

Estado y procesos de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. LAS TRANSFORMACIONES EN CURSO DEL ESTADO Y SU DERECHO.—1.1. El Estado.—1.2. El Derecho; los retos de la innovación en la sociedad del conocimiento y la información.—1.3. Principales consecuencias.—II. LA MODULACIÓN EN CURSO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: EL DENOMINADO ESTADO GARANTE DE LA SATISFACCIÓN DE LAS NECESIDADES SOCIALES.

RESUMEN

La situación actual del Estado y su Derecho es paradójica. El primero se ve inmerso en un proceso de transformación en el que si, de un lado, experimenta pérdidas en su soberanía y queda reducido cada vez más a instrumento para la adaptación al cambio permanente, de otro ve reforzada su responsabilidad de dirección y control sociales. Y el Derecho, si bien padece una clara crisis por su exposición a una innovación acelerada, se ve forzado a seguir construyendo confianza mediante predictibilidad, afrontando la incertidumbre desde una mayor flexibilidad y capacidad de aprendizaje. Este trabajo, tras un repaso a los aludidos procesos de transformación, se centra en el análisis, comprensión y determinación del fenómeno en curso de enorme porte: la asunción por el Estado social, sin dejar de ser tal, de una nueva dimensión, la de Estado garante de la dación de bienes y prestaciones de interés público mediante el recurso instrumental al mercado y su lógica propia al servicio de la realización del interés general.

PALABRAS CLAVE: Transformaciones del Estado; transformaciones del Derecho; Estado prestacional; Estado garante.

* Letrado Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid.

ABSTRACT

The current situation with respect to the State and its Law is paradoxical. The State is in a process of a transformation in which if it goes through a loss of sovereignty reducing its presence to a simple tool for continuous change adaptation, it reinforces its management and social control responsibilities. And the Law, even though is clearly going through a crisis due to its exposure to an accelerated innovation, has been forced to keep on building trust by means of predictability, facing uncertainty from a more flexible perspective and a greater learning ability. This article, after a review of those transformation processes, focuses on the analysis, understanding and establishment of this trend that is reaching an enormous size: the assumption by the social State, still being such, of a new dimension, the one referred as the State guarantor that gives out goods and services of public interest using the market and its logic for the achievement of the general interest.

KEYWORDS: *State's transformations; law's transformations; welfare state; guarantee state.*

I. LAS TRANSFORMACIONES EN CURSO DEL ESTADO Y SU DERECHO

1.1. El Estado

Hoy, el Estado constitucional, incluso en su avanzada versión de Estado social y democrático de Derecho, y su Derecho se hallan, de un lado, perfecta y sólidamente asentados, pero, de otro, incursos en procesos de transformación, no en último término por la alteración de sus relaciones con la sociedad¹. En la era planetaria actual de predominio de la economía, la sociedad de los individuos e, incluso, la ulterior de las organizaciones han dado paso a la sociedad de las redes basada en el conocimiento y la información; sociedad compleja, contradictoria e innovadora a la que es inherente la incertidumbre y el riesgo, haciendo difícil aún vislumbrar el nuevo sistema que parece estar fraguando. Tanto más en el contexto de la crisis económica internacional y sistémica desencadenada en 2008 y toda-

¹ Sobre ello, recientemente, J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2013.

Sobre la revalorización de la lógica social, véase K.-H. LADEUR, *Der Staat gegen die Gesellschaft. Zur Verteidigung der Rationalität der "Privatrechtsgesellschaft"*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen 2006.

En general sobre las transformaciones a que se alude en el texto y además de los trabajos específicamente citados luego, véase F.J. SÄCKER, "Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht", *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, vol. 130, 2005; C. FRANZIUS, "Der Gewährleistungsstaat – ein neuer Leitbild für den sich wandelnden Staat", *Der Staat* 2003; y A. VOSSKUHL, "Cooperation between the public and private sector in the enabling state", en M. RUFFERT (ed.), *The public-private law divide: potential for transformation?*, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2009.

vía en curso. Por razones obvias aquí solo es posible apuntar las principales manifestaciones de tales procesos.

Por de pronto, el Estado padece un claro declive como agente y espacio soberanos, especialmente en su dimensión social, por dos causas fundamentales:

- 1.^a La pérdida progresiva de independencia hacia el exterior y de estancamiento en el interior como consecuencia de la afirmación e internacionalización de un modelo económico capaz de imponer sus exigencias, incluso sobre los valores propios del orden constitucional nacional, con surgimiento de la cuestión sobre el valor del constitucionalismo y la afirmación del “pluralismo constitucional” como recurso para seguir afirmando la pretensión normativa de aquél en un contexto de coexistencia de órdenes jurídicos no jerarquizados, es decir, en un mundo de posible construcción sobre el principio de la *salience* o importancia, conforme al cual el código de prácticas sentado, mediante convenio o cualquier forma de coordinación, por un número significativo de Estados (con población significativa) hace surgir en los restantes, en principio, la obligación moral de adhesión al mismo².
- 2.^a La emergencia de los límites de la acción configuradora y redistribidora del Estado; límites, que se han acentuado con la crisis económica actual y hoy tienen, al menos en la Europa comunitaria y sus Estados miembros rango constitucional: la estabilidad presupuestaria y la contención del déficit.

Como bien explicó en su momento M. García Pelayo³, el Estado, presa aún de los esquemas establecidos, 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. Este fenómeno se ha visto acentuado, más recientemente, por: i) la acción combinada de la progresiva afirmación del dominio de lo financiero y del mercado como mecanismo preferente de satisfacción de las necesidades sociales en bienes y servicios y la desterritorialización de la economía; y ii) la consecuente imposición de un pragmatismo en el que las claves de la actividad del poder público pasan a ser la eficacia y la eficiencia, que —aún desprovistas de significado preciso, más allá del extrapolado desde el mundo de la economía privada— sirven de medida y valoración del papel y de la acción del Estado. Surgen, así, las tendencias a la racionalización de éste y, más allá aún, a la desregulación y la privatización. Tendencias éstas que, en los últimos años y al menos en la Europa comunitaria, vienen determinan-

² En este sentido, R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*. The Belknap of Harvard University Press, Cambridge, 2011.

³ M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid 1977.

do la complementación de la caracterización del Estado con la fórmula de Estado garante de las prestaciones y los servicios o *Gewährleistungsstaat* al que luego haremos mención.

Paralelamente la interdependencia a escala planetaria y la mundialización de la vida colectiva —especialmente de la economía— ha conducido, aparte el reforzamiento de las organizaciones internacionales, a la búsqueda de estructuras de poder público más amplias que las del Estado nacional, es decir, a la integración supranacional no sólo económica, sino también política, proceso del que sería ejemplo la Unión Europea. Esta transformación del Estado nacional clásico “hacia afuera” ha ido acompañada de un conjunto de complejos procesos en el orden interno. Pero sin olvidar que ello no impide el simultáneo desarrollo, lento pero progresivo, de sistemas transnacionales de regulación que desplazan la toma de decisiones desde el escalón estatal al internacional o global y limitan el margen de acción estatal interna. Estos sistemas van desde la regulación mediante la no regulación, pasando por la autorregulación (p. ej. la practicada por numerosos asociaciones de empresas), la regulación híbrida privada-privada (p. ej., la desarrollada por la *Fair Labor Association*, que reúne Universidades, representantes de la sociedad civil y empresas socialmente responsables) y público-privada (p. ej., acuerdos de reconocimiento mutuo por los que una organización privada certifica el cumplimiento de estándares públicos fijados por otro Estado, o el sistema de certificación ambiental del *Forest Stewardship Council*), hasta el gobierno en forma de redes de funcionarios estatales (es el caso de la OCDE o del Comité de Basilea de supervisión bancaria) o por organizaciones intergubernamentales con poderes regulatorios bien indirectos (p. ej. el Comité Ejecutivo del Protocolo de Montreal sobre sustancias que agotan el ozono), bien directos (p. ej. el Consejo de Seguridad de la ONU en materia de control, en áreas sujetas a sanciones, del movimiento de armas, alimentos y dinero; el sistema de resolución de disputas comerciales de la OMC; y el Banco Mundial en punto a supervisión de políticas de países en desarrollo).

