

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO ADMINISTRATIVO Y CAMBIO

El presente trabajo forma parte de la segunda edición de la obra colectiva *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo* (coordinada por J. Barnes), Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012.

EL cambio es ciertamente consustancial al Derecho Administrativo, pero no por ello deja, en la actualidad, de presentar perfiles inéditos por la importancia y la extensión de sus requerimientos, especialmente para la ciencia jurídico-administrativa. Donde, en nuestro inmediato contexto, se ha manifestado primero, de manera más persistente y con mayores repercusiones¹, Alemania, se viene hablando, en efecto y desde los años ochenta del siglo pasado, de crisis, nuevas tendencias y cambios radicales, incluso de ruptura (*Umbruch*)² en el edificio dogmático-jurídico y hasta de una segunda fase del Derecho público alemán³ y demandando, por ello, una verdadera renovación. En todo caso se ha generalizado, con mayor o menor intensidad, como ponen de relieve las aportaciones dedicadas reciente-

[1] Sobre la base del contraste entre Derecho positivo y su sistematización dogmática. Pues, como certeramente advierte E. SCHMIDT-ASSMANN (*Das Allgemeine Verwaltungsrecht vor den Herausforderungen neuer europäischer Verwaltungsstrukturen*, Festschrift für Günther Winkler, Springer, Viena/Nueva York, p. 997) es justamente el estado de la dogmática el que, por contraste, permite conceptuar y valorar como cambio la evolución del Derecho positivo.

[2] Así H. BAUER, «Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?», *Die Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft*, vol. 25, 1992, pp. 301 y 302.

[3] Así R. WAHL, «Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland», *Der Staat*, 38, 1999, pp. 495 y ss.

mente a la transformación o mutación del Derecho Administrativo en Europa⁴.

Aunque en la praxis administrativa puedan emplearse sin gran precisión los conceptos modernización, innovación y reforma, en la ciencia del Derecho Administrativo parece obligada, sin embargo, una mayor precisión. Mientras la modernización carece de perfiles nítidos (pudiendo cualificarse como especie de la innovación que se manifiesta como optimización continua —en su interacción— de los medios e instrumentos para la ejecución de las tareas de la Administración)⁵, los procesos de innovación y reforma se diferencian⁶:

[4] Advierte, en efecto, T. SCHMITZ (en *European Law Books* —www.european-lawbooks.org—, en su comentario a la obra colectiva *The Transformation of Administrative Law in Europe / La mutation du droit administratif en Europe*, M. Ruffert —Ed.—), en este sentido, que, en muchos Estados europeos, el Derecho Administrativo ha cambiado sustancialmente durante las pasadas dos décadas, y continúa haciéndolo aún; cambio a cuyos diversos aspectos aluden conceptos clave tales como gobernanza (*Governance*), dirección (*Steuerung*), nueva gestión pública (*new public management*), crítica managerial (*critique managériale*) y privatización, pero también constitucionalización y europeización. Véase también el libro así comentado: M. RUFFERT (Ed.), *The Transformation of Administrative Law in Europe*, Sellier European Law Publishers, München, 2007.

[5] En este sentido, por ejemplo, es de suyo expresivo el título de la obra de D. BUDÁUS, *Public Management, Konzepte und Verfahren zur Modernisierung öffentlicher Verwaltungen*, Berlin, 1995. Esta diferenciación parece ser clara al menos en el ámbito continental europeo, pues en el anglosajón (tanto inglés como norteamericano) y también en la literatura en lengua inglesa se emplea, más frecuentemente, el término más comprensivo de transformación (véase, por ejemplo, el libro colectivo de M. Ruffert, *cit.* en nota anterior y en el que el propio editor titula su trabajo en inglés «The Transformation of Administrative Law as a Transnational Methodological Project»; y también SAM KALEN, «The Transformation of Modern Administrative Law: Changing Administrations and Environmental Guidance Documents», *Ecology Law Quarterly*, vol. 35, pp. 657 a 719).

[6] Sin perjuicio de la dificultad de determinar cuándo una o una serie de innovaciones mutan en reforma por su cantidad, su objeto o su trascendencia.

