339.
 - *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Escola d’Administració Pública de Catalunya/Civitas, Madrid, 1991.
 - “La Comisión Nacional del Mercado de Valores (Una aproximación a su configuración institucional)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 76, 1992, pp. 557 a 597.
 - “Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento”, en: J. Tornos Mas, (Coord.), *Administración Pública y Procedimiento Administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Bosch, Barcelona, 1994.
 - “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, *Revista de Administración Pública*, n.º 145, 1998, pp. 49 a 87.
 - “El Derecho de la Administración Pública: Derecho Público y Derecho Privado; la relevancia de los principios constitucionales”, en: *Derecho*

- Público y Derecho privado en la actuación de la Administración Pública*, Institut d'Estudis Autònoms/Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999
- MALIANDI, R. : “Axiología y fenomenología”, en: V. Camps, O. Guariglia, y F. Salmerón (Eds.), *Concepciones de la ética*, Trotta, Madrid, 1992.
 - MARBURGER, P.: *Die Regeln der Technik im Recht*, Heymann, Köln/Bern/München, 1979.
 - MARESCA CABOT, J. C.: “El arbitraje en Derecho Administrativo”, *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona*, n.º 5, 1994, pp. 57 y ss.
 - “El arbitraje en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común”, *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona*, n.º 6, 1995, pp. 25 y ss.
 - MARIENHOFF, M. S.: *Tratado de derecho administrativo*, Tomo III-B, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
 - MARINA, J. A.: “La indecencia del poder”, en: E. Bonete Perales (Coord.), *Ética de la comunicación audiovisual*, Tecnos, Madrid, 1999.
 - MARSH, D. (Ed.): *Comparing Policy Networks*, Open University Press, Buckingham/Philadelphia, 1998.
 - MARTÍN HERRERO, J. A.: “Comportamiento profesional y ética en el trabajo de campo”, *Demófilo. Revista de cultura tradicional de Andalucía*, n.º 33-34, 2000, pp. 297 a 317.
 - MARTÍN MATEO, R.: “La sustantividad del Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 53, t. III, 1967, pp. 35 a 71.
 - *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987.
 - *La liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración*, Trivium, Madrid, 1988.
 - *Tratado de Derecho ambiental*, vol. I, Trivium, Madrid, 1991.
 - “La ecoauditoría”, *Boletín de Estudios Económicos*, n.º 150, 1993, pp. 489 a 502.
 - *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Trivium, Madrid, 1994.
 - MARTÍN MATEO, R., y ROSA MORENO, J.: *Nuevo ordenamiento de la Basura*, Trivium, Madrid, 1998.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de “Daseinsvorsorge””, *Revista de Administración Pública*, n.º 38, 1962, reimpresión 1972, pp. 35 a 65.
 - “Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades”, *Revista de Administración Pública*, n.º 130, 1993, pp. 23 a 96.
 - (Coord.): *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Unión Profesional, Civitas, Madrid, 1996.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “Esbozo histórico sobre la libertad de comercio y la libertad de industria”, *Libro homenaje al profesor J. L. Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.
 - (Dir.): *Derecho Administrativo Económico*, 4 vols., La Ley, Madrid, 1988-1991.
 - “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *Revista de Administración Pública*, n.º 144, 1997, pp. 7 a 43.
- MARTÍNEZ ALBERTOS, J. L.: *La información en una sociedad industrial. Función social de los “mass-media” en un universo democrático*, Tecnos, Madrid, 1972.
- MARTÍNEZ DE ANTOÑANA, R., y AUGUSTO LANDA, J. M.: “Reflexiones sobre ética y Trabajo social”, *Revista de Trabajo Social*, n.º 146, 1997, pp. 88 a 93.
- MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ, J. L.: “El concepto de Administración Pública en la Ley de lo Contencioso tras la Constitución de 1978”, *Revista de Administración Pública*, n.º 96, 1981.
- MARTÍNEZ DEL VAL, J. M.: *Ética en la abogacía*, Bosch, Barcelona, 1996.
 - “Libertad de empresa”, en: O. Alzaga Villaamil (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1988.
- MATEO TEJEDOR, M.: *La actividad arbitral de la Administración en el transporte terrestre*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1998.
- MATERA, A.: *El Mercado Único Europeo. Sus reglas de funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991.
- MATTELART, A. y PALMER, M.: “Desregulación, autorregulación y espacio público. El nuevo papel de la publicidad”, *Telos*, n.º 23, 1990, pp. 58 a 78.
- MAURER, H.: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11ªed., C. H. Beck, München, 1997.

- MAYNTZ, R.: *Sociología de la Administración pública*, Alianza, Madrid, 1985. [Soziologie der öffentlichen Verwaltung, Müller, Heidelberg, 1978, traducción de J. Almaraz].
 - *Steuerung, Steuerunsakteure und Steuerungsinstrumente*, Univ. Siegen, 1986.
 - “Nuevos desafíos de la teoría de la *Governance*”, *Instituciones y Desarrollo*, n.º 7, 2000, pp. 35 a 52.
- MAYNTZ, R. y SCHARPF, F. W. (Hrsg.): *Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung*, Campus Verlag, Frankfurt am Main/New York, 1995.
- MEILÁN GIL, J. L.: “Ética pública e formación de funcionarios”, *Revista Gallega de Administración Pública*, n.º 7, 1994, pp. 223 a 229.
- MÉJICA, J. (Coord.): *Bioética práctica. Legislación y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2000.
- MELLE HERNÁNDEZ, M.: *Fundamentos teóricos del gobierno de las empresas. Una aplicación a las empresas españolas (1991-96)*, Fundación de Cajas de Ahorro Confederadas para la Investigación Económica y Social, Documento de Trabajo n.º 145/1998, Madrid, 1998.
- MERKL, A. J.: *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editora Nacional, México, 1980. [Allgemeines Verwaltungsrecht, Springer, Berlin, 1927].
- MESSENBURG, P. y TARRÉS VIVES, M.: “La Ley alemana de protección contra las inmisiones y las perspectivas de transposición de la Directiva 96/61/CE al ordenamiento jurídico alemán”, *Revista de Derecho Ambiental*, n.º 23, 2000, pp. 111 a 132.
- MILLÁN MORO, L.: *La armonización de legislaciones en la CEE*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- MOLES PLAZA, R. J.: *Derecho y calidad. El régimen jurídico de la normalización técnica*, Ariel, Barcelona, 2001.
- MOLLEVÍ BORTOLÓ, J.: *Voluntariado y Servicios Sociales*, Atelier, Barcelona, 2001.
- MONDELO, G.: *Principe de précaution et industrie*, L'Harmattan, París, 1998.
- MONTALVO SANTAMARÍA, A.: “La prevención del blanqueo de capitales de origen delictivo”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 741, 1995, pp. 84 a 94.

