

## REGULACIÓN ECONÓMICA Y DEMOCRACIA POLÍTICA: UN PUNTO DE VISTA ITALIANO\*

**Domenico Sorace\*\***

*La Unión Europea está experimentando cambios sustanciales ligados a su nueva Constitución, lo que ha abierto el debate sobre el buen funcionamiento de la Administración en toda Europa, pues ésta requiere un equilibrio entre la regulación económica y la democracia política.*

*En tal sentido, para que una autoridad administrativa sea realmente independiente y pueda cumplir su función reguladora con éxito, es necesaria su desvinculación total con respecto al Gobierno central, de tal manera que su accionar sólo tenga como juzgador ulterior a la población, a través del legislativo y las fuerzas políticas que lo conforman.*

*Sin embargo, no debemos limitarnos totalmente a ello. Veremos pues, a través del presente artículo, cómo la independencia de la Administración no debe verse limitada a lo anterior, pues se deben observar los parámetros que impone la Constitución.*

\* El artículo fue traducido del francés por Mayra Bryce, miembro de la comisión de Proyección Académica de THEMIS, y el doctor Diego Zegarra Valdivia. Agradecemos al doctor Zegarra por su ayuda en la obtención del presente artículo inédito y al profesor Domenico Sorace por la autorización prestada para su publicación.

Las referencias en las notas siguientes observan sobre todo, leyes, instituciones y autores italianos.

\*\* Profesor Ordinario de Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Florencia. Profesor visitante de la Universidad de Yale y de la London School of Economics. Presidente de la asociación italiana de Derecho Administrativo.

1. El panorama de las relaciones entre la política y la Administración es huidizo, y no tiene límites dada la incertidumbre que se vincula a los términos de dicha cuestión<sup>1</sup>. En efecto, las mismas expresiones “regulación económica” y “democracia política” no tienen un sentido universalmente aceptado, de manera que no se puede abordar la cuestión de su relación sin precisar de antemano la acepción en la que van a ser utilizadas.

1.1 Así pues, para comenzar por la primera de las dos expresiones –“regulación económica”– cada uno de los dos términos que la componen exige precisiones. Con respecto al término “*regulation*” no se puede olvidar, en primer lugar, que –a pesar de sus alejados orígenes ingleses, vinculados con los *common callings*<sup>2</sup>– su uso actual se debe a una importación del otro lado del Atlántico, donde el Análisis Económico del Derecho contribuyó mucho a construir su significado.

En la acepción seguida aquí<sup>3</sup>, la regulación es heterónoma y autoritaria: se realiza, en primer lugar, a través de actos administrativos tradicionales, unilaterales, reglamentarios o individuales<sup>4</sup>. Es necesario añadir, por otra parte, la panoplia más moderna de los medios no formalmente autoritarios (como las ayudas financieras negociadas) y las vías informales (como el *soft law* o la *moral persuasion*) por las cuales las Administraciones de hoy imponen igualmente sus pareceres.

Esta regulación tiene una naturaleza administrativa<sup>5</sup>, puesto que ninguno de los actos de los reguladores tiene una naturaleza legislativa (cuando decretan normas, son reglamentos), ni jurisdiccional (cuando cortan desacuerdos, son decisiones que no tienen la fuerza de la cosa juzgada): lo que significa también que todos los actos en los cuales se traduce –así como las acciones informales, en la medida en que eso resulta posible– se supeditan a la ley y al control de los jueces.

En consecuencia, el término regulación puede verse en sí como un sinónimo genérico del conjunto de medios por los cuales las Administraciones Públicas tienen por objeto obtener por parte de los particulares (individuos o empresas) la observancia de algunas normas o principios jurídicos o de algunas orientaciones. Por lo tanto, la normativa de la

regulación sin otra calificación casi podría ser asimilada en el Derecho Administrativo<sup>6</sup>.