Relacionado con la mundialización está también el calificado como desorden global⁴, que induce el desplazamiento del centro de gravedad del Estado hacia la prevención y, por tanto, la garantía de la seguridad conducente al llamado Estado preventivo (*Präventionsstaat*). Entre las causas eficientes destaca la progresiva centralidad del riesgo en la vida social: todos los tipos de riesgo, desde los naturales, hasta los inducidos por la acción humana, incluido el económico-financiero, pasando por el derivado de las consecuencias derivadas del cambio climático y la puesta en peligro, incluso, de las bases naturales de la vida, hasta el generado por el terrorismo internacional. 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

⁴ Así E. DENNINGER, “Der Präventionsstaat”, artículo incluido en la recopilación llevada a cabo en el libro *Der gebändigte Leviathan*, Nomos, Baden-Baden 1990.

necesidad-demanda de protección de la población, generadora, a su vez, del peligro de pérdida de la perspectiva sobre todo cuando se quiere garantizar la seguridad a costa de los valores que, en realidad, deben ser protegidos: los derechos fundamentales de los ciudadanos. 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 señala E.W. Böckenförde⁵, 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 solo puede existir si regula la libertad 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 (desdibujador de las diferencias tradicionales y, en especial, las referidas a la seguridad civil y militar y la seguridad interior y exterior), con la consecuencia de la creciente exigencia de la configuración de un nuevo sistema de seguridad. Y de otro lado, la afirmación de un derecho (incluso fundamental) a la seguridad⁶ como nuevo derecho que postula incluso preferencia sobre los demás (relativizándolos). 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 criticado por G. Jakobs⁷, 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. Pero también y especialmente el dilema de la frontera entre la prevención y la vigilancia total (propia, esta última, del por B. Hirsch⁸ llamado *Überwachungsstaat* o Estado de la vigilancia).

La situación actual es, pues, de considerable confusión: el Estado —no obstante las progresivas pérdidas en su soberanía tradicional— ve paradójicamente reforzada su responsabilidad de dirección y control sociales, que debe cumplir, además, en un contexto de dependencia de los mercados financieros cuya lógica escapa a su disposición (como ha puesto crudamente de manifiesto la actual profunda crisis económica). Por ello mismo, la realidad le demanda casi diariamente profundos cambios y una radical adaptación a las nuevas circunstancias, haciendo surgir con pujanza nuevas

⁵ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1976, p. 60.

⁶ En tal sentido J. ISENSEE, *Recht auf Sicherheit: zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates* (texto reelaborado de la conferencia pronunciada en la Berliner Juristischen Gesellschaft el 24 de noviembre de 1982), Berlin 1983.

⁷ G. JAKOBS, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, De Gruyter, 97 (1985).

⁸ B. HIRSCH, *Auf dem Weg in den Überwachungsstaat?*, Conferencia pronunciada en la Dresdner Juristischen Gesellschaft el 24 de octubre de 2007. Accesible en http://www.djgev.de/download/Vortrag_Hirsch.pdf

soluciones. La vida actual del Estado se caracteriza, pues, por un proceso de transformación.

No puede extrañar, así, que los últimos veinte años hayan sido un tiempo de privatización, concepto éste último que engloba variados fenómenos de desplazamiento de tareas públicas al ámbito de lo privado o a zonas grises, que han adoptado cuatro formas básicas: i) la privatización patrimonial (la venta de activos públicos); ii) la privatización de la organización de la actividad o privatización formal; iii) la privatización de tareas o responsabilidades o privatización material; y iv) la privatización mediante la interposición de privados a efectos de la ejecución de tareas públicas retenidas o privatización funcional (calificable como de cooperación público-privada). Parece, sin embargo, que la época de la euforia privatizadora ha dejado atrás su momento culminante y comienza a desvanecerse la confianza incondicional en la potencia del mercado y a extenderse la apreciación de la necesidad de la recuperación de la estatalidad clásica (se habla así de remunicipalización o reestatalización de servicios).

La situación actual del papel y las funciones del Estado se caracteriza en todo caso por el añadido a las de dirección, ordenación, prestación y garantía, en una u otra forma, de las de prevención general de riesgos; regulación de sectores económicos; y, en general, organización, planificación, coordinación, moderación, incentivación e intermediación en las actividades sociales y privadas. La ampliación y diversificación del papel y de las funciones estatales han debido ir cumpliéndose sin referencia a un esquema teórico coherente, y además en un ambiente de relativización de la diferenciación y contraposición clásicas entre interés público y privado, preparada y alimentada por la consolidación del Estado social. Crecientemente, pues, el poder público se ve en la necesidad de inducir la colaboración de la economía privada y acudir a fórmulas de concierto, transacción y cooperación con grupos sociales y agentes privados. A lo que se añade, paralelamente, la crítica a las formas tradicionales de acción del poder público y su desbordamiento por la emergencia de otras alternativas de difícil encaje, con riesgo del equilibrio entre ambas y dificultad seria para la continuación de la explicación del sistema desde la imagen que resulta de su formalización legal.

1.2. El Derecho; los retos de la innovación en la sociedad del conocimiento y la información

Todo lo anterior se inserta, además, en la crisis actual del Derecho en su función tradicional de orden, que, paradójicamente, es más importante que nunca. Se trata de una crisis derivada de las siguientes transformaciones:

- Superación del estadio del Derecho exclusivamente estatal con paralelo deterioro de su unidad y dilución de su articulación jerárqui-

ca en la que ha sido denominada⁹ “multiplicación heterárquica de las fuentes”, así como —en correspondencia con las transformaciones del Estado— pérdida de su estabilidad (con afectación, por tanto, de la seguridad jurídica) e inserción en un sistema de pluralidad de estratos normativos de diversa procedencia y requirentes de complejas reglas de colisión (fenómenos no suficientemente contrarrestados por el recuso a la “constitucionalización” del Derecho administrativo). Y ello, por una doble vía: i) la europeización e internacionalización-globalización; y ii) la emergencia de normas de origen privado gracias, sobre todo, a la comunicación internacional (ej.: regulaciones sobre asignación de direcciones del protocolo IP por ICANN; el arbitraje del enrutamiento en internet), que representan una innovación jurídica de bulto sin instancia legitimada democráticamente garante del equilibrio de intereses.

- Sujeción a un proceso rápido y continuo de variación imposible de dominar con las técnicas interpretativas clásicas y conducente, por razón de la debilitación de la potencia directiva de la Ley, a la necesidad del recurso a las operaciones de ponderación y composición (así en las colisiones entre derechos fundamentales) corruptoras de la separación de las funciones estatales y la juridificación progresiva de la política (no restrictiva sino ampliadora de la esfera de acción del poder).
- Debilitación de su potencia ordenadora (puesta de manifiesto por la emergencia de los conceptos de gobernanza y *compliance*) en virtud de i) la ruptura de la equivalencia entre eficacia vinculante y coerción-sanción por surgimiento —en sectores como el de la técnica o el medio ambiente— de un estrato de estándares y criterios técnicos y científicos determinantes de una nueva forma de reproducción del Derecho (ilustrativas son las nuevas formas de la *lex mercatoria*); y ii) emergencia, vía recepción de normas fácticas y generación de nuevas reglas de sanción del conocimiento, presunción y prueba para —en caso de incertidumbre— determinar el aceptado jurídicamente (por ej. reglas sobre la carga de la prueba en controversias sobre nuevos riesgos), así como la remisión a procedimientos dirigidos a alcanzar el necesario saber decisonal, delegándose así en los propios actores económico-sociales el hallazgo de la solución (ej.: la normativa REACH comunitaria sobre productos químicos, especialmente en los campos de la alimentación y los medicamentos).

Así pues, aunque el Derecho continúe generando orden, lo hace en el contexto de los requerimientos innovadores de la dinámica social actual (el credo de la “modernización continua”) exigente de una estrategia ca-

⁹ Por K.-H. LADEUR, *Was bedeutet die “Normativität” des Rechts in der postmodernen Gesellschaft? Vorüberlegungen zur Beobachtung des Rechtssystems durch die Rechts und die Politikwissenschaft*, accesible en

<http://www2.jura.uni-hamburg.de/ceri/publ/A2.12.09-neu.pdf>

paz, simultáneamente, de la conservación de la capacidad de innovación y la resolución de los problemas que de ésta derivan. Lo que explica que se perciba hoy a la vez —y en función de las circunstancias— como impedimento o traba, incentivo y recurso (al que se puede recurrir cuando algo ha ido mal en una innovación; p. ej. en punto a responsabilidad). Esto no es sorprendente si se cae en la cuenta que debe crear seguridad para todos y defender frente a peligros, en especial frente a los inducidos por los riesgos de la evolución científico-técnica (de modo que cuanto mayor sea el riesgo de descontrol de una evolución, tanto mayor es la demanda al Derecho). De esta suerte, el reto hoy para el Derecho es el cumplimiento de la expectativa social de mantenimiento de las innovaciones dentro de límites aceptables; tarea que requiere su acople a los valores y fines sociales y, en definitiva, constitucionales a fin de garantizar que las ventajas de las innovaciones excedan sus inconvenientes, neutralizando en la mayor medida posible sus riesgos en todo caso (así, p. ej. aunque una mayoría desee los beneficios de la técnica genética para la medicina, el Estado debe proteger de sus riesgos y consecuencias colaterales).