- MONTERO AROCA, J. (Dir.): *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Civitas, Madrid, 1990.
- MONTÓN REDONDO, A., “El proceso de la Ley General de Publicidad”, *La Ley*, n.º 2175, pp. 1046 a 1052.
- MONTORO CHINER, M. J.: *La Funció Pública en el federalisme alemany*, Escola d’Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1986.
 - *Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
 - *L’avaluació de les normes. Racionalitat i eficiència*, Escola d’Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2001.
- MONTOYA MELGAR, A.: “Comentario al artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores: Dirección de la actividad laboral”, *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1985.
 - *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1988.
- MORALES NAVARRO, C.: *La publicidad en Televisión Española. Regulación normativa*, Dykinson, Madrid, 1992.
- MORELL OCAÑA, L.: “El “criterium” de la Administración pública y el Derecho Administrativo contemporáneo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 29, 1981, pp. 253 a 285.
 - *El sistema de confianza política en la función pública*, Civitas, Madrid, 1994.
 - *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Aranzadi, Pamplona, 1999.
 - “Deontología de los quehaceres sanitarios: Códigos de buenas prácticas y “Lex Artis””, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 184, 2000, pp. 95 a 108.
- MORENO MOLINA, A. M.: *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995.
- MORESO, J. J.: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- MORTIMORE, S., y WALLACE, C.: *HACCP. Enfoque práctico*, Editorial Acribia, Zaragoza, 1995.
- MUÑOZ DE BUSTILLO, R.: *Crisis y futuro del Estado de bienestar*, Alianza, Madrid, 1989.

- MUÑOZ MACHADO, S.: “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración”, *Revista de Administración Pública*, n.º 84, 1977, pp. 519 a 535.
 - *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988.
 - *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1993.
 - *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Fundación Universidad Empresa/Civitas, Madrid, 1993.
 - (Coord.): *Derecho europeo del audiovisual*, 2 vols., Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
 - *Servicio público y mercado*, vol. I. *Los fundamentos*, vol. II. *Las Telecomunicaciones*, vol. III. *La Televisión*, vol. IV. *El Sistema eléctrico*, Civitas, Madrid, 1998.
 - *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000.
- MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J. L. Y GONZÁLEZ SEARA, L. (Dir.): *Las estructuras del bienestar. Derecho economía y sociedad en España*, Civitas, Madrid, 1997.
- MUÑOZ MACHADO, S., PAREJO ALFONSO, L., y RUILOBA SANTANA, E.: *La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1983.
- NAUTZ, J., BRIX, E. y LUF, G. (Hrsg): *Das Rechtssystem zwischen Staat und Zivilgesellschaft. Zur Rolle gesellschaftlicher Selbstregulierung und vorstaatlicher Schlichtung*, Passagen Verlag, Wien, 2001.
- NAVAJAS ZUBELDIA, C.: “Cosecheros contra comerciantes. Los antecedentes inmediatos de la creación del Consejo Regulador de la denominación vinícola Rioja”, *Berceo*, n.º 129, 1995, pp. 175 a 187.
- NAVAJO GÓMEZ, P.: “La ayuda humanitaria en el movimiento internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”, *Boletín de Estudios Económicos*, n.º 153, 1999, pp. 525 a 548.
- NEELANKAVIL, J. P. y STRIDSBERG, A.: *Advertising Self-Regulation: a global perspective*, Hastings House, Nueva York, 1980.

- NEVADO-BATALLA MORENO, P. T.: *La intervención administrativa en la industria: seguridad y control*, Comares, Granada, 2000.
- NICKLISCH, F.: “Funktion und Bedeutung technischer Standards in der Rechtsordnung”, *Der Betriebs-Berater*, 1983.
- NICOLAS, F.; y REPUSSARD, J.: *Normas comunes para empresas*, Oficina de Publicaciones oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, 1994.
- NIETO GARCÍA, A.: “Problemas capitales del derecho disciplinario”, *Revista de Administración Pública*, n.º 63, 1970, pp. 39 a 83.
 - *La burocracia. I. El pensamiento burocrático*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.
 - *La organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1988.
 - “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. III, *La Corona. Las Cortes Generales. Del Gobierno y de la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1991.
 - *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1994.
 - *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Ariel, Barcelona, 1996.
- NINO, S.: *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1984.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A.: “Evolución de las técnicas de tutela ambiental en la Unión Europea”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 12, 1998, pp. 61 a 96.
 - *Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.
- NOZICK, R.: *Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1990. [*Anarchy, state, and utopia*, Basic Books, New York, 1974, traducción de R. Tamayo].
- NUÑEZ ENCABO, M.: “Medios de comunicación y sociedad democrática”, *Sistema*, n.º 109, 1992, pp. 37 a 44.
 - “Código europeo de deontología del periodismo (Consejo de Europa)”, en: E. Bonete Perales (Coord.), *Éticas de la información y deontologías del periodismo*, Madrid, Tecnos, 1995.

- NUÑEZ LOZANO, M^a. C: *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001.
- OFFE, C.: *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, Alianza Universidad, Madrid, 1990. [*Contradictions of the Welfare State*, Hutchinson, London, 1984, traducción de A. Escotado].
- OJEDA MARÍN, A.: “Entidades privadas colaboradoras con la Administración en el ámbito técnico”, en *Libro Homenaje al profesor José Antonio García-Trevijano Fos*, Colegio Universitario de Estudios Financieros/Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1982.
- OLIVAS, E. (Coord.): *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991.
- OLIVENCIA RUIZ, M.: “Reglas de conducta de los consejeros y funcionamiento de los Consejos de Administración”, *Anales de la Academia Matritense de Notariado*, Tomo XXXVIII, 1998, pp. 343 a 355.
- OLLERO, A.: *Derecho y sociedad. Dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Editora Nacional, Madrid, 1973.
- ORDAS ALONSO, M.: “Los poderes normativos del Ministerio de Economía y Hacienda y del Banco de España en el ámbito contractual privado”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 30, 1999, pp. 11 a 83.
- ORTEGA, L.: “El Estado como instrumento de la sociedad”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 118-119, 1994, pp. 207 a 217.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., PAREJO ALFONSO, L., y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1990.
- ORTEGA y GASSET, J.: *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*, Revista de Occidente/Alianza, Madrid, 1982.
- ORTS, E. W.: “Reflexive Environmental Law”, *Northwestern University Law Review*, n.º 89, 1995, pp. 1227 y 1341.
- OSSENBÜHL, F.: “Satzung”, en: J. Isensee y P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, Heidelberg, 1988.
- OSSENBÜHL, F. y GALWAS, H. U.: “Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 29, 1970, pp. 137 y ss.