1.2 En cuanto al adjetivo “económico”, se debe decir, antes que nada, que la regulación así calificada no se refiere únicamente a dominios económicos o que tengan un impacto importante en lo económico, sino, sobre todo, a que los objetivos trazados son de naturaleza económica. En efecto –uno lo puede ver enseguida–, es posible tener dentro de un campo económico una regulación “social”. De manera más exacta, se puede decir que la regulación “económica” tiene un objetivo de eficacia económica, aquella que en el presente significa que busca la corrección de los errores del mercado, los “*market failures*”, para la cual recientemente J. B. Auby<sup>7</sup> ha hecho la siguiente lista: externalidades, asimetrías informativas, cortes de transacciones sumamente importantes, falta de bienes públicos; sumados a los monopolios (los cuales son bien públicos o privados).

Acá, sin embargo, se restringirá la atención a la regulación que busca preservar la competencia (cuando ya contemos con un mercado competitivo), o bien a imponerlo o a promoverlo (cuando eso falte, por más que contemos con un mercado potencialmente competitivo), o por último a “*mimer*”, es decir, asegurarnos que los efectos que se den sean los mismos que puedan tener (cuando la verdadera competencia es imposible, por ejemplo, por la existencia de “monopolios naturales”). Teniendo esta clase de regulación, se busca actuar con los mecanismos de un mercado competitivo, o bien se busca prevenir su bloqueo o al menos compensarlo.

Sin embargo, por otro lado, tenemos regulaciones en las cuales el objetivo es, sobre todo, corregir las deficiencias sociales que existen a pesar del buen funcionamiento del mercado, y que inclusive son causadas por este mismo. Se reflexiona también, por ejemplo, respecto de aquellas regulaciones que buscan proteger los derechos sociales, tales como la salud o el medio ambiente, o aquellas que aseguren el goce universal de ciertos servicios.

Estas regulaciones pueden ser calificadas de “sociales”. Tal calificación, sumada, es también dada cuando el

<sup>1</sup> Como bien ha destacado MARTINELLI, E. “Autorità indipendenti e politica, in Amministrare”. Tomos 1 y 2. 2000. p. 127.

<sup>2</sup> Ver: ARTEBURN, N. F. “The Origin and First test of Public Callings”. En: University of Pennsylvania Law Review 75. 1926-1927. p. 411.

<sup>3</sup> Ver por el contrario la diferente acepción propuesta por TIMSIT, G. “L’archipel de la norme”. Paris. 1997. pp. 161 y siguientes.

<sup>4</sup> Como actos de autorización, sanción o de control, y así sucesivamente.

<sup>5</sup> Ver: MORBIDELLI, G. “Procedimenti amministrativi delle Authorities”. En: PREDIERI, A. “Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici”. Florencia. 1997. pp. 145 y siguientes.

<sup>6</sup> Los dos términos son generalmente considerados sinónimos por los autores anglosajones, como lo ha observado AUBY, J. B. “Régulations et droit administratif, in Études en l’honneur de Gérard Timsit”. 2004. p. 233. Por otro lado, en el mundo anglosajón “*Administrative State*” equivale en la mayoría de los casos a “*Regulatory State*”.

<sup>7</sup> AUBY, J. B. Op. Cit. pp. 217 y siguientes.

objetivo es la protección de ciertas libertades constitucionales, tales como la pluralidad de la información; pero aquí se utilizará en un sentido menos amplio. Las regulaciones de diversos tipos de hechos, frecuentemente se interconectan, pero, por razones necesarias a nuestro propósito, guardaremos por el momento las distinciones que entre ellas existen.