Una cosa parece clara en todo caso: en la medida en que las innovaciones no se pueden imponer y si solo posibilitar o facilitar, desplazan normalmente, cuando están en juego, el Derecho clásico de la intervención administrativa, que se ofrece *prima facie* inadecuado al menos como medio principal, por más que siga siendo indispensable (especialmente para la prevención de riesgos: establecimiento de límites para ciertas innovaciones como las manipulaciones genéticas en el ser humano; el empleo de la energía atómica; las emisiones industriales). No puede descartarse, sin embargo, su utilidad para estimular innovaciones (p. ej. la reducción de emisiones dañinas), pero teniendo en cuenta que es proclive a inducir acciones elusivas. Se explica la creciente preferencia, en este contexto, por la puesta a disposición de condiciones, estructuras e institutos posibilitadores del despliegue de potenciales creativos e, incluso, la renuncia a la regulación a favor del establecimiento de deberes de nuevo cuño referidos al seguimiento y control de los riesgos (en especial de los productos), el diseño de procedimientos, la información sobre existencia de reservas sobre la idoneidad de procedimientos, etc.... De esta forma, el establecimiento de límites y el recurso al *imperium* se ofrece como *ultima ratio* una vez agotadas las posibilidades de la técnica de incentivación (ej.: el mercado de derechos de emisión).

Ante la presión innovadora actual el Derecho debe reunir, pues, dos condiciones fundamentales:

- 1^a. Apertura a la innovación, pero teniendo en cuenta que tanto en la modernización económica y técnica como en la social se generan riesgos (sean medioambientales, sean de bienestar y sostenibilidad) y no hay autosuficiencia social correctora, requiriéndose la intervención pública (sea para lograr una modernización ecológica, sea para lograr una determinada calidad de los procesos sociales).

- 2ª. Aseguramiento de una innovación responsable (lo que significa: sujeción de éstas a las orientaciones normativas de la sociedad), pues por sí mismas las innovaciones no aseguran automáticamente tal fin, desde luego no en términos de su distribución entre el mayor número posible, es decir, considerando en la debida medida el bien común. Lo que cuenta en una democracia es la tolerabilidad social de las innovaciones definida jurídicamente. Formando parte la garantía del bien común por el Derecho del contenido nuclear del principio de Estado de Derecho, la abstención de aquél en el proceso de innovación implicaría una pérdida de responsabilidad normativa. Si el Estado social de Derecho ha sido un acompañante de la evolución de la sociedad industrial moderna, ha de serlo también de la sociedad del riesgo, la información y el conocimiento, aunque para ello debe cambiar sus medios. El S. XXI precisa un Derecho siquiera parcialmente nuevo, que —en el movimiento actual de devolución de responsabilidad a la sociedad que se expresa en el Estado garante— debe evitar caer en el exceso, como alerta ya el hecho de que cuando se precisa la defensa frente a peligros o la compensación de perjuicios también los que consideran al Estado como un mal claman por su intervención. El Estado conserva intacta, en efecto, su responsabilidad política y jurídica por el interés común. Y justamente por ello está obligado a reconvertir su instrumentario de acción; reconversión en la que indefectiblemente viejo y nuevo Derecho se mezclan no siempre con la conveniente coordinación.

En palabras de W. Hoffmann-Riem¹⁰: el Derecho debe seguir construyendo confianza mediante predictibilidad, pero, cuando no lo pueda conseguir, debe reorientarse en mayor medida —afrontando la inseguridad— hacia el manejo de la incertidumbre mediante una mayor flexibilidad y capacidad de aprendizaje para obtener resultados que estén dentro del interés de la generalidad de los ciudadanos¹¹.

1.3. Principales consecuencias

El Estado y el Derecho experimentan así, cada vez más, una reducción a instrumento para la adaptación al cambio continuo y a la complejidad social. Han pasado a la condición de medios de dirección social y no sólo ni preferentemente de organización y control de situaciones y relaciones sociales y del tráfico de bienes, sino de la actuación de todo

¹⁰ W. HOFFMANN-RIEM, “Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht. Aufgaben rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung”, *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 131.

¹¹ Véase al respecto M. MERCÈ DARNACULLETA i GARDELLA, J. ESTEVE PARDO e I. SPIECKER GEN. GÖHMANN (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2015.

tipo de sujetos para la efectividad de los procesos sociales: un medio de evitar perturbaciones en éstos. Y ello en un contexto de: i) 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; ii) privación al Estado de muchas de las posibilidades para el cumplimiento de sus tareas y cometidos, muy especialmente de la de cumplimiento de éstos por sí mismo para evitar situaciones de déficit de ejecución; y iii) presión por el cambio en el instrumental de la acción con entronización de la confianza en el mercado y, por tanto, en la co— y autorregulación y, por ello, principalmente en el sentido de la supresión de las normas de tipo imperativo.

La reticencia al recurso a medios imperativos y de intervención, unida a la mayor dependencia de la colaboración de los particulares, dificulta la influencia en los comportamientos de los actores sociales. Y la consecuente renuncia a controles preventivos aboca a la consecuencia indeseada del incremento o el reforzamiento de la vigilancia, la supervisión, la intervención imperativa o el control represivo *ex post*, el recurso a la tipificación de infracciones y la imposición de sanciones cada vez más severas (en su caso, a golpe de la coyuntura y sin observancia de la proporcionalidad); con la consecuencia del agravamiento del déficit en el control social por la dificultad de la ejecución de tales medidas y la regresión —en búsqueda de la “eficacia”— en las conquistas alcanzadas por el Estado de Derecho como respuesta a aquel déficit y esta dificultad (especialmente por recurso al efecto intimidatorio inherente a la sobre-prevención general, en detrimento obviamente del espacio reconocido a la libertad y los derechos—garantías a ellos conectados). Esto es especialmente perceptible en los ámbitos de la seguridad pública y la lucha contra la delincuencia especialmente dañosa y el terrorismo. Se impone, así y en cuanto a la dirección social, una actitud crítica y atenta a la salvaguarda del acervo de valores y bienes constitucionales, pero que no desfallezca en pesimismo, sino que, por el contrario, se mantenga en la búsqueda permanente del mejor instrumental jurídico para encontrar la vía adecuada entre apertura al cambio y la innovación, la precaución y la responsabilidad ante ellas.

II. LA MODULACIÓN EN CURSO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: EL DENOMINADO ESTADO GARANTE DE LA SATISFACCIÓN DE LAS NECESIDADES SOCIALES¹²

Los cambios que viene experimentando, en concreto y según lo expuesto, el Estado se manifiestan sobre todo en el plano de la asunción y el cumplimiento de tareas y cometidos tradicionalmente en mano pública y,

¹² Sobre la recepción en nuestra doctrina de la categoría de Estado y Administración garantes, J. ESTEVE PARDO, “La Administración garante. Una aproximación”, *RAP* núm. 197, 2015, pp. 11 a 39; y *Estado garante. Idea y realidad*, INAP, Madrid, 2015.

por tanto, a cargo, con normalidad, de la Administración; fenómenos éstos que se imputan bien sin más a los procesos de privatización de sectores de relevancia económica (que al propio tiempo son también de “europeización” de los mismos)¹³, bien a tales procesos en el contexto más amplio de los efectos derivados de la transición hacia una sociedad global de la información y el conocimiento¹⁴. La novedad de los cambios debe tomarse, sin embargo, en su justa medida¹⁵.

La respuesta a esta mutación viene consistiendo, principalmente en la doctrina jurídico-pública alemana¹⁶, en la acuñación de fórmulas que intentan expresar las características fundamentales del tipo de Estado hacia el

¹³ En este sentido, por ejemplo, F. SCHOCH, “Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, n.º 3/2008, pp. 241 a 247; y C. FRANZIUS, *Der Gewährleistungsstaat*, reelaboración de intervención en la *Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften* en Speyer el día 1.02.2007, accesible en <http://userpage.fu-berlin.de/~europe/team/FranziusC/texts/gew%E4hrleistungsstaat.pdf>.

¹⁴ Asi Th. Vesting, *Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat. Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung Öffentlicher Aufgaben in der Informations-oder Wissensgesellschaft*, accesible en <http://www.jura.uni-frankfurt.de/43748343/Zwischen-Gewährleistungsstaat-und-Minimalstaat.pdf>.

¹⁵ F. Schoch (op. cit. en nota 11, p. 242) apunta que la evolución que se pretende captar con la fórmula Estado garante no constituye una completa novedad. El mercado ha regulado en Europa occidental desde la II Guerra mundial, de forma exclusiva o predominante, la oferta dirigida a la cobertura de necesidades básicas (por ejemplo alimentación, vestido, vivienda), asumiendo en tales ámbitos el Estado también una cierta responsabilidad de garantía. Lo nuevo consiste en que el Estado se retira ahora también más decididamente del cumplimiento de tareas allí donde hasta ahora actuaba fuera en forma jurídico-pública o privada, abriendo así tales tareas a los sujetos privados. Los ejemplos van desde el suministro de bienes necesarios para la vida (por ejemplo el suministro de agua) hasta los ámbitos en que se hacen presentes requerimientos ambientales (por ejemplo eliminación de residuos y aguas usadas), desde las tareas sensibles en punto a seguridad (por ejemplo el control aéreo, la ejecución de penas y gestión de cuarteles) hasta las infraestructuras públicas (por ejemplo, correos y telecomunicaciones, carreteras) y desde el control de la seguridad de productos hasta la protección de la juventud en los medios de comunicación.