- Bien por su grado de abstracción y, por tanto, radio de acción, siendo entonces el primero el género y el segundo la especie;
- bien por tener distinto significado o alcance, remitiendo el primero a un fenómeno continuo –o una sucesión de fenómenos discretos en sí mismos– de alteraciones por así decirlo connaturales al Derecho y el segundo, es decir, la reforma, a un acontecimiento o serie de acontecimientos con consecuencias de índole estructural⁷;
- bien por su diferente origen y sentido: planificación con vistas a determinados objetivos en el caso de la reforma y no necesaria vinculación con un tipo de causa la innovación⁸.

Según la formulación que debe considerarse más atinada, la innovación juega a partir de, y gracias a, la estructura dada del Derecho existente, mientras que la reforma lo hace incidiendo e interviniendo en éste desde fuera y con determinado objetivo de cambio en la referida estructura⁹. De donde

[7] En este sentido (diferenciación por el alcance del cambio), por ejemplo, W. BROHM, «Funktionsbedingungen für Verwaltungsreformen», *Die Verwaltung*, 21, 1988, pp. 1 y ss.

[8] En este sentido, J. HAUSCHILD, «Facetten des Innovationsbegriff», en W. Hoffmann-Riem y J. Peter Schneider (Eds.), *Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, Grundlagen, Forschungsansätzen, Gegenstandsbereiche*, Nomos, Baden-Baden, 1998.

[9] Por eso W. HOFFMANN-RIEM habla de «apertura a la innovación» como cualidad del Derecho para facilitar innovaciones tanto en su estructura propia y sus instrumentos, como en los campos por él regulados («Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht. Einleitende Problems-

resulta plausible hablar –con N. Luhmann¹⁰– de la innovación como modificación «morfofogenética» y de reforma como modificación «teleológica» o, si se prefiere y con S. Kirste¹¹, de automodificación del Derecho (cuyo límite viene dado por la capacidad de éste para absorber alteraciones) y modificación inducida del Derecho (operación precisa a partir de la insuficiencia o el agotamiento de la referida capacidad para hacer frente a los retos del Derecho).

Como ha dicho N. Brunsson¹² puede afirmarse incluso que, en la Administración pública, la reforma es una rutina, es decir, una normalidad (en modo alguno una excepción), pues en ella la estabilidad de una organización se consigue, paradójicamente, con el cambio (la adaptación) y no con la invariación. Lo prueba el hecho de que pocas son las reformas orgánicas en las que, obedeciendo sólo a determinados objetivos, la consecución de éstos determina su conclusión¹³. En la medida en que tales reformas –lejos

kizze», en la obra colectiva W. Hoffmann-Riem y E. Schmidt-Aßmann (Eds.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, Baden-Baden, 1994, p. 13.

[10] N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 3, Soziales System, Gesellschaft, Organisation*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1991, p. 377.

[11] S. KIRSTE, «Innovatives Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsreform», en G. Corsi y E. Esposito, *Reform und Innovation in einer unstablen Gesellschaft*, Lucius & Lucius Verlagsgesellschaft, Stuttgart, p. 110.

[12] N. BRUNSSON, «Reform als Routine», en G. Corsi y E. Esposito, *Reform und Innovation*, Lucius & Lucius Verlagsgesellschaft, Stuttgart, 2005, pp. 9 y ss.

[13] Una de las causas, quizás la más importante, de que esto sea así radica en que las reformas se plantean en un contexto previo relativamente simple (teórico) que luego, al realizarse (concretarse en normas operativas), se desnaturaliza por la sola virtud de la complejidad de la «transposición» y las dificultades prácticas que en la materialización sobrevienen, con la consecuencia de pérdida por el planteamiento inicial de gran parte de su atractivo y el surgimiento de críticas desencadenantes de nuevas iniciativas de reforma.