**1.3** Finalmente, es necesario precisar que la noción de regulación económica que se adopta aquí es objetiva y por lo tanto no se le adhiere como característica que sea necesaria a la actividad de una "autoridad administrativa independiente" (AAI)<sup>8</sup>. Aparte de otras razones<sup>9</sup>, tal conexión unívoca debe ser aquí aislada, puesto que contrariamente –tal como también lo observó M. Lombard<sup>10</sup>– no habría lugar para una profundización del radio de la regulación a la política democrática, el cual es precisamente nuestro tema. No obstante, ya que la tarea de ciertas AAI es justamente la regulación dentro del campo económico, conviene hacer ciertas precisiones al respecto, en concordancia con los pasos adoptados en la primera parte de nuestro tema.

Si bien el modelo de esta clase de organizaciones proviene de los Estados Unidos, se debe evitar la tentación de explicar en ello su naturaleza y razón de ser, así como el evaluar su legitimidad simplemente en referencia a la experiencia norteamericana<sup>11</sup>, teniendo en cuenta las diferencias que no pueden ser subestimadas entre los derechos, instituciones, sistemas políticos, culturas jurídicas y todo aquello que viene del otro lado del Atlántico.

Se ha escrito recientemente que las AAI podrían ser comparadas metafóricamente con los ornitorrincos<sup>12</sup>. Los ornitorrincos son los mamíferos polimórficos: tienen un amplio bozal que termina en un gran pico, un cuerpo aplanado y una cola que es también bastante larga, patas cortas y entreveradas y un pelaje "moelleuse".

Sin lugar a dudas, esta metáfora zoológica es más eficaz que la afirmación banal de que no son ni carne ni pescado. Pero todos los ornitorrincos tienen la misma morfología, a tal punto que hay sólo una especie del género "ornitorrinco"<sup>13</sup>, mientras que se ha clasificado dentro del género "Autoridad Independiente" a un gran número de especies y que, frecuentemente, entre ciertas especies que se dice pertenecen al mismo tipo, se encuentran diferencias que hacen dudar al respecto de la propiedad taxonómica de la denominación del género en cuestión<sup>14</sup>.

En todo caso, el significado que aquí le damos a la frase AAI<sup>15</sup> va a suscitar las siguientes precisiones. En primer lugar, al término "autoridad" se le puede dar el sentido genérico de una organización pública, que no necesariamente esté dotada de una personalidad jurídica<sup>16</sup>.

En cuanto a la calificación de "administrativa", se le puede adherir sobre todo a la naturaleza de la función asegurada (hasta el momento se ha sostenido que la regulación económica tiene justamente una naturaleza de ese tipo).

<sup>8</sup> Ver, como postura contraria: MANETTI, M. "Poteri neutrali e costituzione". Milán. 1994. p. 98; CASSESE, S. "Le regole del gioco e il gioco delle regole, Mercato, Concorrenza, Regole". Número 2. 2002. p. 265.

<sup>9</sup> En Italia, en ciertos casos la regulación se refiere a las autoridades independientes (electricidad, gas); en otros casos ella se encuentra bajo la responsabilidad de un Ministerio (correo, carretera). También hay los casos en los que la regulación tiene funciones para el Ministerio y funciones para una autoridad independiente (telecomunicaciones). En fin, hay casos en que las actividades dadas en otras regulaciones son confiadas en parte a un Ministerio y en parte a las colectividades locales asociadas (servicios acusos).

<sup>10</sup> LOMBARD, M. "La régulation dans un état de droit". En: FRISON ROCHE, M. A. (editor). "Economie et droit de la régulation". Paris. 2004. p. 29.

<sup>11</sup> Bien explicada por GRECO, N. "Le "Independent Regulatory Commissions". En: "Studi parlamentari e di politica costituzionale". Número 36-37. 1977. p. 47; SHAPIRO, M. "Independent Agencies". Florencia: EUI. Jean Monnet Chair Papers. 1996; TIBERI, G. "Le Independent Commissions nell'ordinamento statunitense". En: "Amministrare". Número 1-2. 2000. p. 167; y en: ZOLLER, E. "Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie". RFDA. 4. 2004. p. 757.

<sup>12</sup> GIRAUDI, G. y M. S. RIGHENTINI. "Le autorità amministrative indipendenti - dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza". Roma-Bari. 2001. p. 201.