¹⁶ Lo que en modo alguno puede sorprender, toda vez que el concepto de garantía ha pasado a ser jurídico-positivo de rango constitucional tras la última e importante reforma constitucional en Alemania. El artículo 87 f de la Grundgesetz determina ahora, en efecto, lo siguiente:

(1) **La Federación garantiza**, de conformidad con una Ley federal precisada de la conformidad del *Bundesrat* y en los ámbitos de los servicios postales y de las telecomunicaciones, **servicios adecuados y suficientes en todo el territorio** (*Nach Maßgabe eines Bundesgesetzes, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, gewährleistet der Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen*).

(2) **Los servicios** a que se refiere el apartado (1) **se prestan en calidad de actividades económicas privadas** por empresas derivadas del Patrimonio Especial Federal de Correos y otros oferentes privados. **Las tareas de autoridad en el ámbito de los servicios postales y las telecomunicaciones** se realizan por la administración propia de la Federación (*Dienstleistungen im Sinne des Absatzes 1 werden als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter erbracht. Hoheitsaufgaben im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation werden in bundeseigener Verwaltung ausgeführt*).

(3) Sin perjuicio de lo dispuesto en la frase segunda del apartado (2), la Federación desarrolla, de acuerdo con una Ley federal, tareas determinadas en relación con las empresas derivadas del Patrimonio Especial Federal de Correos bajo la forma de un establecimiento federal directo de Derecho público (*Unbeschadet des Absatzes 2 Satz 2 führt der Bund in der Rechtsform einer bundesunmittelbaren Anstalt des öffentlichen Rechts einzelne Aufgaben in bezug auf die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen nach Maßgabe eines Bundesgesetzes aus*).

que parece caminar —Estado directivo¹⁷, Estado regulador¹⁸, Estado abierto y, sobre todo, por ser la que mayor éxito parece estar teniendo, Estado garante (*Gewährleistungsstaat*)¹⁹— y su relación con otros mejor definidos o enunciados en modelos políticos de mayor o menor éxito, como es el caso del Estado social de bienestar y su polo opuesto, el Estado mínimo neoliberal, pero también el llamado Estado activador^{20/21}. Si, por sus carac-

¹⁷ Es el propugnado por la llamada nueva ciencia del Derecho Administrativo en Alemania. Vid. L. PAREJO ALFONSO, *Transformación y ¿reforma? en el Derecho Administrativo en España*, INAP/Derecho global, Madrid 2012.

¹⁸ Como señala Ch. REICHARD [*Das Konzept des Gewährleistungsstaates*, conferencia pronunciada en la reunión anual de 2003 del Consejo científico de la *Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft* (sociedad para la economía pública) accesible en http://www.econbiz.de/archiv/p/up/public_management/konzept_gewaehrleistungsstaat.pdf], por regulación debe entenderse la intervención estatal limitada —ra de las libertades de empresa y contractual de los sujetos económicos más allá de lo que resulta de las reglas generales de juego en el tráfico jurídico. Lo que quiere decir: su finalidad no es otra que la fijación y efectividad de ciertos estándares para la protección de los ciudadanos, ya que, de un lado, se considera más eficiente una regulación pública que la consecución de resultados en el mercado vía prueba y error por parte de los ciudadanos (en determinados sectores, como, por ejemplo, en el de la alimentación o el de los fármacos) y, de otro, se pretende una tutela pública frente a los riesgos de formación de precios excesivos en mercados liberalizados pero en los que la libre competencia no es totalmente efectiva.

La regulación, por tanto, lejos de proporcionar justificación a la burocracia, despliega su razón de ser en el plano de la mejora de la dirección y supervisión de los procesos de dación de bienes y prestación de servicios. Por tanto, el Estado regulador no representa tanto un tipo de Estado distinto al garante, cuanto más bien una dimensión de éste. Pues la paradoja (mas aparente que real) del Estado garante radica en que cuanto mayor sea la descarga de tareas en los actores privados actuantes en el mercado mayor cantidad de regulación le es precisa. Dicho en otros términos: el Estado garante es, también, un Estado regulador (o, si se prefiere, re-regulador) que opera, sin embargo, no solo a través de normas convencionales, sino también de decisiones de instancias u organismos reguladores, procedimientos de adjudicación de contratos y convenios o acuerdos voluntarios, procedimientos de adjudicación o decisiones de instancias reguladoras.

¹⁹ Pero también fórmulas como las de “responsabilidad compartida” (al parecer acuñada por E. SCHMIDT-ASSMANN en el contexto de los trabajos de reforma de la ciencia jurídico-administrativa), “gobernanza público-privada” (N.J. NOVAK, “Public-private governance: a historical introduction”, en J. FREEMAN & M. MINOW (eds.), *Government by contract*, Ed. Harvard University Press, Cambridge 2009); “gobernanza cooperativa” (J. FREEMAN, “Collaborative governance in the administrative state”, *UCLA Law Review* 1997; “interdependencia entre actores públicos y privados” (C. DONNELLY, “The response of english public law to private actors in public governance”, en M. RUFFERT (ed.), *The public-private law divide: potential for transformation?*, Ed. British Institute of International and comparative Law, Londres 2009).

²⁰ El llamado Estado activador fue el propugnado por el Gobierno alemán de la coalición rojo-verde de finales de la década de los años 90 del s. XX en Alemania y basado en el *enabling state* inglés, que se traducía (según Ch. REICHARD, op. cit. en nota 16) en un esfuerzo por ajustar y desarrollar el llamado “Estado delgado” defendido desde 1982 por el Gobierno conservador y en cuyo contexto se habían producido desregulaciones, privatizaciones y recortes sucesivos en la política social. El concepto de Estado activador, además de retomar la idea del *enabling state*, incluía elementos del pensamiento colectivo del comunitarismo y de la responsabilidad del tercer sector en el contexto de una “nueva subsidiariedad” (en la que el Estado posee funciones de dirección y configuración). El objetivo perseguido era una nueva división de responsabilidades entre Estado, economía, tercer sector y ciudadanos.

²¹ Es de todo punto pertinente aquí la advertencia de F. SCHOCH, op. cit. en nota 11, p. 241) de que el actual debate doctrinal en torno al Estado de garantía opera con “modelos” que proporcionan orientaciones básicas y asumen —en el plano descriptivo— una suerte de función de agrupación para la identificación y el análisis de nuevos desarrollos significativos en el sistema jurídico, pero irradian con ello también una especie de fuerza sugestiva que los convierte en conceptos clave, cuya cercanía a conceptos jurídicos y dogmáticos no debería ser pasada por alto y minusvalorada. Aunque nada

terísticas, este último no parece que pueda considerarse contradictorio con el concepto que parece estar triunfando, el de Estado garante, éste presenta —según la perspectiva que se adopte— rasgos tanto del Estado social, como del Estado mínimo²², de modo que es incierta aún la calificación jurídico-política que deba merecer y, sobre todo, es discutible que vaya a poder desembocar en una síntesis de uno y otro²³. En todo caso es claro que —no estando impedido su desarrollo, al menos con carácter general y en virtud de sus principios estructurales, por el orden constitucional²⁴— no supone lo que en principio aparenta: un repliegue sin más del Estado.

Implica únicamente un cambio en el modelo de actuación del Estado en términos de adaptación de la estatalidad a un contexto en proceso acelerado de cambio; adaptación en la que el Estado, si bien reafirma su responsabilidad última por las condiciones de vida en sociedad, es decir, el bien común, cumple su misión de configuración social desde el postulado de la posibilidad de renuncia a la ejecución por sí mismo de determinadas tareas sobre la base de la confianza en la capacidad autorreguladora de la sociedad. Pero en el bien entendido de que no hay en ello privatización, ni formal, ni material, sino —todo lo más— funcional y ni siquiera hay tampoco una radical transformación de la actividad ejecutivo-administrativa tradicional o establecida²⁵. La idea subyacente es la de que toda tarea precisa para el bien común es susceptible, en principio, de ser entregada a la referida capacidad siempre que tal entrega se vea acompañada indisolublemente de la pertinente estructura de garantía de la efectiva satisfacción de las ne-

pueda oponerse al de estos modelos ha de tenerse claro su valor y sobre todo no solo su potencial explicativo, sino también los límites de éste. En todo caso, según al autor, "...los modelos permiten echar una mirada tras el telón ante el cual hace sus piruetas el arlequín jurídico" cuando se emplean adecuadamente, posibilitando reflexiones sobre evoluciones generales en el orden jurídico (y en el sistema político) que pueden aclarar novedades, fricciones, déficits y riesgos para valores jurídicos fundamentales.

²² Si se atiende preferentemente a la responsabilidad de garantía de la dación de bienes y prestación de servicios a los ciudadanos que comporta, el Estado garante puede considerarse próximo al Estado social. Pero si se atiende a la descarga de la realización material de tareas tradicionalmente en mano pública que supone, dicho Estado se ofrece próximo al Estado mínimo.