de descansar en el análisis y la determinación del modo de alcanzar determinados objetivos— suelen articularse sobre principios que no necesariamente son coherentes o, siquiera, compatibles entre sí, determinan de suyo, al interior de las organizaciones, la tendencia a priorizar dichos principios en su acción, dando lugar a la necesidad de una nueva reforma y así sucesivamente. La sola volatilidad de las condiciones económico-sociales a las que deben atender e, incluso, la mera exigencia continua de incremento de la eficacia (eficiente) de las organizaciones públicas provocan en éstas, además y necesariamente, alteraciones, aunque sean de mera adaptación a circunstancias y requerimientos nuevos. Más aún, de ordinario las organizaciones públicas se ven compelidas a una adaptación continua para resolver: i) la incoherencia de los programas normativos que concurrentemente definen sus tareas; ii) el conflicto de éstos con otros programas provenientes de la esfera internacional y —sobre todo— de la supranacional (europea) o sencillamente gestionados por otras organizaciones (de instancia territorial distinta o dotadas de autonomía); y, en general, iii) los cambios que los términos de la realización de cualesquiera programas sustantivos plantean las diferentes opciones de la política económica, en general, y presupuestaria en particular. Cabe así afirmar, en contra del tópico recurrente, que la Administración pública no es precisamente más resistente a la «reforma» que cualquier otra organización. Lo prueba de suyo su sujeción frecuente a medidas de reforma orgánicas (parciales o de mayor aliento) y permanente por razón de los cambios inducidos, sea por medidas anuales (orgánicas y funcionales al hilo de la política presupuestaria), sea por

alteraciones en los programas normativos que determinan sus tareas y, por tanto, su funcionamiento.

Según ha puesto de relieve S. Kirste¹⁴, la innovación afecta, por el contrario, al contenido del Derecho, en tanto que éste es, al menos formalmente y por tener un tiempo propio, refractario a la innovación. De este modo cabe hablar, en su caso, de un deber de apertura de las comunidades organizadas sobre los principios democrático y del Estado de Derecho, en el sentido no tanto de renuncia del Derecho a la autonomía de su dimensión temporal, como de exigencia de sincronización del tiempo jurídico con otros tiempos sociales. Desde este punto de vista, la innovación se ofrece al mismo tiempo como inducción por el Derecho de cambios en órdenes distintos (innovación por el Derecho) y apertura del Derecho a un abanico de decisiones (considerándolas admisibles: innovación del Derecho). De lo que resulta que la eficacia directiva del Derecho reside, en realidad, en la canalización de la innovación: la novedad que representa la modificación se reconduce inmediatamente al presente continuado del mandato normativo (siempre idéntico), en la medida en que éste incorpora cuando menos la expectativa de la posibilidad de determinadas futuras decisiones.

Como quiera que sea, la diferenciación entre reforma e innovación no pretende una neta separación de los dos procesos aludidos, ya que éstos responden a un mismo fenómeno último: el de transformación o mutación. En todo caso, la situación a este respecto es en nuestro contexto europeo inmediato muy parecida por lo que hace a la innovación e, incluso, reforma del Derecho Administrativo positivo, pero

[14] S. KIRSTE, *cit.*, nota 11.

desigual en lo atinente a la innovación en, y especialmente, reforma o renovación de la ciencia del Derecho Administrativo. Lo primero encuentra su explicación en la sustancial identidad de los factores determinantes de las transformaciones que viene experimentando el Estado y su ordenamiento¹⁵ y que tienen directa repercusión sobre la Administración pública y el Derecho referido a su actuación: la rápida evolución de la actual sociedad altamente dependiente de la ciencia y la tecnología y generadora de riesgos de dimensiones y consecuencias hasta hace bien poco desconocidas, los continuos nuevos retos que tal evolución plantea, la ruptura de la simbiosis economía-Estado¹⁶, la mundialización de la economía (y sus efectos, en particular la llamada globalización del Derecho Administrativo, aún en ciernes), la «contaminación económica» de los órdenes constitucionales y el proceso de integración supranacional y de internacionalización con carácter más general. Lo segundo obedece sin duda a la diversidad no sólo de las culturas político-administrativas y, por tanto, de los sistemas jurídico-administrativos, sino también del tratamiento y la construcción científico-dogmáticos de éstos en un contexto de relativamente débil desarrollo del comparatismo en relación con otras ramas del Derecho (especialmente la jurídico-civil y mercantil)¹⁷.

[15] E imponen, por ello, respuestas de relativa uniformidad.