- OST, F.: “L’auto-organisation écologique des entreprises: un jeu sans conflits et sans règles?”, *Revue Interdisciplinaire d’Etudes Juridiques*, n.º 28, 1992, pp. 147 y ss.
- OTERO LASTRES, J. M.: “La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita”, *Actas de Derecho industrial*, n.º 4, 1977, pp. 113 a 128.
- PADRÓS REIG, C.: “Fijación de precios, autorregulación y defensa de la competencia (Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de octubre de 1998, asunto C-38/97, Autotrasporti librandi)”, *Anuario de Derecho de la Competencia 1998*, Madrid, 1999, pp. 303 a 319.
 - *Actividad administrativa y entidades colaboradoras. Especial referencia a su actuación en el Estado autonómico y a las implicaciones económicas de su régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 2001.
- PALACIO GARCÍA NIETO, L.: “Los acuerdos de reconocimiento mutuo: acceso al mercado y camino hacia la aproximación legislativa”, *Boletín Económico de ICE*, n.º 2584, 1998, pp. 31 y ss.
- PARADA VÁZQUEZ, R.: “Las Administraciones independientes”, en: *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. I., Civitas, Madrid, 1994.
 - *Derecho Administrativo I. Parte General. II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, 1992.
- PARDO FALCÓN, J.: “Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 34, 1992, pp. 141 y ss.
- PAREJO ALFONSO, L.: *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983.
 - “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, n.º 218-219, 1989, pp. 15 a 65.
 - *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
 - “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 153, 2000, pp. 217 a 249.

- PARSONS, T.: *Estructura y proceso en las sociedades modernas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966. [*Structure and process in modern societies*, Free Press, Glencoe, 1960, traducción de D. Garzón y Garzón].
- PAVÓN GUERRERO, R.: “La normalización en España y en el mundo”, *Economía Industrial*, n.º 247, 1986, pp. 53 a 61.
- PELKMANS, J.: “The new approach to technical harmonization and standardization”, *Journal of Common Market Studies*, n.º 25, 1987, pp. 249 y ss.
- PENNEAU, A.: *Règles de l'art et normes techniques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1989.
- PERDIGÓ SOLÁ, J.: “Los envases y el servicio municipal de recogida y tratamiento de residuos”, *Revista de la Administración Local y Autonómica*, n.º 277, 1998, pp. 78 y ss.
- PÉREZ-AGOTE POVEDA, A.: “Globalización, crisis del Estado y anomia. La teoría social visita Europa”, en: R. Ramos Torre y F. García Selgas (Eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, Centro de Investigaciones Sociales, Madrid, 1999.
- PÉREZ DÍAZ, V.: *La primacía de la sociedad civil*, Alianza, Madrid, 1993.
- PÉREZ LUÑO, A.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986.
 - *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*, Fundesco, Madrid, 1987.
 - “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”, en: M. G. Losano, A. E. Pérez Luño y M. F. Guerrero Mateus, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Colección Cuadernos y Debates, n.º 21, 1989.
 - “La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales”, en: E. Olivas (Coord.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991.
 - “Internet y Derecho”, *Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, n.º 20-21, 1998.
- PÉREZ ROYO, J.: “Crisis del Estado social: un falso debate”, en: J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera (Eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988.
- PÉREZ YRUELA, M.: “Corporatismo y Estado del bienestar”, en: S. Giner y S. Sarasa (Eds.), *Buen gobierno y política social*, Ariel, Ciencia Política, Barcelona, 1997.

- PERNAU, J.: “Código deontológico de los periodistas de Cataluña”, en: E. Bonete Perales (Coord.), *Éticas de la información y deontologías del periodismo*, Madrid, Tecnos, 1995.
- PESO NAVARRO, E.; y RAMOS GONZÁLEZ, M. A.: *LORTAD. Análisis de la Ley*, Díaz de Santos, Madrid, 1998.
- PIERRE, J. y PETERS, B. G.: *Governance, Politics and the State*, MacMillan Press, London, 2000.
- PITT, H. K., y GROSKAUFMANIS, K. A.: “Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability: A Second Look at Corporate Codes of Conduct”, *Georgetown Law Journal*, vol. 78, 1990, pp. 1559 a 1654.
- POMED SÁNCHEZ, L. A.: “Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes”, *Revista de Administración Pública*, n.º 132, 1993, pp. 117 a 169.
- PONCE SOLÉ, J.: “Prevención, precaución y actividad autorizatoria en el ámbito del medio ambiente. A propósito de los regímenes de autorización ambiental, licencia ambiental y comunicación previa de la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 183, 2001, p. 147 a 192.
 - *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- PORRAS NADALES, A. J.: *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, PPU, Barcelona, 1988.
 - “Derecho constitucional y evolucionismo jurídico”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 87, 1995, pp. 107 a 139.
- PÓVEDA GÓMEZ, P.: *Envases y residuos de envases: nueva legislación: comentarios a la Ley 11/1997, de 24 de abril*, Exlibris, Madrid, 1997.
- PRATS CATALÀ J.: *Régimen disciplinario laboral y funcional en las Administraciones públicas*, Papers ESADE n.º 133, 1995.
 - “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”, *Documentación Administrativa*, n.º 241-242, 1995, pp. 11 a 59.

- “Derecho y management en las Administraciones Públicas. (Notas sobre la crisis y la renovación de los respectivos paradigmas)”, *Reforma y Democracia*, n.º 3, 1995.
- *La Reforma de los Legislativos en América Latina. Un enfoque institucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- “Gobernabilidad democrática para el desarrollo humano. Marco Conceptual y Analítico”, *Instituciones y Desarrollo*, n.º 10, 2001, pp. 103 y ss.
- PRATS, J., y COMPANY, J.: “La construcción institucional de las capacidades reguladoras. Un tema clave en la nueva agenda de desarrollo”, *Instituciones y Desarrollo*, n.º 1, 1998, pp. 59 a 103.
-
- PREUSS, U.: “La crisis del mercado de trabajo y consecuencias para el Estado social”, en: J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera (Eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988.
- PREVIDI, E., y McMILLAN, J.: “Reglamentos técnicos, normalización y certificación en la Comunidad Europea”, *Economía Industrial*, n.º 247, 1986, pp. 63 a 72.
- PRIETO, J. A.: “Código de la Federación Internacional de Periodistas”, en: E. Bonete Perales (Coord.), *Éticas de la información y deontologías del periodismo*, Madrid, Tecnos, 1995.
- PUIG-DURÁN FRESCO, J.: *Ingeniería, autocontrol y auditoría de la higiene en la industria alimentaria*, Mundi Prensa, Madrid, 1999.
- PUIG FERRIOL, L.: *Manual de Derecho civil I*, Marcial Pons, Barcelona, 1995.
- QUADRA-SALCEDO, T.: *El servicio público de la televisión*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.
- RALLO LOMBARTE, A.: *Pluralismo informativo y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- RAMALLO GARCÍA, L.: “El significado del código de buen gobierno de las sociedades que captan fondos del público”, *Dirección y Progreso*, n.º 159, 1998, pp. 9 a 16.
- RAMOS TORRE, R.: “Prometeo y las flores del mal: el problema del riesgo en la sociología contemporánea”, en: R. Ramos Torre y F. García Selgas (Eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, Centro de Investigaciones Sociales, Madrid, 1999.