²³ En este sentido, Ch. REICHARD, *op. cit.* en nota 16.

Así lo entiende también F. SCHOCH (*op. cit.* en nota 11, p. 247), para el que no parece que el Estado garante vaya a convertirse en un Estado mínimo, ya que le es consustancial la articulación de estructuras y contenidos regulatorios aseguradores del bien común.

Lo que parece claro —sobre todo teniendo en cuenta las tendencias que imperan en el Derecho comunitario— es que la evolución en curso sea meramente transitoria o presente rasgos indicativos de su atenuación en el futuro al menos inmediato; menos aún que sea fácilmente reversible (por la pérdida por el Estado de conocimiento, infraestructura y habilidad en los sectores afectados que supone).

²⁴ Para F. SCHOCH (*op. cit.* en nota 11, pp. 243 y 244) los principios estructurales constitucionales y del orden de los derechos fundamentales (con mayor vigor el segundo que los primeros) ejercen un papel directivo de las decisiones en el marco del Estado garante, es decir, en las de determinación de la forma de cumplimiento de las tareas públicas.

²⁵ Como señala F. SCHOCH (*op. cit.* en nota 11, pp. 242 y 243) los clásicos ámbitos de la administración del orden y la prestación seguirán existiendo en el futuro (incluso: deben seguir existiendo). El análisis detenido de las condiciones funcionales del Derecho administrativo de garantía muestra, además, que, junto a nuevos instrumentos directivos, seguirán siendo indispensables elementos ejecutivos acreditados del Derecho administrativo clásico. Se está, pues, ante una evolución, no una revolución.

cesidades sociales. De esta suerte la descarga de la realización material de tareas en sujetos privados activa de suyo la dimensión imperativa del poder público (dirección, regulación, control y supervisión). De donde la emergencia de la que los alemanes llaman ya “Administración de la garantía de la prestación”, que reclama el desarrollo de un “Derecho administrativo de la garantía de la prestación” en que la supervisión adquiere renovada importancia.

A resultado equiparable conduce el planteamiento que hace K. Waechter²⁶ sobre la base de la filosofía de Rawls y tomando como sectores de referencia el Derecho de las cosas públicas y la teoría del servicio público. Concibiendo la Administración pública como organización al servicio de la satisfacción de las necesidades sociales²⁷, sistematiza la entera actividad materialmente administrativa en torno a un conjunto reducido de principios sustantivos extraídos de los tipos de administración de intervención, prestación y configuración social, incluyendo justamente las formas de ejecución de tareas públicas a que da lugar el Estado garante. Con independencia de que las premisas constitucionales pertinentes (en relación con la identificación de los bienes básicos para las personas y el o los responsables de su producción y suministro) puedan resultar y de hecho sean escasas, sostiene que es claro en todo caso que cuanto deba hacerse pero esté prohibido a los sujetos privados ha de ser llevado a cabo por el Estado. De esta suerte, en tal ámbito existe solo la alternativa entre Estado y ciudadano, mientras que en otros ámbitos la cuestión presenta carácter más secundario, no siendo infrecuente una doble legitimación de actuación del Estado y los ciudadanos (por ejemplo en la educación o en la sanidad). De ello deduce la falsedad, con carácter general, de la afirmación de una relación de exclusión recíproca entre responsabilidad estatal y responsabilidad social y la corrección de la existencia más bien de un cierto solapamiento entre una y otra como ilustra justamente el Estado garante. Lo que vale incluso para ámbito tan nuclear al sector público como la seguridad (siempre que en ésta no se incluya la coerción), donde es frecuente deducir equivocadamente la exclusividad de la tarea desde los fines del Estado. Que la coerción estatal pueda ser legítima por garantizar la seguridad ciudadana no implica que el ciudadano no pueda y, en su caso, deba procurarse por sí mismo seguridad, siempre que emplee para ello solo medios no coercitivos, es decir,

²⁶ K. WAECHTER, *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen 2008, pp. 1 a 21.

²⁷ Según el autor citado esta perspectiva permite la definición de un marco único para todas las formas de actuación de la Administración (intervención, prestación y configuración social); marco, que presenta las siguientes ventajas: i) identificación de la situación de concurrencia y complementariedad de la Administración y la sociedad (el mercado básicamente) en la satisfacción de las necesidades sociales; ii) integración de todas las manifestaciones de la actividad administrativa y comprensión adecuada de los procesos de privatización de tareas y cometidos materialmente públicos; iii) clarificación tanto de la responsabilidad social en punto al suministro de bienes básicos, como de la multipolaridad de las relaciones administrativas; v) clasificación de la administración de configuración social; y vi) articulación de un conjunto de principios fundamentales para la totalidad de la administración en sentido sustantivo o material.

meramente técnicos, sociales o culturales. Solo el *imperium* determina la reserva de la tarea correspondiente al Estado (por estar reservada al mismo la coerción, como regla general, a fin de no perder la conquista capital que supone la estatalidad constituida jurídicamente). Desde estas apreciaciones afirma que la idea de los deberes de protección de los derechos fundamentales no está conectada ya hoy a una potestad y, por tanto, competencia pública exclusiva²⁸. Por tanto, es posible la concurrencia de deberes públicos y privados de protección de derechos fundamentales, pudiendo cumplirse la pública justamente mediante la caracterización de los deberes sociales como verdaderas obligaciones. Lo que significa: el deber estatal de protección de los derechos fundamentales alude a un estándar mínimo (como resultado) de protección, pero nada dice acerca de cómo tiene lugar tal protección. En estos supuestos de concurrencia hay, pues, tareas o cometidos ciertamente públicos pero accesibles por igual, en principio, para los sujetos públicos y privados; en modo alguno competencias estatales exclusivas. En consecuencia: en la práctica existen, en el terreno de las tareas o los cometidos materialmente públicos para la satisfacción de necesidades sociales, ámbitos en que la actividad administrativa es exclusiva; ámbitos en que desarrollan sus respectivas actividades, de forma concurrente, el Estado y los sujetos privados; y, finalmente, ámbitos en que es exclusiva la actividad de estos últimos.

En una primera aproximación, el llamado Estado garante es, pues, aquél que, sin sustituir y simplemente modular el Estado social y democrático de Derecho, se centra en garantizar la ejecución de determinados cometidos (dación de bienes y prestación de servicios) decidida en sede política sin por ello tener que asumir directamente aquella ejecución, la cual puede ser llevada a cabo igualmente por sujetos privados (es decir: el mercado), organizaciones de interés social (tercer sector) o, incluso, los propios ciudadanos. La comprensión cabal de la nueva categoría requiere hacerse presente la

²⁸ Dos ejemplos extraídos de nuestro ordenamiento bastan para justificar la afirmación:

1. En el Derecho privado, la patria potestad comprende, conforme al artículo 154 del Código civil español, los deberes de vela, amparo, compañía, alimentación, educación y procura de formación integral, siendo factible recabar, en su ejercicio, el auxilio de la autoridad y coexistiendo con el deber de protección de menores por parte de la entidad pública en cada caso competente a que se refiere el artículo 172 del propio Código Civil).

2. En el Derecho público español: i) el artículo 26 de la reciente Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, contempla el establecimiento, mediante reglamento y en desarrollo de la propia Ley, la legislación de seguridad privada, la de infraestructuras críticas o cualquier otra normativa sectorial, de medidas de seguridad en establecimientos e instalaciones industriales, comerciales y de servicios, así como en las infraestructuras críticas, con la finalidad de prevenir la comisión de actos delictivos o infracciones administrativas, o cuando generen riesgos directos para terceros o sean especialmente vulnerables; y ii) el artículo 5.2 de la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre protección civil, establece la obligación de los titulares de los centros, establecimientos y dependencias o medios análogos de dedicados a actividades que puedan dar lugar a situaciones de emergencia incluidas en el catálogo aprobado a tal efecto por el Gobierno de establecer las medidas de seguridad y prevención que reglamentariamente se establezcan.

gradación teórica de la responsabilidad del Estado²⁹ por las condiciones de la vida social en:

- Responsabilidad de garantía (también calificada de directiva o infraestructural), alusiva al deber de aseguramiento de cometidos o tareas a estándares prefijados (no inclusiva del desarrollo o ejecución, pero que puede llevar aparejada una discutida responsabilidad de sustitución³⁰).
- Responsabilidad de cumplimiento o ejecución, referida a la realización efectiva de las tareas o los cometidos.
- Responsabilidad de financiación, atinente a la cobertura económica del desarrollo de las tareas o los cometidos en beneficio de sus destinatarios.