[16] Ruptura en todo caso unilateral (por parte de la economía, especialmente la financiera, que se ha desterritorializado y, por tanto, desvinculado en muy buena medida del Estado nacional) y parcial y relativa (en cuanto no implica, en ausencia de un espacio público correlativo al económico desresponsabilización del Estado siquiera sea en épocas, como la actual, de crisis).

[17] Como señala M. RUFFERT («The Transformation of Administrative Law as a Transnacional Methodological Project», *cit.*, pp. 4 y ss.), hoy por hoy sólo cabe establecer la hipótesis (precisada de ulterior confirmación por la investigación)

La época actual, de carácter complejo y contradictorio, está presidida por la incertidumbre, agravada por la crisis sistémica que padece –desde 2008– el sistema económico a escala mundial, y presenta por ello los rasgos propios de toda transición, en la que la nueva situación hacia la que se va, el nuevo sistema a alumbrar, está aún fraguándose y resulta más que difícil vislumbrar y prefigurar los principios y las coordenadas sobre los que éste va a quedar definitivamente asentado.

En este contexto, procede resaltar dos procesos:

1º. De un lado, y como bien explicó tempranamente M. García Pelayo¹⁸, el Estado, encerrado aún en buena medida en los esquemas establecidos y sujeto a la inercia de su propia evolución desde el Estado liberal al social –incluso bajo la forma, más actual, de redistribuidor de riesgos y garantizador de las infraestructuras y las prestaciones sociales básicas–, se revela incapaz para absorber la creciente complejidad de su ambiente, de reaccionar con prontitud a las nuevas exigencias planteadas por las transformaciones sociales y los requerimientos derivados de las mismas para la dirección y el control de la sociedad. Tanto más cuanto que la lógica del mercado, erigido progresivamente –a escala global– en mecanismo primario de satisfacción de las necesidades sociales en virtud del crecimiento de aquél en detrimento del espacio público (desde luego del nacional), se ha ido afian-

de la existencia en Europa de procesos de innovación y reforma convergentes bajo la superficie aparente de las cosas. Falta, en efecto, un método de comparación de reconocimiento generalizado, por lo que en realidad se siguen multiplicidad de métodos en las tareas comparativas que efectivamente se desarrollan.

[18] M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977.

zando como criterio de medida de la actividad del Estado y la Administración, y uno y otra han ido viendo mermada su capacidad efectiva de configuración social por razón de la emergencia e intensificación no ya de límites, sino de condicionantes económico-financieros. El centro de gravedad se ha desplazado así hacia la tensión entre control de la deuda y expansión de las responsabilidades (tareas) públicas con aparición de los fenómenos de la colaboración público-privada, la desregulación y la privatización¹⁹ y, en definitiva, el «activador» Estado informal redistribuidor de riesgos²⁰.

2º. De otro lado, el desarrollo de una situación calificada por E. Denninger²¹ de «desorden global»²², en la que desde los atentados terroristas de Nueva York, Madrid y Londres, pero también la creciente evidencia científica del cambio climático y la ruptura de equilibrios ecológicos básicos, el centro de gravedad del Estado democrático y social (sea prestador de bienes y servicios, sea mero garante de su prestación) se desplaza hacia la «prevención» y, por tanto,

[19] En este sentido, R. SCHMIDT, «Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht», *VerwArchiv*, 91, 2000, pp. 150 y 151.

[20] La acuñación de estas categorías, respectivamente, en A. VOSSKUHLE, «Schlüsselbegriffe der Verwaltungsreform –Eine kritische Bestandsaufnahme–», *VerwArch*, 92, 2001, p. 185; E. BOHNE, *Der informale Rechtsstaat. Eine empirische und rechtliche Untersuchung zum Gesetzesvollzug unter besonderer Berücksichtigung des Immissionsschutzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981; y U. DI FABIO, *Risikoentscheidungen Im Rechtsstaat: Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1994.

[21] ERHARD DENNINGER, «Der Präventionsstaat», artículo incluido en la recopilación llevada a cabo en el libro *Der gebändigte Leviathan*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1990.