<sup>13</sup> *Ornithorhynchus anatinus*.

<sup>14</sup> Por ejemplo, en Italia, podemos encontrar algunas veces clasificado en el género AAI, además de las autoridades a las cuales se refieren las siguientes notas, a: Banca d'Italia; Commissione nazionale per le società e la borsa - CONSOB (ver: Decreto Ley 95 de 1974, Ley 216 de 1974, Ley 281 de 1985); Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo - ISVAP (ver: Ley 576 de 1982); Commissione di garanzia per l'informazione statistica (ver: Decreto Legislativo 322 de 1989); Difensori civici (ver: Ley 142 de 1990 *et le lois pertinentes des Régions*); Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (ver: Ley 241 de 1990 y Ley 15 de 2005); Commissione di vigilanza sui fondi pensione (ver: Decreto Legislativo 124 de 1993); Autorità (maintenant: Centro nazionale) per l'informatica nella pubblica amministrazione (ver: Decreto Legislativo 39 de 1993 y Decreto Legislativo 196 de 2003); Agenzia nazionale per la protezione ambientale - ANPA (ver: Decreto Ley 496 de 1993 y Ley 61 de 1994); Commissione di garanzia dell'attuazione della legge 146 du 1999 (*qui porte sur le droit de grève dans les services publics*); Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (ver: Ley 109 de 1994); Garante per la protezione dei dati personali (ver: Ley 675 de 1996 y Decreto Legislativo 123 de 1997); Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ver: Decreto Legislativo 165 de 2001); Autorità garanti del contribuente (ver: Ley 212 de 2000); Agenzia per le organizzazioni senza scopo di lucro e di utilità sociale (ver: Ley 662 de 1996 y Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros 329 de 2001).

<sup>15</sup> Sobre las AAI en una acepción más general pero no tan genérica y aproximada que la que resultaría de la lista de la nota que precede: D'ALBERTI, M. "Autorità indipendenti (dir. amm)". En: "Enciclopedia Giuridica Treccani". 1995; NICCOLAI, S. "I poteri garanti della Costituzione e le Autorità indipendenti". Pisa. 1996; CASSESE, S. y C. FRANCHINI. "I garanti delle regole". Bolonia. 1996; PASSARO, M. "Le Amministrazioni indipendenti". Torino. 1997; AMATO, G. "Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia". En: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico. 1997. pp. 645 y siguientes; FREGO LUPPI, S. "L'amministrazione regolatrice". Torino. 1999; MERUSI, F. y M. PASSARO. "Le Autorità indipendenti". Bolonia. 2003.

<sup>16</sup> No la tienen ni l'Autorità garante della concorrenza e del mercato - AGCM, establecida por Ley 287 de 1990, ni l'Autorità per la regolazione dei servizi di pubblica utilità, establecida por Ley 481 de 1995, competencias para los sectores de energía (electricidad y gas) - AEEG, y telecomunicaciones. La Autoridad competente para estas últimas, después de haberle confiado también funciones para la protección del pluralismo en los sectores de radio y televisión lleva la denominación de "Autoridad para las garantías en las comunicaciones" - AGCom (ver: Ley 249 de 1997).

Pero, desde otro punto de vista, esta calificación está relacionada a aquella de "independiente", que está considerada no con respecto a los operadores de actividades económicas reguladas<sup>17</sup>, sino sólo con respecto a las autoridades.