Estas tres dimensiones de la responsabilidad estatal se ofrecen agrupadas, confundidas o indiferenciadas únicamente en el caso de las tareas o cometidos conceptuados como nucleares por tener una relevancia estratégica para la pervivencia de la comunidad políticamente organizada. Pues se sobreentiende que el Estado no puede asumir en ellas el riesgo de una no realización o realización deficiente. En el polo opuesto se sitúan las calificadas como tareas nucleares privadas por inscribirse en la lógica de la plena libertad en cualquiera de sus dimensiones, incluida desde luego la económica, de modo que respecto de ellas al Estado no incumbe responsabilidad de ninguna clase. Justamente en un terreno intermedio entre unas y otras se hallan las tareas o los cometidos (consistentes fundamentalmente en dación de bienes o prestación de servicios) calificados precisamente por ello como “garantizados”, pues es en ellos donde opera la desagregación de la responsabilidad estatal: mientras el Estado retiene en todo caso la relativa al aseguramiento del cumplimiento, las otras dos (la de efectiva realización y la de financiación) pueden tanto ser retenidas por aquél como trasladadas a

²⁹ Sobre esta gradación, elaborada por la dogmática alemana, véase G.F. SCHUPPERT, *Verwaltungswissenschaft*, Ed. Nomos, Baden-Baden 2000, pp. 400 y ss.; y E. SCHMIDT-ASSMANN, “Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung”, *Die Öffentliche Verwaltung* (DÖV) 1997, pp. 433 y ss.

Como señala P.ACOSTA GONÇALVES, *The enabling state and the market* (punto 2 del texto accesible en http://www.pedrocostagomcalves.eu/PDF/textos/the_enabling_state.pdf): “In general use, the concept of *public responsibility* –with an essentially initial descriptive or heuristic value and meaning – has been used by doctrine to indicate the entire spectrum of public tasks, as well as to explain the various forms or degrees of public administrative intervention in social life. In the latter sense, attention has been drawn to the *relational* nature of the concept and to the fact that it connects the poles of State and Society, insofar as it indicates the point of separation or distinction of roles between those poles”.

³⁰ Se trataría de una nueva dimensión de la responsabilidad del Estado surgida justamente de los novedosos supuestos de diferenciación de la responsabilidad de garantía (retenida por el Estado) y de cumplimiento (referida a sujetos privados) y consistente en el deber de reasumir esta última en caso de incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las tareas o cometidos por los sujetos privados.

Para F.SCHOCH (op. cit. en nota 11, p. 244), se trata de la que califica como “responsabilidad recepticia” o *Auffangverantwortung*, consistente en una función administrativa de reserva que, en los ámbitos objeto de privatización, debe activarse en caso de no cumplimiento o defectuoso cumplimiento de las correspondientes tareas por los sujetos privados.

los sujetos privados como consecuencia de la asignación a los mismos de las tareas o cometidos correspondientes. Por ello ha podido sostenerse que hay aquí una extensión de la esfera de acción de los sujetos privados que se produce en el contexto de articulación de dicha acción y la del poder público calificada por M. Eifert³¹ como autorregulación regulada (públicamente).

En todo caso y como ha destacado F. Schoch³², la nueva calificación del Estado pretende aludir a un proceso exigente: el de superación de la dicotomía clásica entre los principios de orden inherentes al *imperium* estatal, de un lado, y el social-económico de libre concurrencia, de otro lado. De ahí que la combinación de ambos elementos, en principio antinómicos, no permita esperar que uno de ellos (p. ej. el mercado) venza completamente y el otro (p. ej. la Administración imperativa estatal) pueda así quedar referido –como algo ya terminal– al pasado³³. El Estado garante no es, pues, un sistema puro, pues descansa en soluciones diferenciadas según materias, sectores o ámbitos (extremo que luce claramente en la Comunicación de la Comisión Europea “Los servicios de interés general en Europa” [COM (2000) 580 final]. Su *vis* atractiva reside cabalmente en la apuntada mezcla o combinación de racionalidades: la del orden social-económico, de un lado, y la del sector estatal, de otro; lo que para el indicado autor le hace merecedor, en definitiva, de la consideración de cifra misma de lo que la Comisión Europea denomina el modelo social europeo³⁴.

Como bien apunta C. Franzius³⁵, esta nueva distribución entre Estado y sociedad y en ciertos sectores o ámbitos de la responsabilidad por las condiciones de vida en comunidad tiene como presupuesto basal el mecanismo adecuado para garantizar la obtención de los resultados políticamente deseados y, por tanto, que los actores privados observen los pertinentes estándares de calidad (desde el punto de vista del bien común), lo que hace

³¹ M. EIFERT, “Regulierungsstrategien”, en W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann/ A. Voskuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, Ed. C.H. Beck, München 2006, pp. 1262 y ss.

³² F. SCHOCH, op. cit. en nota 11, p. 242.

³³ P. COSTA GONÇALVES (op. cit. en nota 27, apdo. 2) resume así su análisis del estado de la cuestión: “As a system or structure that serves the common good, the institutional model of the Enabling State lies halfway between two model poles –*Market model* and *State model*– and the doctrine proposes to designate it as a *regulatory model*.”

Although the literal wording may not fully suggest it, the new model reflects the result of an *interaction* and an *optimal sharing of tasks and responsibilities* between the two polarities, rejecting the totalitarian and excluding trend focused by the two first models. The new grade or level of public guaranteeing responsibility seeks to promote a linkage between the two poles or subsystems which divide a politically organized community –State and Society (Market)–, in order to preserve their inherent rationale and seize their benefits”.

³⁴ Cabalmente por ello en el nuevo modelo de Estado se ponen esperanzas de superación de la sobrecarga del Estado, de las finanzas públicas, de las burocracias, el incremento del déficit de la disposición de información y conocimiento por parte del estado y de la ejecución administrativa mediante el aprovechamiento de las posibilidades de la iniciativa privada, el conocimiento experto individual, el capital privado y la mayor cercanía de prestadores privados respecto del cliente. Y todo ello, sin renuncia por parte del Estado a la configuración social y la compensación entre libertad e igualdad, que representan desde luego en la Europa continental un elemento esencial de la cultura social. Y también conservando en muchos ámbitos también la decisión última por el gobierno democrático y no por las fuerzas del mercado invisibles a las que difícilmente se les puede exigir responsabilidad.

³⁵ C. FRANZIUS, op. cit. en nota 11, en especial apdo. C.

imposible que el proceso se entregue sin más a la dinámica de la autorregulación e impone, por ello, el acompañamiento de la descarga de la realización material de tareas y cometidos con el adecuado régimen de regulación y supervisión³⁶. Lo que quiere decir en lo que aquí importa: el fenómeno descrito supone nuevos retos para la función estatal de supervisión (en este contexto fundamentalmente económica por razones obvias). Y ello, porque el Estado garante no se agota en la distribución de responsabilidades precisa para conseguir la liberación de la dinámica propia de la actuación privada, sino que va mucho más allá: limita esa dinámica para colocarla al servicio de la obtención de resultados públicos. En términos de F. Schoch³⁷: en el ámbito de la Administración de la garantía de la prestación se produce una concretización del bien común conjuntamente por el Estado y los sujetos privados, si bien –en términos jurídicos– no tanto de verdadera división, como de reparto de la responsabilidad (pues los actores privados pueden continuar orientando su actuación por la racionalidad propia de la competencia en el mercado). Lo que significa que las medidas de privatización tienen un efecto de mayor alcance que la mera privatización de la organización de la correspondiente tarea (privatización formal), concretamente el de renuncia por el Estado al desarrollo por sí mismo de la correspondiente tarea, con la consecuencia de cierta pérdida en su potencia directiva por efecto de la penetración de la racionalidad propia de la acción privada en el cumplimiento de tareas materialmente públicas (sin perjuicio de la responsabilidad estatal de garantía).

De modo que, como afirma el antes citado Th. Vesting, el Estado de garantía obtiene su verdadera faz de la apuesta por la activación de fuerzas privadas y la posibilitación del cumplimiento de tareas materialmente públicas mediante la articulación de estructuras regulatorias aseguradoras del bien común. No hay en él, por tanto, ni regreso a la sociedad de Derecho privado, ni abandono del ciudadano a sí mismo, sino asunción de deberes de protección en términos de garantías de determinados resultados mínimos (lo que hace aflorar a primer plano el orden constitucional de derechos y deberes propios del status del ciudadano).

Las transformaciones que esta nueva dimensión del Estado induce pueden resumirse del modo siguiente:

1. La responsabilidad de garantía se cumple preferentemente por medio del Derecho, pero en modo alguno en términos de monopolio, pues las fuentes de su producción vienen experimentando un doble proceso horizontal y vertical de pluralización y desestatalización (europeización, internacionalización, autorregulación) determinando el tránsito, ya apreciable, de una situación de jerarquía a la por

³⁶ Sobre el incremento por los procesos de privatización de las funciones públicas de vigilancia y control, R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la administración*, Ed. Tecnos, Madrid 2000.

³⁷ F. SCHOCH, op. cit. en nota 11, pp. 244 y 245.

el propio Th. Vesting³⁸ calificada de “heterarquía”. En todo caso, la legislación estatal no es ya solo, ni predominantemente, programación material, decantándose cada vez más por las regulaciones organizativas (como recurso de “gobernanza”) y procedimentales (para el acierto de las decisiones). Su fin no se circunscribe, en todo caso, a la estructuración, esencialmente económica, de dinámicas de mercados; se extiende al establecimiento de un verdadero orden general de la garantía de las prestaciones decididas políticamente a favor de los ciudadanos (orden que está aún por establecer y que ha de resultar de un esfuerzo doctrinal de sistematización de la normativa sectorial a la luz de la constitucional).