[22] Generador del miedo como factor de legitimación de medidas de seguridad, que justifica el título del trabajo de GÜNTHER FRANKENBERG, *Angst im Rechtsstaat*, KJ, 1977, pp. 353 y ss.

la garantía de la seguridad (*Präventionsstaat*) en función del pase a primer plano del riesgo – todos ellos y a escala local, nacional, regional y mundial– en la vida social. Con la consecuencia de que en el mundo actual la paz y la seguridad han pasado a ser, aunque amenazados (y precisamente por ello), bienes de primerísimo rango, determinando el crecimiento de la necesidad-demanda de protección de la población, generadora, a su vez, del peligro de pérdida de la perspectiva (por sobrevaloración y sobreactuación) sobre todo cuando se quiere garantizar la seguridad a costa de los valores que, en realidad, deben ser protegidos: los derechos fundamentales de los ciudadanos²³. Éstos son, en efecto y desde la Ilustración y la Revolución francesa, la clave de bóveda del orden de la convivencia y el fluido del funcionamiento de la democracia, de manera que su efectividad y tutela no pueden depender de las circunstancias y la coyuntura. El problema es crucial, pues como ha señalado agudamente E.-W. Böckenförde²⁴, la gran apuesta del Estado de Derecho, secularizado y basado en la libertad, consiste en que vive de presupuestos que él mismo no puede garantizar. Pues sólo puede existir, en cuanto Estado basado en la libertad, si regula la que garantiza a sus ciudadanos desde «dentro», desde la sustancia moral de cada uno y la homogeneidad de la sociedad. El resultado está siendo por ahora doble. De un lado, la ampliación del concepto de seguridad y, de otro lado, la afirmación de un

[23] Sobre el actual proceso de desequilibrio entre los valores de libertad y seguridad, véase L. PAREJO ALFONSO, «Reflexiones sobre la libertad, la seguridad y el Derecho», *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, 21, octubre 2003, pp. 5 a 19.

[24] E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1976, p. 60.

derecho (incluso fundamental) a la seguridad (así, J. Isensee²⁵) como nuevo derecho que postula incluso preferencia sobre los demás (relativizándolos, especialmente los vinculados con la tensión libertad-seguridad)^{26/27}. Pero también y especialmente el dilema de la frontera entre la prevención y la vigilancia total (propia, esta última, del por B. Hirsch llamado *Überwachungsstaat*²⁸ o Estado de vigilancia).

[25] JOSEF ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, De Gruyter, Berlin, 1983.

[26] Una posición crítica en G. FRANKENBERG, «Crítica al derecho a combatir. Tesis acerca del paso de la defensa contra el peligro a la prevención de la criminalidad», traducción del original alemán de María José Falcón y Tella, *Anuario de Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid* (Nueva Época), vol. 7, t. 1. 2006, pp. 371 a 386.

[27] Aunque no pueda justificarse, ni compartirse, éste es el origen y el caldo de cultivo de la aparición de planteamientos desorientadores de la función del Derecho Penal como el del Derecho Penal del enemigo (como categoría diferente del Derecho Penal del ciudadano: éste tiene por objeto la vigencia del Derecho, aquél combate peligros) definido por G. JAKOBS, según el cual nuestro ordenamiento no es aplicable a los autores de acciones que, por principio, no quieren reconocer dicho ordenamiento, de modo que para ellos (los nuevos bárbaros) debe regir un nuevo Derecho Penal liberado de las limitaciones propias del Estado de Derecho (véase G. Jakobs, «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart. Kommentar», en B. Burckhardt, A. Eser y W. Hassemer [Eds.], *Strafrecht*, C. H. Beck, 2000, pp. 47 y ss.; «Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende», en *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, HRRS (Online-Zeitschrift HRRS & Rechtsprechungsdatenbank) 3/2004, pp. 88 a 95; y «Zur Theorie des Feindstrafrechts», en H. Rosenau y S. Kim (Eds.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit, Augsburger Studien zum Internationalen Recht*, vol. 7, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt, 2010, pp. 167 a 182). Véase en castellano también G. JAKOBS y M. CANCIO MELLÁ, *Derecho penal del enemigo*, Thomson/Civitas, Madrid, 2003.

[28] B. HIRSCH, *Gesellschaftliche Folgen staatlicher Überwachung. Beitrag zur Sommerakademie 2007 «Offene Informationsgesellschaft und Terrorbekämpfung – ein Widerspruch?»*, Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein, Kiel, 2007, así como «Auf dem Weg in den Überwachungsstaat?», exposición realizada el día 24 de octubre de 2007 en la Dresdner Juristischen Gesellschaft (http://www.djgev.de/download/Vortrag_Hirsch.pdf).