Para establecer si se da una situación de independencia en una organización, es necesario referirse a los aspectos orgánicos y funcionales de su relación con los poderes políticos, de los cuales podríamos hacer una lista bastante larga, y aun así no podríamos decir que es realmente exhaustiva. En todo caso, es necesario referirse, de un lado, a las reglas de composición de la organización (es decir: competencia y modalidades de nominación<sup>18</sup>; vigencia, revocabilidad y renovación de mandato<sup>19</sup>; número de componentes<sup>20</sup>, cualidades requeridas en los miembros<sup>21</sup>, regímenes de incompatibilidad<sup>22</sup>); y, de otro lado, al hecho de que reciban o no instrucciones u orientaciones por parte del Gobierno o el Parlamento<sup>23</sup> y que existan ciertas formas de responsabilidad con respecto a lo último<sup>24</sup>; y aun más con las fuentes de sus recursos<sup>25</sup> y grado de autonomía asegurados en la fijación de sus reglamentos internos de funcionamiento y organización de servicios<sup>26</sup>.

Todos estos aspectos, numerosos y diferentes, no resultan siempre de elecciones coherentes. Por lo tanto, se debe reconocer que la frontera entre la dependencia y la independencia puede ser ciertas veces sutil e incierta.

**2.** Admitiendo que la "regulación económica" que aquí nos interesa es aquella de donde las características

vienen de ser señaladas, se debe ahora precisar el sentido de la expresión "democracia política".

**2.1** La cita de un pasaje de Pericles se incorporó en la declaración de principios del "Tratado para instituir una Constitución para Europa": "Nuestra constitución... se le llama democrática porque el poder está en las manos no de una minoría, sino de un nombre mucho más grande". Democracia es igual al poder de la mayoría, y ¿por lo tanto?

Pongamos a un lado la pregunta acerca de si este pasaje ha sido correctamente traducido (aparentemente, en concordancia con otras traducciones, Pericles dijo que el sistema era "a favor" de la mayoría y no de una minoría<sup>27</sup>, teniendo en cuenta que los derechos civiles retornaban a la mayoría<sup>28</sup>) y admitamos que aquí se habla realmente del "poder". Sin embargo, el discurso de Pericles continuaba afirmando que una *igual* importancia fue reconocida en cada quien y que todo el mundo vivía *libremente*. La democracia, por consecuencia, no era solamente el poder de la mayoría, sino que comprendía también la igualdad y la libertad de cada individuo (¡esclavos excluidos, naturalmente!).

Se podría también resaltar que para los Ancianos la democracia era una experiencia de pequeñas comunidades y que, aun más recientemente, la importancia de la dimensión del territorio no fue subestimada. Será suficiente con alegar que James Madison distinguía entre "democracia pura", donde un pequeño número tomaba las decisiones en persona, y

<sup>17</sup> Además, durante el ejercicio de sus funciones, para los miembros de las AAI antes mencionados, se aplican incompatibilidades con otras actividades que podrían dar lugar a conflictos de intereses; algunas de esas incompatibilidades permanecen hasta cuatro años después del cese de sus funciones.

<sup>18</sup> Los miembros de la AGCM son nombrados por los Presidentes de la Cámara de Diputados y del Senado (en la época en que fue promulgada esta ley, un sistema electoral proporcional estaba vigente y de los dos Presidentes uno pertenecía a los partidos de la mayoría y el otro a los de la oposición, mientras que el sistema electoral es ahora mayoritario y los dos presidentes pertenecen a esa mayoría). Los miembros de la AEEG son nombrados por el Gobierno, pero sólo después de la aprobación de las Comisiones parlamentarias competentes, expresada por una mayoría de dos tercios de los miembros que las componen. En el caso de la AGCom se aplican las mismas reglas para el Presidente, mientras que cuatro de los ocho miembros son electos por el Senado y cuatro por la Cámara de Diputados, en ambos casos con la restricción del derecho de voto de cada senador o diputado a un sólo candidato por cada Comisión.

<sup>19</sup> Los miembros de las AAI mencionados permanecen en sus funciones durante siete años; no pueden ser confirmados al término; su revocabilidad no está prevista por ley.

<sup>20</sup> Los miembros de la AGCM y de la AEEG son cuatro además del Presidente. La AGCom está repartida en dos comisiones (una para la infraestructura y redes, y la otra para los servicios y productos), que cuentan con cuatro miembros cada una, además del Presidente.