- RAMOS TORRE, R. y GARCÍA SELGAS, F. (Eds.): *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, Centro de Investigaciones Sociales, Madrid, 1999.
- RAWLS, J.: *Teoría de la justicia*, CE, México, 1979. [A *Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1971, traducción de M. D. González].
- REBOLLO PUIG, M.: “La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales”, *Revista de Administración Pública*, n.º 115, 1988, pp. 99 a 166.
 - *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1989.
 - “Juricidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”, *Revista de Administración Pública*, n.º 125, 1991, pp. 7 a 170.
 - “La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 54, 1999, pp. 247 a 282.
- REBOLLO PUIG, M., FALCÓN TELLA, R., y LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y régimen jurídico de las cofradías de pescadores*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996.
- REBOLLO PUIG, M., y IZQUIERDO CARRASCO, M.: *Manual de la inspección de consumo (Con especial referencia a la inspección local)*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1998.
 - “Responsabilidad por infracciones administrativas de los intervinientes en la puesta en el mercado de bienes y servicios a disposición del consumidor y usuario final”, *Estudios sobre Consumo*, n.º 56, 2001, pp. 69 a 98.
- REBOLLO VARGAS, R.: *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: Libertad de expresión e información y límites penales*, PPU, Barcelona, 1992.
- REICH, N.: “Formas de socialización de la economía reflexiones sobre el postmodernismo en la teoría jurídica”, en: J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera (Eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988.
- RENARD, G.: “La collaboration des administrés”, *Revue Générale de Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et a l'Étranger*, 1930, pp. 280 a 290.
- REY, J. J.: *Institutions Economiques Internationales*, Bruylant, Bruxelles, 1988.

- RHODES, R. A. W.: *Underestanding Governance. Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability*, Open University Press, Buckingham, 1997.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 36/1988, de 5 de diciembre)*, en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Tecnos, Madrid, 1991.
- RIVERO ORTEGA, R.: *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 2000.
- RIVERO YSERN, E.: “Administración y jurisdicción: La Junta Central de publicidad y el Jurado Central de publicidad”, *Revista de Administración Pública*, n.º 84, 1977, pp. 589 a 594.
- ROBLES, E., y DE ANDRÉS, C.: “De la internacionalización a la globalización de la ciencia y la tecnología”, *Economía Industrial*, n.º 281, 1991, pp. 87 a 91.
- ROCA MARTÍNEZ, J. M.: *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Bosch, Barcelona, 1992.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *Principios de ética pública. ¿Corrupción o servicio?*, Montecorvo, Madrid, 1993.
 - (Coord.): *Ética pública e formación de funcionarios. Relatorios do V Seminario europeo de centros de formación de persoal de entidades territoriais, realizado en abril de 1993 na Escola Galega de Administración Pública*, Escuela Gallega de Administración Pública/Junta de Galicia, Santiago de Compostela, 1993.
 - *Ética institucional. Mercado “versus” Función Pública*, Dykinson, Madrid, 1996.
 - *Nuevas claves del Estado del Bienestar (Hacia la Sociedad del Bienestar)*, Temas Básicos de Derecho Administrativo, Comares, Granada, 1999.
 - *La dimensión ética*, Dykinson, Madrid, 2001.
- RODRÍGUEZ CABRERO, G., y MONTSERRAT, J.: *Las entidades voluntarias en España*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1996.
- RODRÍGUEZ FONT, M.: *El régimen de comunicación en la Ley de intervención integral de la Administración ambiental de Cataluña (Ley 3/1998, de 27 de febrero)*, Trabajo de investigación inédito, 2002.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: *El control de los medios de comunicación*, Dykinson, Madrid, 1998.

- RODRÍGUEZ PONTÓN, F.: “La participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos y la reserva de ley: algunas consideraciones”, *Autonomías. Revista Catalana de Derecho público*, n.º 21, 1996, pp. 255 a 280.
 - *Discrecionalidad y Derecho Administrativo sancionador. Fundamentos y límites de la oportunidad del ejercicio de la acción administrativa sancionador*, Tesis doctoral inédita, 2002.
- ROMÁN SÁNCHEZ, J. M.: “La incidencia de la televisión y las nuevas pantallas en la dinámica familiar”, *Infancia y Sociedad*, n.º 30, 1995, pp. 172 a 185.
- ROMANO, S.: *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963. [*L'Ordinamento giuridico*, Sansoni, 1946, traducción y estudio preliminar de S. Martín-Retortillo Baquer].
 - *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964. [*Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, traducción de S. Sentía Melendo y M. Ayerra Redín].
- ROSA MORENO, J.: *El arbitraje administrativo*, Mc-Graw Hill, Universidad de Alicante, Madrid, 1998.
- RUIZ ALONSO, F. “Globalización y gobernabilidad”, *Sociedad y Utopía*, n.º 12, 1998, pp. 191 a 218.
- RUIZ-GIMÉNEZ, J.: *Dialèctica de la llibertat de comunicació i el respecte a la intimitat*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1991.
- RUIZ VADILLO, J.: “Naturaleza y efectos de los principios generales jurídicos de la publicidad en el Estatuto de 11 de junio de 1964”, en: *Estudios de Derecho Civil en honor al Profesor Castán Tobeñas*, t. III, Pamplona, 1969.
- RUSS-MOHL, S.: *Regulating Self-Regulation: The Neglected Cas of Journalism Policies*, European University Institute, Badia Fiesolana, San Domenico, 1992.
- SAAVEDRA, M.: *Libertad de expresión en el Estado de derecho. Entre la utopía y la realidad*, Ariel, Barcelona, 1987.
 - “La ética televisiva y los derechos del público”, *Claves de Razón Práctica*, n.º 44, 1994, pp. 42 a 49.
- SABATER TOBELLA, J., y VILUMARA TORRALLARDONA, A.: *Buenas practicas de laboratorio (BPL)*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1988.
- SAINZ MORENO, F.: “La regulación legal de la televisión privada en la jurisprudencia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 2, 1981, pp. 159 y ss.

- “Ejercicio privado de las funciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, t. II, 1983, pp. 1699 a 1783.
- SALA ARQUER, J. M.: “El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 42, 1984, pp. 401 a 422.
 - “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 75, 1992, pp. 339 a 413.
- SALA ARQUER, J. M., y BELLO PAREDES, S. A.: “Los dominios de segundo nivel en Internet: una aproximación desde el Derecho Público”, *Derecho sobre Internet*, Banco de Santander Hispano, en:
<<http://derechosobreinternet.com>> [última consulta: 17/4/2002].
- SALAS, J.: “El régimen de acción concertada”, *Revista de Administración Pública*, n.º 56, 1968, pp. 435 y ss.
- SALGADO DE LA TORRE, R.: “La normativa de la edificación”, *Arquitectos*, n.º 143, 1997, pp. 43 a 47.
- SALINAS ADELANTADO, C.: “Desregulación y neoregulación en el mercado de valores”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 224, 1997, pp. 709 a 773.
- SALVADOR CODERCH, P. (Coord.): *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ, M. A.: “Ética, organización y formación”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 77-78, 1997, pp. 185 a 196.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *Los medios de comunicación y los sistemas democráticos*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, J.: “Tecnología y sociedad de masas (La trayectoria histórica más reciente)”, *Sociedad y Utopía*, n.º 9, 1997.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: “La corrupción y los problemas de control de las Administraciones públicas”, en: F. J. Laporta y S. Álvarez (Eds.): *La corrupción política*, Alianza, Madrid, 1977.
 - *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
 - “Participación, neocorporativismo y Administración económica”, en: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3953 a 3977.
 - *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 1996.