2. La Administración propia del Estado garante no encaja ya, por ello y sin más, en el molde clásico de aparato de ejecución heteroprogramado, pues es ella misma la llamada ahora (muy particularmente en forma de organismos reguladores) a establecer el programa de la ejecución. Lo que no puede dejar de tener repercusiones en categorías establecidas como las de la reserva de Ley y los derechos fundamentales³⁹. En la primera cuando menos en el plano de los términos de su satisfacción a efectos del control jurídico de su cumplimiento. Y en la segunda, toda vez que la igualdad de las condiciones de actuación de los actores en el mercado pasa a ser esencial y, con ella, la delimitación de las respectivas esferas de libertad.

³⁸ Th. VESTING, op. cit. en nota 12, apdos. II y III.

³⁹ A este respecto, C. FRANZIUS (op. cit. en nota 11, apdo. B, II, 1) señala que: i) el fenómeno que viene analizándose agudiza de modo tal el potencial de los conflictos multipolares que deja inservibles las reacciones dogmáticas consistentes en el cambio en la función de los derechos fundamentales (de defensiva a protectora de su contenido) y en la activación de la dimensión objetiva de dichos derechos (a efectos del reconocimiento de un mayor margen de configuración al legislador), de modo que sigue siendo incierto el alcance preciso de posición de garante del Estado (la idea de la retención por éste de la decisión última es puramente descriptiva y no proporciona una verdadera solución); y ii) la insuficiencia de la doctrina de la *Drittwirkung* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales para fundamentar los deberes impuesto ahora a los actores privados (como consecuencia de su colocación material en la posición tradicional de la responsabilidad estatal de ejecución, pues dicha doctrina hace que la eficacia de los derechos en las relaciones jurídico-privadas precisa la intermediación de deberes del Estado, haciéndose precisa una apertura a un modo horizontal de resolución de conflictos entre derechos fundamentales. Por estas razones el autor sostiene la plausibilidad de la solución de la dirección estatal mediante estructuras regulatorias (a la que se hace referencia en el texto) puesto que en ella se pretende no una esquemática traslación de deberes a los sujetos privados, sino el hallazgo de un equivalente funcional basado en una preeminente responsabilidad estatal de legitimación.

Por su parte, F. SCHOCH (op. cit. en nota 11, p. 244) ve en los deberes constitucionales de protección de los derechos pertinentes la base misma del que denomina Derecho de garantía en los correspondientes ámbitos, materias o sectores. Pues, en su dimensión objetiva, los derechos fundamentales operan de forma múltiple en términos de deberes estatales de garantía prestacional. Por ello, aunque existan desde luego márgenes de libertad de configuración (respecto del cómo de la asunción de los deberes de protección), cabe la afirmación de que cuanto más confíe el Estado en los sujetos privados tanto mayor ha de ser su garantía del cumplimiento correcto de la tarea o el cometido pertinentes. Lo que sostiene que prueba, en el Derecho alemán, la regulación de la seguridad de los productos (especialmente en relación con el control de acceso al mercado y la supervisión de éste) y de la protección de la juventud en los medios.

De esta suerte, la tarea principal de la Administración en este terreno no es otra que la articulación de estructuras jurídicas idóneas para inducir una colaboración de los sujetos públicos y los privados a efectos de la consecución de los resultados pretendidos, es decir, una coordinación eficaz de las contribuciones de unos y otros a la realización del bien común en términos respetuosos con la racionalidad respectiva. De ahí que el papel de la Administración pueda ser conceptualizado como dirección y, por tanto, control de la actuación de los actores privados; dirección y control inscritos en el que la doctrina alemana califica como “Derecho de garantía mediante estructuras jurídicas” y cuya construcción dogmática está por hacer, pero cuyo eje guía es la operación administrativa mediante la determinación de las condiciones de la contribución de los sujetos privados al bien común.

Ocorre, sin embargo, que cuanto queda dicho no logra despejar la ambigüedad inherentes, en este contexto, a los conceptos de garantía y responsabilidad; conceptos que, tomados en sentido estricto, suscitan expectativas que el Estado garante no puede cumplir.

Por de pronto es de por sí cuestionable la insistencia en el Estado (desde las ideas implícitas de Estado nacional soberano y representativo de la unidad de la política y el Derecho) como referencia última. Aunque esta referencia pueda seguir siendo en cierto sentido plausible, lo es solo desde la constatación, de un lado, de la porosidad de las fronteras de política, Derecho y Administración, con consecuente potenciación de las funciones del sistema jurídico (en virtud de un nuevo acoplamiento de política y Derecho en sede constitucional), y, de otro lado, del abandono de la idea de la sociedad centrada en el Estado y, por ello, definida por el poder político. Th.Vesting⁴⁰ destaca convincentemente:

- a) La obsolescencia de esta última idea, toda vez que la sociedad se ofrece con entidad diferenciada, rompiendo la antes aludida unidad y quedando la política y el Derecho como simples partes del proceso constante de automodificación de aquélla⁴¹. La sociedad actual reposa sobre la objetivación e institucionalización de diversas racionalidades y esferas de valor, es decir, de sistemas autónomos aunque interdependientes (la política, la economía, el Derecho, la cultura, etc...) y aunque tal situación concurriera ya en la sociedad liberal de los siglos XVIII y XIX, su característica actual radica en el incremento de la interdependencia en términos paradójicos de simultánea potenciación de los factores de independencia y dependencia.
- b) La incapacidad de la política para poner la lógica de la economía (orientación hacia el beneficio) al servicio de otros fines sin poner en riesgo la dinámica prestacional e innovadora de la misma. Pues

⁴⁰ Th.VESTING, op. cit. en nota 12, apdo. II,2.

⁴¹ Lo que ha supuesto la quiebra de la idea —válida desde Platón hasta Hobbes— de una heteroestabilización normativo-teleológica de la sociedad y su sustitución por la de una autoestabilización social-inmanente o de sistemas autónomos dependientes recíprocamente vía diferenciación funcional.

- esta dinámica expresa no tanto la racionalidad específica económica, cuanto la autonomía misma del sistema económico.
- c) La consecuente puesta en cuestión de las representaciones tradicionales del Estado por la conversión de la sociedad en una red de sistemas autónomos. Pues cada uno de estos sistemas operan sobre la base de diferenciaciones elaboradas desde sí mismos y en la relación con su ambiente propio, de modo que –más allá de la continuada reproducción de su propia racionalidad– no reconocen responsabilidad alguna, lo que se hace especialmente evidente en la economía mundializada y su específica reacción frente a las necesidades sociales (haciendo impracticable la imputación de responsabilidad a alguien en concreto). Se está, pues, en presencia no solo de una transformación de las formas de cumplimiento de las tareas públicas, sino de un verdadero cambio (al menos parcial) en el Estado determinado por un mayor desplazamiento de la función de la política desde la generación autoritaria de decisiones vinculantes colectivamente hacia formas cooperativas de la moderación de intereses y la incentivación de soluciones. Cambio en la estatalidad éste, que arrastra el de la Administración por imposibilidad creciente de la reproducción, en muchos ámbitos, del modelo ejecutivo tradicional al dejar la sociedad de ser un objeto estable cuyas regularidades confluyen en el Estado o en la Administración y pueden ser descritas, dirigidas y responsabilizadas desde uno u otra.
 - d) Todo lo cual aboga –sin perjuicio de su mantenimiento a falta de un concepto mejor– por la actualización del concepto de responsabilidad para aludir a la asumida por la política y el Derecho en relación con procesos sociales. La noción de responsabilidad proviene de la filosofía moral y del Derecho, presuponiendo un sujeto capaz de tomar decisiones y, por tanto, de ser o no negligente y, por tanto, la conexión con relaciones entre tal sujeto y objetos relativamente estables permisiva de la identificación –desde la causalidad– de cadenas de responsabilidad (haciendo posible, así, la atribución de ésta a concretos sujetos por razón de determinadas actuaciones). Se sitúa, pues, en la tradición de la filosofía subjetiva de la ilustración y se vincula a la idea del individuo como persona fundamento de todas las posibilidades del conocimiento, la actuación, obligación, etc... No es sorprendente, por ello, la inexistencia de un modelo de responsabilidad colectiva equivalente al de la responsabilidad individual.

Esta construcción resulta desbordada en la actualidad en punto, de un lado, al modelo clásico de causalidad que –bajo condiciones de creciente complejidad– resulta indudablemente forzado (así, especialmente en el medio ambiente), y, de otro lado, a la idea de que el Estado en tanto que sujeto es responsable al igual que un individuo, en cuanto que la consideración del Estado o la Administración como persona jurídica (es decir, centro de

imputación en calidad de una suerte de “persona grande”) resulta de todo punto insuficiente ante la emergencia de organizaciones, en particular bajo la forma de redes flexibles (transnacionales) de relaciones.