<sup>21</sup> Las leyes prevén que sean escogidos entre personas dotadas de competencias profesionales de alto nivel y reconocidas y, en el caso de la AGMC, se requiere también que sean notoriamente independientes, precisando las categorías entre las cuales se puede escoger (miembros del Tribunal de Casación, del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas, profesor de universidad en materias económicas o jurídicas y personalidad en el ámbito económico).

<sup>22</sup> Los miembros de las AAI mencionadas no pueden ejercer otras funciones públicas, ni funciones políticas.

<sup>23</sup> Las AAI, según las leyes institucionales, "operan de manera completamente autónoma y con independencia de juicio y evaluación". Pero las finalidades de la regulación de los servicios de utilidad pública deben ser seguidas por las autoridades que están a cargo, teniendo en cuenta "las políticas generales formuladas por el Gobierno". Éste debe dar a conocer en sus documentos de programas económico-financieros el conjunto de "exigencias de desarrollo de los servicios de utilidad pública que corresponden al interés del País".

<sup>24</sup> Las Autoridades deben presentar anualmente al Gobierno y al Parlamento un reporte de sus actividades.

<sup>25</sup> Los recursos de la AGCM provienen de los créditos inscritos en el presupuesto estatal, mientras que los recursos de las autoridades reguladoras de servicios de utilidad pública son contribuciones impuestas a las empresas reguladoras, en los límites impuestos por el Gobierno.

<sup>26</sup> Las AAI mencionadas pueden establecer de forma autónoma su reglamento de organización y de funcionamiento, bajo reserva de los límites referidos al número del personal que pueden contratar.

<sup>27</sup> CANFORA, L. "La democrazia - Storia di un'ideologia". Bari. 2004. p. 12.

<sup>28</sup> BOBBIO, N. "Democrazia/Dittatura". En: "Enciclopedia Einaudi". Volumen IV. Torino. 1978. p. 539.

“república”, donde era necesario recurrir a la representación<sup>29</sup>.

El día de hoy no se hace más esta distinción: la democracia es sobre todo representativa y, en una medida muy limitada, directa. Se dice que la soberanía popular es respetada cuando se utiliza el diagrama simplista de los economistas<sup>30</sup>: aquel *principal* (el pueblo) que delega a un *agente* (un Parlamento, o algunas veces un Presidente elegido), quien, durante su turno, juega el rol *principal* al delegar sus poderes a otro *agente* (un órgano del Gobierno) y así sucesivamente, donde el *agente* –si bien no dependiente de un mandatario imperativo, al menos cuando resulta de la primera delegación, es decir, la elección– es responsable con respecto al *principal*.

No obstante, bien se sabe que todavía no se ha encontrado ni un mecanismo electoral, ni una forma de Gobierno completamente satisfactoria, como bien testifica la continua revisión de las leyes electorales. En definitiva, la escuela del *Public Choice* solamente nos ha confirmado, a través del Análisis Económico, aquello que Benjamín Constant<sup>31</sup> ya había detectado: que los delegados tienen intereses particulares diferentes a aquellos de quienes representan (al punto que usualmente se habla como de un grupo social aparte: “la clase política”). La democracia como “soberanía del pueblo” (o de la “nación”<sup>32</sup>) no puede el día de hoy ser mitificada. Sin embargo, no se conocen –dado al menos que el voto directo y asegurado para todos– mejoras alternativas para dar bases ideológicas aceptables a los poderes públicos.

Dentro de la prolongación de ciertos filósofos políticos contemporáneos, uno se puede llegar a cuestionar la mínima base garantizada de participación en el proceso de ciertas decisiones que los delegados, o los delegados de los delegados, van a tomar; es decir, que debe ser asegurado un conocimiento suficiente de preguntas en juego y la oportunidad de hacer conocer las preferencias en cuanto a la elección final<sup>33</sup>. Es necesario, sumado a lo anterior, que la democracia no sea solamente “representativa” sino “participativa” también.