- SÁNCHEZ SÁEZ, A.: “El nuevo Derecho Ambiental: cambios y posibilidades de futuro en torno a las técnicas convencionales”, *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, n.º 2, 1998, en:
<<http://www.cica.es/aliens/gimadus/sanchezsaez.html>>[última consulta 19/10/2000]
- SANZ PÉREZ, D.: “Algunas notas sobre los acuerdos ambientales como instrumentos de gestión ambiental”, *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, 1999.
 - *La Administración Local y la protección de la atmósfera. La intervención a través de instrumentos de control preventivo*, Cedecs, Barcelona, 1999.
- SANTAELLA, M.: *El nuevo derecho de la publicidad*, Civitas, Madrid, 1989.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- SAUER, D. (Hrsg.): *Paradoxien der Innovation: Perspektiven sozialwissenschaftlicher Innovationsforschung*, Campus-Verl, Frankfurt am Main, 1999.
- SCHMIDT-ASSMANN, E.: “Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung”, en: P. Salmer y I. von Münch (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1987.
 - “La legitimación de la Administración como concepto jurídico”, *Documentación Administrativa*, n.º 234, 1993, pp. 172 y ss.
 - (Hrsg.): *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, Nomos-Verl.-Ges., Baden-Baden, 1997.
 - “Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher Systembildung”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, pp. 247 a 269.
- SCHMIDT-PREUSS, M.: “Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung un staatlicher Steuerung”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 56, 1997, pp. 160 a 234.
- SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1983. [*Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1928, traducción de F. Ayala].
- SCHMITZ, B.: “Advertising and Commercial Communications-Towards a Coherent and Effective EC Policy”, *Journal of Consumer Policy*, n.º 16, 1993, pp. 387 y ss.
- SCHOTTHÖFER, P. (Hrsg.): *Handbuch des Werberechts in den EG-Staaten, Österreich, Schweiz und USA*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1991.

- SCHRICKER, G.: “Situación actual y evolución del Derecho de la Publicidad en la República Federal de Alemania”, en *Problemas Actuales del Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1984.
- SCHULE, M.: “Actuación administrativa informal como instrumento de protección estatal del medio ambiente y de la salud”, *Documentación Administrativa*, n.º 235-236, 1993, pp. 113 y ss.
- SCHULER-HARMS, M.: “Regulierte Selbstregulierung im Polizei- und Versammlungsrecht”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, pp. 153 a 174.
- SCHULZ, W.: “Regulierte Selbstregulierung im Telekommunikationsrecht. Die informationale Beteiligung Dritter bei der Regelsetzung des Regulierers in Deutschland und der Vereinigten Staaten”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, pp. 92 a 121.
- SCHULZE-FIELITZ, H.: “¿Informalidad o ilegalidad de la actuación administrativa?”, *Documentación Administrativa*, n.º 235-236, 1993, pp. 89 y ss.
 - “Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, Heft 12, 1994, pp. 657 a 667.
- SCHUPPERT, G. F. (Hrsg.): *Jenseits von Privatisierung und “schlankem” Staat. Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor*, Nomos Verl.-Ges., Baden-Baden, 1999.
 - “Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, pp. 232 a 245.
- SEIDEL, A.: *Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2000.
- SERRANO GÓMEZ, C.: *El etiquetado ecológico*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, Madrid, 1995.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001.
- SMITH, A.: *La riqueza de las Naciones*, Alianza, Madrid, 1995. [*The Wealth of Nations*, London, 1904, traducción de C. Rodríguez].
- SOLÀ, A.: “Governança i governabilitat: una proposta terminològica”, *Revista de Llengua i Dret*, n.º 35, 2001, pp. 9 a 30.

- SOLÉ I FELIU, J.: *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- SORIA, E.: “Perspectiva ética de la información publicitaria”, en: E. Bonete Perales (Coord.), *Ética de la comunicación audiovisual*, Tecnos, Madrid, 1999.
- SORIANO GARCÍA, J. E.: *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993.
- SOSA WAGNER, F.: *La construcción del Estado y del Derecho Administrativo. Ideario jurídico-político de Posada Herrera*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001.
- SOUVIRÓN MORENILLA, J. M^a: *Derecho público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión*, Comares, Granada, 1999.
- STAHLSCHMIDT, R.: “Der Ausbau der technisch-wissenschaftlichen Gemeinschaftsarbeit, 1918 bis 1933”, en: K. H. Ludwig (Hrsg.): *Technik, Ingenieure und Gesellschaft*, Düsseldorf, 1981.
- STARK, C.: “Systemsteuerung und Gesellschaftsteuerung. Zur modernen Beschränkung des Politischen”, *Berliner Journal für Soziologie*, Band 8, Heft 2, 1998, pp. 181 a 200.
- STEWART, D. W.; y SPRINTHALL, N. A. y SHAFER, D.: “Moral Development in Public Administration”, en: T. L. Cooper (Ed.): *Handbook of Administrative Ethics*, Marcel Dekler, Nueva York, 2001.
- STOLLEIS, M.: “Las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho administrativo en la era industrial”, *Documentación Administrativa*, n.º 234, 1993, pp. 3 a 17.
- SUAREZ VILLEGAS, C. (Ed.): *Medios de comunicación y autocontrol. Entre la ética y el derecho*, Mad, Sevilla, 1998.
- SUAREZ, C., GARCÍA, M., LUKE, R., y LANDAZURS, B.: “Código deontológico en psicología del trabajo y de las organizaciones”, *Papeles del Psicólogo*, n.º 57, 1993, pp. 44 a 46.
- SUAY RINCÓN, J.: *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.
- TAMAMES, R.: *Introducción a la Economía internacional*, Alianza, Madrid, 1983.
- TARRÉS VIVES, M.: “Los sujetos privados en la gestión y auditoría medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la *Umweltauditgesetz* alemana”, *Revista de Administración Pública*, n.º 145, 1998, pp. 503 a 542.