Un concepto de la responsabilidad a la altura de nuestro tiempo requiere, pues, afrontar la cuestión de la responsabilidad colectiva sobre la base de los planteamientos que, abandonando ya el hombre como sujeto y elemento último del orden social, recurren a otras referencias, cual sucede en la teoría de sistemas de N. Luhmann, que sustituye el sujeto por la diferencia sistema/ambiente en sistemas autopoiéticos. El esfuerzo habría de concentrarse así en la determinación del papel de las organizaciones y redes en la sociedad actual, haciendo énfasis no tanto en la construcción en la calidad de personas, cuanto en el momento abstracto e impersonal de la teoría de la persona jurídica. Para ello pueden encontrarse precedentes útiles en la tradición, pues ya el Derecho canónico del s. XII admitía imputar acontecimientos (por ej. actuaciones dañosas) a corporaciones y, aunque no disponía aún de un concepto consolidado de corporación, proporcionó la base para el desarrollo del momento abstracto e impersonal tal como se produjo⁴² desde la idea política de los dos cuerpos del rey (ya corriente en la Inglaterra del s. XVI) y se consolidó en la obra de los revolucionarios ingleses y, especialmente, en la de Hobbes, cuyo *Leviatán* es —además de una teoría del poder absoluto— una teoría de la supraordenación del cuerpo político respecto de todos los cuerpos naturales y, con ello, de la inclusión del imperante en las reglas y regularidades del sistema jurídico.

Con ayuda de una teoría de sistemas autónomos debería, pues, poderse alcanzar la actualización antes apuntada como necesaria. El punto de partida sería la adopción de un nuevo lenguaje para describir adecuadamente el incremento de complejidad en el sistema jurídico. Y el objetivo sería la reconstrucción de las proposiciones constitutivas del trasfondo del modelo clásico de la responsabilidad de modo que ésta pueda desplegar efectos de vinculación jurídica bajo las condiciones ambientales completamente nuevas de una sociedad de las organizaciones.

Lo que, en cualquier caso, parece claro es que con la responsabilidad de garantía se alude —en un contexto de pérdida por el Estado de potencia directiva y de control de los procesos sociales y económicos y como sostiene F. Schoch⁴³— a un deber jurídico estatal de resultado; deber que deriva —según cada sector y a partir de las premisas deducibles del orden constitucional— de la Ley en cada caso aplicable. De este concepto resultan, según dicho autor, las siguientes consecuencias que importa resaltar:

- 1.^a El deber no se agota en la introducción de una estructura regulatoria dirigida a la inserción en la lógica del correspondiente mercado (en situación de competencia efectiva) de fines colectivos

⁴² Según demostración efectuada en su día por E. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton 1957.

⁴³ F. SCHOCH, op. cit. en nota 11, pp. 245, 246 y 247.

ajenos a ella. Comprende igual y necesariamente el apoderamiento al poder público con facultades de intervención y supervisión, compañeras indispensables de las de regulación. Pues la libre competencia no es, en este plano, un valor protegible *per se* en tanto que la comunidad política no puede confiar ciegamente en ella (en tanto que procedimiento totalmente abierto a efectos de resultados) para la satisfacción de necesidades mediante actividades no siempre atractivas económicamente. El Derecho administrativo de la garantía solo puede asignar a la libre competencia, pues, una función más bien instrumental al servicio de la consecución del bien común (lo cual se hace especialmente evidente en la incorporación de la libre concurrencia en la adjudicación de contratos del sector público, pues en el Derecho de la contratación pública no existen fines consustanciales a la misma ajenos –como el de la competencia– a los inherentes a la contratación en sí misma considerada).

- 2.^a Los elementos característicos del Derecho administrativo de garantía (de las prestaciones) son, por ello, los siguientes.

De un lado y como pieza nuclear, la regulación entendida como todo mecanismo, instrumento o medida de influjo estatal en procesos sociales, en particular económicos, con finalidad de producción –más allá del caso concreto– de un determinado orden específico. Lo que implica que se manifiesta fundamental, pero no exclusivamente, en forma de Derecho, operando éste así en ella tanto como medio central, cuanto como límite de necesaria observancia en cualquier caso. De esta suerte y respetando la lógica de los subsistemas Estado y sociedad, el Derecho administrativo de garantía:

- Comprende formas jurídico-públicas y jurídico-privadas de actuación.
- Incluye mecanismos e instrumentos de aseguramiento del resultado (y su calidad) en la realización por sujetos privados de las tareas o los cometidos en ellos descargadas, poniendo a disposición y estableciendo, respectivamente, mecanismos de selección adecuada de sujetos privados idóneos para la cooperación con el sector público y de protección de los derechos de terceros (competidores privados, usuarios, consumidores, etc...).
- Y, para ello, articula instrumentos eficaces de dirección y control públicos (en forma diversa, incluidas la publicidad, los deberes de información, la autovigilancia o autocontrol, pero sobre todo la evaluación y la supervisión), así como, en último término, de sustitución pública (mediante la recuperación de las actividades en que no se respeten los correspondientes estándares de resultado).

Es claro, pues, que la responsabilidad de garantía característica del nuevo perfil del Estado requiere –como condición indispensable– la asignación al

mismo de los medios jurídicos precisos para hacer efectivo el cumplimiento por los sujetos privados de la tareas o los cometidos correspondientes a necesidades sociales cuya satisfacción material se entregue al mercado. Y estos medios comprenden:

- a) Además desde luego de nuevos y específicos instrumentos que, en su caso, modulan previos existentes, tales como: la privatización puramente funcional de enteros sectores o ámbitos de actividad; la inserción en éstos de la técnica clave del servicio universal, así como las no menos importantes de las obligaciones de servicio público y de compensación; la introducción de la lógica de la libre competencia en la adjudicación de contratos del sector público; y la de origen comunitario llamada autorregulación regulada.
- b) Todo el instrumentario del Derecho administrativo de intervención y, en particular, la supervisión, que lejos de ser incompatible, sigue siendo irrenunciable obviamente según las características del ámbito o sector de que en cada caso se trate.

En este sentido, la tesis de K. Waechter⁴⁴ ya expuesta de la Administración como actividad para la satisfacción de necesidades sociales aboca a las siguientes conclusiones:

- i) Procedencia de la diferenciación, en orden a la satisfacción de necesidades sociales, entre las siguientes decisiones públicas: regulación, planificación, organización y supervisión, de modo que la privatización funcional de que se ha venido hablando se sitúa cabalmente en la fase de la decisión sobre la organización de la satisfacción de la necesidad que sea del caso.
- ii) Existencia de un conjunto de principios generales que rigen toda actividad de satisfacción de necesidades sociales (materialmente pública, cualquiera que sea la forma en que se desarrolle).
- iii) Sujeción, por tanto, también de la actividad de los sujetos privados dirigida a la satisfacción de necesidades sociales (en virtud de la organización de ésta mediante entrega al mercado) desde luego a los principios (derivados de la teoría del servicio público) de continuidad, igualdad (acceso general en condiciones asequibles e igualdad de los ciudadanos en la prestación), suficiente calidad (también en el tiempo y, por tanto, adecuación a la evolución de las condiciones de prestación y, en especial, variación de la demanda y compensación por modificaciones imperativas).
- iv) Sometimiento consecuente de la actividad de los sujetos privados a control y supervisión públicos.

⁴⁴ K. WAECHTER, op. cit. en nota 10, especialmente pp. 273 y ss.

La pertenencia a la privatización funcional de tareas y cometidos de la supervisión radica en la inscripción de ésta en la responsabilidad estatal de garantía, toda vez que ésta tiene como correlato necesario la habilitación para la observación, es decir, la vigilancia, la regulación y, justamente, la supervisión. Si la constatación en el contexto de la vigilancia de una situación deficiente determina la procedencia de la adopción de medidas regulatorias, la supervisión tiene por objeto la observancia de los deberes que resultan de los principios antes expuestos. Este objeto la hace análoga a la supervisión orgánica sobre los entes locales, en la medida en que ésta persigue el cumplimiento regular de sus tareas por dichos entes, pero respetando su autonomía. Pues ha de tenerse en cuenta que en la privatización funcional los sujetos privados cumplen tareas materialmente públicas, lo que permite un cierto paralelismo con la ejecución administrativa delegada. La semejanza llega incluso más allá, pues si la supervisión orgánica sobre los entes locales es también de oportunidad, la supervisión económica de sujetos privados no es tampoco solo de estricta legalidad (incluyendo decisiones adoptadas en el contexto de márgenes de mayor o menor discrecionalidad). En la medida en que en la privatización funcional cabe hablar, así, de un condominio estatal-sujetos privados sobre las tareas y los cometidos correspondientes, es posible jurídicamente, finalmente, la privatización funcional también de la propia supervisión (dando lugar así a la retención por la Administración de una supervisión superior o última).