La situación actual es, pues, de considerable confusión. Si, de un lado, el Estado –seriamente condicionado por mercados financieros de lógica transnacional– continúa basando su organización y acción en ideas, esquemas, principios, categorías, conceptos y técnicas trabajosamente elaborados y establecidos a lo largo de varias décadas y aún de siglos de evolución histórica, por otro lado, la realidad los pone diariamente en cuestión, demanda profundos cambios y una radical adaptación a las nuevas circunstancias, haciendo surgir con pujanza nuevas soluciones. La vida actual del Estado se caracteriza, pues, por un proceso de radical transformación.

Este proceso se manifiesta en la idea persistente de la crisis del Estado en su forma nacional de Estado del bienestar, que se proyecta sobre la Administración pública²⁹ en forma de cuestionamiento del concepto básico de dirección o control de la sociedad, que se ha venido reconociendo sin problemas en favor del Estado y de la Administración.

Las primeras dudas sobre la capacidad de dirección y control de los sistemas y, en particular, del Derecho se plantearon en las ciencias sociales. Así, desde el concepto de *autopoiesis*, traído desde la biología a la teoría de sistemas, y el institucionalismo más radical, por considerarse que el Derecho estático no puede mantener el paso con los desarrollos dinámicos e imprevisibles de las modernas tecnologías³⁰. De

[29] Además de, como ya se ha dicho, en términos de reducción de medios personales, económicos y materiales con paralela exigencia de productividad, economía y celeridad, así como de replanteamiento crítico del número y características de las funciones y cometidos.

[30] En cuanto a la teoría de sistemas aplicada al Derecho, N. LUHMANN, «Politische Steuerung: Ein Diskussionsbeitrag», *Politische Vierteljahresschrift (PVS)*, vol. 1, 1989, pp. 4 y ss.; y G. TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp, Frankfurt, 1989, capítulo III; y en cuanto al planteamiento institucionalista,

donde han pasado también al ámbito jurídico-administrativo. La consecuencia es que el Estado y el Derecho experimentan, cada vez más, una reducción a instrumentos para la adaptación al cambio continuo y a la complejidad social. O, más precisamente, a la condición de mecanismos de dirección de la actuación de todo tipo de sujetos para la efectividad de los procesos sociales, es decir, evitar perturbaciones en éstos y, por tanto, no sólo, ni preferentemente, de organización y control de situaciones y relaciones sociales y del tráfico de bienes. Y ello en un contexto de quiebra del modelo de reparto de responsabilidades entre el propio Estado y el ciudadano y, en el seno de la sociedad, singularmente entre el empresario y el trabajador.

Éste y no otro es el problema de la relación entre el cambio y la innovación social, de un lado, y el Derecho como sistema de control, de otro. Aunque el Derecho se ha ocupado siempre de acompañar e, incluso, de fomentar el cambio, la rapidez, continuidad e importancia del propio de la época actual están desbordando su capacidad para cumplir eficazmente tal función. Y ello por la dificultad inherente a la cuestión de cómo pueden ser evitados los riesgos de la continua innovación social y maximizadas sus ventajas. Lo que vale decir: cómo puede anticiparse hoy si las innovaciones llevan a resultados deseados o no. De esta suerte, el Derecho debe operar sin contar con el soporte en la experiencia, menos aún segura, indispensable para ello, es decir, en un contexto de inseguridad e incertidumbre, pues el buen orden social depende de él incluso para la preparación del futuro.

R. MAYNTZ y F. W. SCHARPF (Eds.), *Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung*, Campus, Frankfurt/New York, pp. 9 a 38.

Su posición se torna así equívoca, pues si la perspectiva del valor «innovación» favorece su percepción negativa –concretamente como obstáculo, cuando no impedimento, a la creatividad y el éxito en el mercado y, por tanto, al progreso del bienestar–, las actualizaciones de los riesgos generados por la innovación renuevan, reforzándolas, las apelaciones al Derecho, especialmente cuando se trata de determinar las responsabilidades por las consecuencias negativas de los nuevos procesos sociales.