- “Las nuevas referencias en el derecho industrial: acreditación y normalización”, *Autonomías. Revista Catalana de Derecho Público*, n.º 26, 2000, pp. 113 a 147.
- *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Tesis doctoral inédita 2002.
- TATO PLAZA, A.: “El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España”, *Actas de Derecho Industrial*, n.º 18, 1997, pp. 161 a 185.
- TEMPLIER, L.: “L’autodiscipline envisagée”, *L’avenir de la publicité et le droit*, Librairies Techniques, Montpellier, 1976.
- TERMES CARRERÓ, R.: “Ética y mundo de los negocios”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 73, 1996, pp. 285 a 308.
- TERRICABRAS, J. M. (Ed.): *Diccionario de Filosofía Ferrater Mora*, t. II (E-J), Ariel, Barcelona, 1994.
- TEUBNER, G.: “Reflexives Recht”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n.º 13, 1982.
 - *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989.
 - “Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno”, en: P. Bourdieu y G. Teubner, *La fuerza del Derecho*, Siglo del Hombre Editores/ Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes/Ediciones Uniandes/Instituto Pensar, Santafé de Bogotá, 2000.
- TEUBNER, G., y WILLKE, H.: “Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, n.º 5, 1984, pp. 5 a 35.
- THIEBAUT, C.: “Neoaristotelismos contemporáneos”, en: V. Camps, O. Guariglia, y F. Salmerón (Eds.), *Concepciones de la ética*, Trotta, Madrid, 1992.
- TIMSIT, G.: “Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation”, *Revue Française d’Administration Publique*, n.º 78, 1996, pp. 375 a 394.
- TORNOS MAS, J.: “La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Administración Pública*, n.º 101-102, 1983, pp. 471 a 505.
 - “El arbitraje en el Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura jurídica”, *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona*, n.º 6, 1995, pp. 11 y ss.

- *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Consell de l'Audiovisual de Catalunya/Marcial Pons, Madrid/ Barcelona, 1999.
- “Los organismos reguladores de lo audiovisual”, en: *El régimen jurídico del audiovisual*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.
- “La simplificación procedimental en el ordenamiento español”, *Revista de Administración Pública*, n.º 151, 2000, pp. 60 y ss.
- TOSCANO FRANCA FILHO, M.: “Integración regional y globalización de la economía: las dos caras del nuevo orden mundial”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 100, 1998, pp. 101 a 122.
- TOVAR HERNÁNDEZ, F.: *Legislación alimentaria. Códigos nacional e internacional en los alimentos; inspección y control*, Madrid, 1984.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
 - “El arbitraje en el Derecho Administrativo tras la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: Nuevas perspectivas”, en: M. Sánchez Morón, J. M. Trayter y A. Sánchez Blanco, *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1995.
- TRIEPEL, H.: *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht. Eine kritische Studie*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, Berlín, 1942.
- TRUTE, H. H.: “Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1996, pp. 950 a 964.
- TURNER, J. S.: *El festín químico*, DOPESA, Barcelona, 1973.
- URIARTE RICOTE, M. y URKOLA IRIARTE, J.: “Acerca del V programa comunitario de acción en materia ambiental”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 37, 1994, pp. 335 a 356.
- VALVERDE, J. L., PIQUERAS GARCÍA, J. y CABEZAS LÓPEZ, M. D.: “La “nouvelle approche” en matière de santé des consommateurs et sécurité alimentaire: la nécessité d’une agence européenne de sécurité des aliments”, *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 4, 1997, pp. 31 y ss.

- VAN DEL BULCKE, D.: “Países en vías de desarrollo y empresas multinacionales. ¿Hacia una era de desregulación?”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 662, 1988, pp. 101 a 115.
- VAQUER CABALLERÍA, M.: “Las relaciones entre Administración Pública y Tercer Sector, a propósito de la asistencia social en Italia”, *Revista de Administración Pública*, n.º 152, 2000, pp. 289 a 338.
- VARELA, S.: “Constitución, monopolio público y televisión”, *Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED*, n.º 6, 1980, pp. 54 y ss.
- VARGAS MACHUCA, R.: Voz “ética”, en: S. Giner, S. Lamo de Espinosa y C. Torres (Eds.): *Diccionario de Sociología*, Alianza, Madrid, 1998.
- VASCONCELOS ALBUQUERQUE SOUSA, N. J.: *La función pública como relación especial de Derecho Administrativo*, Almeida & Leitaó, Porto, 2000.
- VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, F.: *Fundamentos de ética informativa*, Forja, Madrid, 1983.
- VELARDE, J. L., y ARREBOLA NACLE, P.: *Estudios de ética farmacéutica*, Doce Calles, Madrid, 1999.
- VICENTE DOMINGO, E.: “Responsabilidad por producto defectuoso, responsabilidad objetiva, riesgos del desarrollo y valoración de daños”, *La Ley*, n.º 5034, 2000, pp. 3 y ss.
- VIDAL, M. A., y CLEMENTE, M.: “El pensamiento social único en la aldea global”, *Sociedad y Utopía*, n.º 12, 1998, pp. 231 a 243.
- VILLAR PALASÍ, J. L.: “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 3, 1950, pp. 53 a 129.
 - Voz “Concesiones administrativas”, *Nueva Enciclopedia Jurídica F. Seix Editor*, t. IV, Barcelona, 1958, pp. 684 a 770.
 - *La intervención administrativa en la industria*, t. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.
 - “Tipología y Derecho Estatutario de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas”, en: *Administración Institucional. Libro Homenaje al profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994.
 - “Implicaciones jurídicas de Internet”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n.º 28, 1998.

- “La prospectiva del Derecho administrativo”, en: *XI Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Barcelona-Girona, 26, 27 y 28 de septiembre de 1996*, Cedecs, Barcelona, 1998.
- VILLAR PALASÍ, J. L., y VILLAR EZCURRA, J. L.: *Principios de Derecho Administrativo*, 2 vols., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992-1993.
- VILLAR ROJAS, F. J.: *Privatización de Servicios Públicos*, Tecnos/Universidad de La Laguna, Madrid, 1993.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995.
- VILLORIA MENDIETA, M.: *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*, Tecnos, Madrid, 2000.
- VOSSKUHLE, A.: ““Regulierte Selbstregulierung”- Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs”, *Die Verwaltung*, n.º 4, 2000, pp. 197 a 218.
- WADE, S.: “Les instruments d’autoréglementation en matière de protection des mineurs en Italia”, en: S. Muñoz Machado (Coord.), *Derecho europeo del audiovisual*, vol. II, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- WAELBROECK, D.: “L’harmonisation des règles et normes techniques dans la CEE”, *Cahiers de Droit Européen*, 1988, pp. 243 y ss.
- WEBER, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1964. [*Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der Verstehenden Soziologie*], Mohr Siebeck, Tübingen, 1956, traducción de J. Medina Echavarría].
 - ¿*Qué es la burocracia?*, Leviatan, Buenos Aires, 1985. [*Was ist die Bürokratie?*, traducción de R. Arar] .
- WEBER, W.: *Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart*, Göttingen, 1967.
- WEIL, P.: *Le droit administratif*, PUF, París, 1964.
- WILKE, H.: *Ironie des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992.
- WOLF, H. J.; BACHOF, O., y STOBBER, R.: *Verwaltungsrecht*, t. II, 5ª ed., C. H. Beck, München, 1987.
- WOLFE, A.: “La crisis de legitimidad del Estado”, en: *Los límites de la legitimidad*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1987.
- WÜRTENBERGEER: “Aceptación a través del procedimiento administrativo”, *Documentación Administrativa*, n.º 235-236, 1993, pp. 318 y ss.