**2.2** En todo caso, la democracia, como Pericles ya nos lo ha indicado, no es tal sino son también aseguradas la libertad y la igualdad y, más aun, según los “modernos”, que somos nosotros, los derechos sociales (la “fraternidad”). El “Estado de Derecho”<sup>34</sup> es la herramienta imaginada para garantizar la igualdad (en el sentido formal) y la libertad. La idea –a menos que éste no sea el anhelo<sup>35</sup>– en el fondo es aquella que desarrolló Aristóteles<sup>36</sup>, según la cual “más vale el gobierno de la ley sobre todo, que el de un ciudadano y que si es necesario que ciertos gobiernen, es un hecho la necesidad de guardianes de las leyes subordinados a estas”. Pero si el Estado es democrático, el principio del Estado de Derecho se ve debilitado en vista de que sólo hay una fuente para todo poder. La idea que surge a partir de esta construcción y que es la base de un compromiso viable entre soberanía popular y Derecho es aquella de la Constitución. Por ésta, que puede solamente ser dada de una deliberación de la mayoría de sus representantes, el pueblo expresa justamente su voluntad constituyente –una especie de voluntad popular sublime–.

Es en la Constitución (rígida) que retornan las grandes elecciones de la comunidad, declinando en primer lugar los principios de igualdad y libertad –y el Estado social–, y también de “fraternidad”. Inclusive retornan a la Constitución para reglamentar la organización y el funcionamiento de los órganos públicos en coherencia con el compromiso entre la soberanía del pueblo y la supremacía del Derecho, es decir según los principios como el de legalidad y aquel de la división de poderes y de *checks and balances*.

En particular, la Constitución deberá asegurar la independencia de los jueces; en primer lugar, la de los jueces constitucionales, de los que depende que los derechos de los ciudadanos sean realmente garantizados (sobre todo en dirección a los representantes directos o indirectos del pueblo soberano) y que las leyes respeten las elecciones constitucionales, inclusive para quien vea el funcionamiento y la organización de los poderes públicos<sup>37</sup>. En un Estado democrático y de Derecho contemporáneo, por lo tanto, de democracia política, bajo el significado que le da el principio de la mayoría,

<sup>29</sup> Por su parte, Montesquieu, que en “L’esprit des lois” (1748) oponía la República a la monarquía y al despotismo, señalaba que una república es democrática cuando el poder está en las manos del pueblo, mientras que si permanece en manos de una parte del pueblo, es una aristocracia y, precisaba, que es difícil la existencia de una república si su territorio es demasiado extenso (nos lo recuerdan BOBBIO, N. Op. Cit. p. 545. y DAHL, R. “How democratic is the American Constitution”. New Haven - London. 2002. pp. 159-162).

<sup>30</sup> Ver: PATRIZII, V. “Le autorità indipendenti”. En: “Economia pubblica”. Número 1-2. 2005. p. 32.

<sup>31</sup> “La liberté des Anciens comparée à celle des Modernes”. 1819.

<sup>32</sup> CHEVALLIER, J. “L’État de Droit”. Cuarta edición. 2003. Paris. p. 57.

<sup>33</sup> DAHL, R. “A Preface to Economic Democracy”. Berkley. 1985; traducida al italiano en: “La democrazia economica”. Boloña. 1989. p. 56.

<sup>34</sup> Ver: COSTA, P. y D. SOLO (editores). “Lo Stato di diritto: storia, teoria”. Milán: Critica. 2002.

<sup>35</sup> BIN, R. “Lo Stato di diritto”. Boloña. 2004. p. 7.

<sup>36</sup> “Politica, Costituzione degli Ateniesi”. Libro III (–). p. 16. 1287. Traducida al italiano por BARI. 1972. p. 177.