El Derecho no puede, sin embargo, escapar a tal destino. Pues su papel nuclear es el de la tutela y la protección, de modo que al procurar seguridad general, coarta, constriñe inevitablemente las posibilidades del o de lo protegido. Pero, al propio tiempo, debe cumplir ese papel despejando igualmente las incertidumbres cara al futuro, lo que apunta principalmente a la prevención de riesgos (lo que todavía no es realidad o actualidad), a la regulación de lo nuevo aunque todavía no sea conocido del todo. Al cumplirlo fija sin duda límites y excluye unas posibilidades, pero también abre otras posibilidades y acota y distribuye riesgos. La importancia de la adecuada consideración de las consecuencias deriva de la posibilidad, en una época que, como la actual, U. Beck³¹ –el teórico de la sociedad del riesgo y de la modernidad reflexiva– ha calificado como la de los «efectos secundarios o colaterales»³², de que las no tenidas en cuenta anulen los posibles efectos positivos.

[31] Véase U. BECK, «Das Zeitalter der Nebenfolgen und die Politisierung der Moderne», en U. Beck, A. Giddens, y S. E Lash (Eds.), *Reflexive Modernisierung. Eine Kontroverse*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996.

[32] Que son tanto los no pretendidos o buscados por la acción, como los de segundo grado o derivados de la inacción.

Constituye así una comprobación elemental la de la persistencia del carácter imprescindible del Derecho (en particular en su función de prevención de riesgos), por más que su capacidad de control y, más aún, de configuración social se encuentre significativamente disminuida al menos en algunas dimensiones. Y ello porque tales límites de capacidad no implican necesariamente, y paradójicamente, descenso de las expectativas y esperanzas en él depositadas cara al aseguramiento del bien común, lo que explica el activismo normativo (incluso para reformar el elenco de los instrumentos de acción) y las importantes transformaciones en curso, a las que no son ajenos las mutaciones del orden y las relaciones internacionales, el proceso de integración europea y la presión de la mundialización de la economía (especialmente la financiera). De ahí la reclamación por W. Hoffmann-Riem³³ de la necesidad de:

- a) La persistencia de la construcción por el Derecho de confianza mediante predictibilidad, sin perjuicio de su reorientación también, caso necesario y afrontando la inseguridad, hacia el manejo de la incertidumbre mediante una mayor flexibilidad y capacidad de aprendizaje para conseguir que las innovaciones de todo tipo se produzcan, pero lo hagan en términos que estén dentro del interés de la generalidad de los ciudadanos (lo que requiere de la ciencia jurídica una investigación sobre la innovación).

[33] W. HOFFMANN-RIEM, «Recht als Instrument der Innovationsoffenheit und der Innovationsverantwortung», en H. Hof y U. Wengenroth (Eds.), *Innovationsforschung. Ansätze, Methoden, Grenzen und Perspektiven*, LIT, Münster, 2007, pp. 387 y ss.

- b) El entendimiento de la ley desde luego (en sentido tradicional) como límite de la actuación lícita estatal, pero igualmente como encomienda de configuración y optimización de la vida social en un «corredor de lo permisible jurídicamente» y, por tanto, instrumento normativo para la garantía de la calidad de la actuación con impregnación jurídica (y, en tal sentido, de «dirección y control sociales»). Con la consecuencia de la imprescindible ampliación tanto de las formas de control social y de la actividad (administrativa esencialmente) y de las estrategias de regulación (complementación del Derecho imperativo –órdenes y prohibiciones– por el Derecho habilitante, posibilitador –incluso de la autorregulación–), como de los criterios jurídicos (ampliación a fines «blandos» o «grises» tales como los de efectividad, eficiencia, aceptación social o factibilidad).
- c) La operación con la vista puesta en el juego, no de normas determinadas y aisladas, sino más bien del conjunto de normas, aún pertenecientes a diferentes ramas del Derecho y niveles de jerarquía, que sea necesario y para su complemento recíproco, incluso con carácter subsidiario o supletorio en caso de insuficiencia o deficiencia de la primariamente aplicable. Lo que vale decir: la importancia progresiva de enteras estructuras regulatorias complejas.