Bibliografía

- YODER, D. E. y DENHARDT, K. G.: “Ethics Education in Public Administration an Affairs: Preparing Graduates for Workplace Moral Dilemmas”, en: T. L. Cooper (Ed.), *Handbook of Administrative Ethics*, Marcel Dekler, Nueva York, 2001.
- ZORZI, N.: “Autodisciplina pubblicitaria”, *Contrato e impresa*, vol. II, 1985, pp. 549 a 649.

ANEXOS

DOCUMENTOS DE AUTORREGULACIÓN:

- *Buenas Prácticas agrícolas y medio ambiente*, Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1993.
- “Buenas practicas agrícolas y medio ambiente. El control de las malas hierbas”, Ministerio de Agricultura Pesca y Alimentación, *Hojas divulgadoras* n.º 6, 1992.
- *Las buenas practicas de laboratorio en la industria quimico-farmaceutica*, Centro de Investigación y Desarrollo Aplicado, S.A.L. y Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1987.
- *Las buenas prácticas medioambientales*, Generalitat Valenciana, Conselleria de Medio Ambiente, 1998.
- *Código de Buenas Prácticas Agrarias*, Dirección General de Agricultura y Alimentación de la Comunidad de Madrid y Rural 2000.
- *Código de Buenas Prácticas Agrarias de Navarra*, Departamento de Agricultura, Ganadería y Alimentación del Gobierno de Navarra, 1997.
- *Código de buen gobierno de los Consejos de Administración de las sociedades*, [“Código ético de los Consejos de Administración (Informe Olivencia)”, *Partida Doble. Revista de Contabilidad, Auditoría y Empresa*, nº94, 1998, p. 76; “El Gobierno de las Sociedades”, *Información Comercial Española. Revista de Economía*, nº769, 1998, p. 113; “El Gobierno de las sociedades. Comisión especial para el estudio de un código ético de los Consejos de Administración de las sociedades”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº228, 1998, p. 733].
- *Códigos de conducta empresarial*, Acción Social Empresarial, Madrid, 1993.
- *Guía de buenas prácticas ambientales en instalaciones turísticas. Sistema de gestión medioambiental*, Ecotur, Gobierno Balear, 1997.
- *Guía de buenas prácticas ambientales en instalaciones hoteleras. La energía eléctrica*, Ecotur, Gobierno Balear, 1997.
- *Manual de buenas prácticas para la utilización de equipos informáticos de forma energéticamente eficiente*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1996.

- *Manual de Minimización de Residuos y Emisiones Industriales*, vol. I., *Plan de Minimización*, vol. II, *Auditorías Orientadas a la Minimización*, vol. III., *Buenas Prácticas*, Institut Idefons Cerdà, Barcelona, 1992.
- *Manual Media (Minimización Económica del Impacto Ambiental)*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 1993.

JURISPRUDENCIA:

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- STC 6/1981, de 16 de marzo.
- STC 12/1982, de 31 de marzo.
- STC 19/1982, de 5 de mayo.
- STC 35/1982, de 14 de junio.
- STC 86/1982, de 23 de diciembre.
- STC 103/1983, de 22 de noviembre.
- STC 45/1985, de 20 de febrero.
- STC 104/1986, de 17 de julio.
- STC 159/1986, de 12 de diciembre.
- STC 168/1986, de 22 de diciembre.
- STC 165/1987, de 27 de octubre.
- STC 167/1987, de 27 de octubre.
- STC 6/1988, de 21 de enero.
- STC 107/1988, de 8 de junio.
- STC 218/1988, de 21 de noviembre.
- STC 141/1990, de 20 de septiembre.
- STC 171/1990, de 5 de noviembre.
- STC 40/1992, de 30 de marzo.
- STC 85/1992, de 8 de junio.
- STC 93/1992, de 11 de junio.
- STC 223/1992, de 14 de diciembre.
- STC 240/1992, de 21 de diciembre.
- STC 225/1993, de 8 de julio.

- STC 96/1994, de 21 de marzo.
- STC 127/1994, de 5 de mayo.
- STC 155/1996, de 9 de octubre.
- STC 50/1999, de 6 de abril.
- STC 104/1999, de 14 de junio.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

- STS de 25 de marzo de 1974 (RJ 1974/1533)
- STS de 29 de enero de 1982 (RJ 1982/237).
- STS de 11 de octubre de 1983 (RJ 1983/4876).
- STS de 2 de febrero de 1988 (RJ 1988/563).
- STS de 29 de marzo de 1990 (RJ 1990/2369).
- STS de 2 de julio de 1990 (RJ 1990/6046).
- STS de 4 de junio de 1991 (RJ 1991/4925).
- STS de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992/2283).
- STS de 18 de junio de 1992 (RJ 5961).
- STS de 23 de mayo de 1996 (RJ 1996/4700).
- STS de 13 de junio de 1996 (RJ 1996/4761)
- STS de 30 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9801).
- STS de 30 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9802).
- STS de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9803).
- STS de 20 de enero de 1997 (RJ 1997/535).
- STS de 22 de octubre de 1997 (RJ 1997/7542).
- STS de 18 de abril de 1998 (RJ 1998/2984).
- STS de 21 de julio de 1998 (RJ 1998/7059).
- STS, de 16 de octubre de 1998 (RJ 1998/7564).
- STS de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10165).
- STS de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9649).
- STS de 24 de enero de 2000 (RJ 2000/226).

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA:

- STSJ de Murcia, de 7 de julio de 1985 (AS 1995/3477).
- STSJ de Málaga, de 26 de mayo de 1994 (AS 1994/2156).
- STSJ de Canarias, de 22 de febrero de 1996 (AS 1996/329)
- STSJ de Canarias, de 14 de marzo de 1996 (AS 1996/590).
- STSJ de Galicia, de 25 de octubre de 1996 (RJCA 1996/2221).
- STSJ de Galicia, de 21 de noviembre de 1996 (JT 1996/1350).
- STSJ de Galicia, de 4 de julio de 1997 (AS 1997/2892).
- STSJ de Cataluña, de 12 de noviembre de 1997 (AS 1997/4902).
- STSJ de Navarra, de 14 de abril de 1998 (AS 1998/6161).
- STSJ de Castilla y León, de 29 de enero de 1999 (RJCA 1999/227).

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL:

- SAN de 24 de febrero de 1997 (JT 1997/959).
- SAN de 14 de abril de 1997 (JT 1997/??).

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES:

- SAP de Pontevedra de 25 de octubre de 1994 (AC 1994/1730).
- SAP de Madrid, de 15 de mayo de 1996 (AC 1996/962).
- SAP de Barcelona, de 1 de abril de 1997 (AC 1997/969).
- SAP de Córdoba, de 16 de julio de 1998 (AC 1998/1294).
- SAP de Córdoba, de 17 de julio de 1998 (AC 1998/6125).
- SAP de La Coruña, de 22 de octubre de 1998 (AC 1998/7358).
- SAP de Almería, de 3 de febrero de 1999 (AC 1999/484).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA:

- RTDC, de 28 de julio de 1994 (AC 1994/2575).
- RTDC de 8 de marzo de 1996 (AC 1996/621).
- RTDC de 17 de junio de 1996 (AC 1996/1257)
- RTDC de 10 de noviembre de 2000.

PÁGINAS WEB:

Códigos de conducta:

- “Charte de l’Internet” francesa.
<http://www.planete.net/code-internet/ccode2.html>
- Código de autorregulación sobre el etiquetado y publicidad de los productos de software de entretenimiento.
<http://www.consumo-inc.es/codigoetico.htm>
- Código de Conducta de la Asociación Nacional de proveedores telemáticos (Anprotel)
<http://www.anprotel.org>
- “Código de conducta de la Asociación de proveedores de servicios de Internet de Bélgica”.
<http://www.ispa.be/en/c030201.html>
- “Código de conducta de la Associazione Italiana Internet Providers (AIIP)”
<http://www2.echo.lu/legal/de/wp2de.cahp.html>.
- Código de Conducta de las Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo
<http://www.mpd.org/informes/codigo-conducta-ong-espana.htm>
- Código de conducta del consumidor para la gran empresa.
<http://www.consumersinternational.org/campaigns/trade/charter-es.html>
- Códigos de conducta empresarial.
<http://www.accionempresarial.cl/etica2.htm>
- Código de Conducta en los Negocios de “Motorola”.
<http://www.motorola.com/co/codigo.html>.

- Código de conducta medioambiental de Fertiberia.
<http://www.fertiberia.es/informacioncorporativa/medioambiente/codigoconducta.html>
- Código de conducta medioambiental de Sevillana Electricidad, del grupo Endesa.
<http://www.sevillana.es/ambiente/codigo.html>
- “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, aprobado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
<http://www.unhchr.ch/spanisch/html>
- “Código de conducta para proveedores de servicios de Dinamarca”.
<http://www2.echo.lu/legal/de/internet/wp2de-cap.html>
- Código de conducta relativo al socorro en casos de desastre para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las organizaciones no gubernamentales (ONG)
<http://www.icrc.org/icrcspa.nsf/22>.
- Código de conducta voluntario sobre la información precontractual para créditos de vivienda.
<http://www.asoc-hipotecaria.es/asoc-hipotecaria/esp/Europa/circular/205-2001.htm>
- Código deontológico de la empresa ASIMELEC para proveedores de servicios de Internet.
<http://www.asimelec.es>
- Código de derechos humanos y principios de seguridad de las compañías mineras y petroleras.
<http://www.hrw.org>
- Código de Protección de Datos Personales en Internet, de la Asociación Española de Comercio Electrónico (@ECE).
<http://www.@ece.es>

- “Reglas de Conducta de la Cámara de Comercio Internacional para combatir la extorsión y el soborno”.

<http://www.usinfo.state.gov/journals/ites/1198/ijes/facticc.htm>

Convenios de autorregulación:

- Convenio de autorregulación de la publicidad en la radio.

<http://www.gencat.es/cac/convenis/radio.htm>

- Convenio de autorregulación para el buen uso de Internet en España, impulsado por la Asociación de Usuarios de Internet (AUI)

<http://www.aui.es>

- Convenio sobre principios para la autorregulación de las cadenas de televisión en relación con determinados contenidos de su información referidos a la protección de la infancia y la juventud formulado por el Ministerio de Educación y Ciencia y las Consejerías de Educación de las Comunidades Autónomas y las Cadenas de Televisión.

<http://www.pntic.mec.es/tele/convenio/convenio.htm>

- Pacto de Armonización propuesto por la Asociación de Empresarios de Farmacia de Madrid.

<http://www.ceofa.es/gasto/documento/6.htm>

Asociaciones, grupos de trabajo y organismos de autorregulación:

- Asociación de Autocontrol de la Publicidad (AAP).

<http://www.aap.es>

- Asociación de proveedores de servicios de Internet de Bélgica (ISPA Belgium).

[http://www.ispa.be/en\(c020000.html](http://www.ispa.be/en(c020000.html)

- Asociación de Técnicos de Informática de España (ATI)
<http://www.ati.es>
- Asociación de Usuarios de Internet (AUI)
<http://www.aui.es>
- Asociación Española de Codificación Comercial (AECOC)
<http://www.aecoc.es>
- Asociación Española de Estudios de Mercado, Marketing y Opinión (AEDEMO)
<http://www.aedemo.es>
- Asociación “Foro de Comunicación para la Salud”.
<http://www.forsalud.com>
- Asociación Iberoamericana Acción empresarial.
<http://www.accionempresarial.cl/centroinfo2.htm>
- Consell de la Informació de Catalunya (CIC).
<http://periodistes.org/cic/html>
- Federación Internacional de Contables (*International Federation of Accountants*, IFAC)
<http://www.ifac.org>
- Foro de las Profesionales Sanitarias.
<http://www.fdps.org>
- *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN)
<http://www.icann.org>
- *Internet Watch Foundation* (IWF).
<http://www.internetwatch.org.uk>

- *Internet Society* (ISOC)
<http://www.isoc.org>
- Mesa redonda sobre “Derechos de los usuarios de los medios de comunicación”.
<http://www.edufam.net/educ/edmed46.htm>
- Relación de organismos de autocontrol de la publicidad publicada por la Unión Europea.
<http://europa.eu.int/comm/secretariat-general/sgc/lobbies/meml/mlp12.htm>
- Relación de órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo publicada en la Web de la Dirección General de Salud y Consumo de la Comisión Europea.
<http://europa.eu.int>
- *World Wide Web Consortium* (W3C)
<http://www.w3.org>

Otros:

- Blue Boock, publicado por EASA.
<http://www.easa-alliance.org/bluebook.html>
- Comisión Nacional del Mercado de Valores.
<http://www.cnmv.es>.
- Comunicado de la Federación Internacional de Periodistas –FIP-, sobre el desarrollo de la autorregulación en los medios de comunicación.
<http://www.ifj.org/ifj/policy/ejs.html>)
- “Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea”.
<http://europa.eu.int/eur-lex/es/index.html>

- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.
<http://www.ocde.org>

- Recomendaciones sobre la autorregulación de las Bolsas de Valores.
<http://www.fiabv.org/fiabv/archivos/pdf/Recomendaciones-Autorregulacion.PDF>

- Seminario de expertos sobre la autorregulación en los medios de comunicación, celebrado en Saarbrücken en 1999 (*Die Selbstkontrolle im Medienbereich in Europa*).
<http://www.eu.seminar.de>