<sup>37</sup> De ahí la “sacralización de los jueces” de la que nos habla CHEVALLIER, J. Op. Cit. p. 133.

no puede desarrollarse más que dentro de los límites establecidos por el Derecho y, en particular, por la Constitución.

**2.3** La historia, sin embargo, no se acaba aquí. Es necesario también considerar los fenómenos que exceden al Estado, ahí donde nace un Derecho que se transforma de interestatal a supra-estatal, junto con aparatos institucionales productores de normas, de actos unilaterales individuales, de actos de reglamento de litigios.

En ese caso, ciertos principios del Estado de Derecho parecen realizarse<sup>38</sup>, por más que no sea fácil de comprender siempre, cuando hubiera sido expresada la voluntad constituyente de todos los “pueblos soberanos” que son afectados. Pero en fin, desde el punto de vista “*cyniquement réaliste*” del jurista, lo que cuenta sobre todo son los principios y normas jurídicas, el orden formal del ratio recíproco entre las leyes y los otros actos públicos, las competencias de los aparatos públicos y todas las otras herramientas jurídicas—institucionales que deben ser la traducción de una ordenanza jurídica dada de los criterios de filosofía política—, sin preocuparse mucho de saber si es y cuánto es una traducción honesta, sino para buscar dar una interpretación lo más conforme posible con estos criterios.

Por lo tanto, si bien se podría pensar que todavía hay un déficit de democracia en la Unión Europea (a pesar de la afirmación de que ésta está fundada sobre el “principio”, o “valor” de democracia<sup>39</sup>), uno en adelante no podría negar los estándares del Derecho europeo, en particular aquellos del Tratado que pretenden instituir, justamente, una Constitución, una (casi<sup>40</sup>) total primicia, dentro de la esfera de su competencia que es cada día más amplia, sobre el Derecho de los Estados miembros. En consecuencia, es necesario que se les reconozca dentro del sistema de las fuentes de Derecho un lugar análogo a aquel que se le reconoce dentro de un orden oficial de normas constitucionales.

**2.4** Sumado a todo esto, los límites crecientes del Derecho son los que se juegan dentro del campo de la política. Pero la política misma no es algo sin límites, ya que la experiencia humana se desarrolla también en otras direcciones. Debe entonces recordarse que la ciencia

(junto con su hija política: la técnica) es una cosa, una teoría, completamente distinta a la política: ella no tiene como fin estar en concordancia con los múltiples intereses de un pueblo. Se puede añadir que la ciencia es una cosa diferente también del Derecho. Pero si las decisiones fundadas sobre la ciencia o sobre la técnica se imponen jurídicamente, el juez, que es también *peritus peritorum*, no puede abdicar a su rol como garante.

En resumen, el espacio de la democracia política representativa, con las correcciones participativas, es bastante amplio en un sistema de poderes que se funda sobre el principio de la soberanía del pueblo. Sin embargo, este espacio no es que no tenga límites, porque, de un lado, dicho espacio es solamente el de la política —aquella es otra cosa que aquél de la ciencia y de la técnica— y, de otro lado, porque la política no puede usurpar el sitio del Derecho, oficial y supra-oficial. Va sin decir que, aun admitiendo que estos límites sean claramente determinados en teoría, se podrían presentar como mucho más moderados en la práctica.

**3.** ¿Qué relación existe, entonces, entre la regulación económica y la democracia política?

**3.1** Inicialmente, uno puede estar de acuerdo —sin que sea necesario recordar las normas originales o derivadamente importantes en este propósito—, si se dice *grosso modo* que dentro del ordenamiento jurídico de la Unión Europea un principio general y una compilación de normas imponen la competencia, “el juego de la competencia”, en las actividades económicas de una cierta talla y de una cierta importancia, que no cubren un interés económico general (existen también reglas más específicas a propósito de ciertos comportamientos que son defendidos porque son contrarios a la competencia).

Contrariamente, si se da una actividad de interés económico general y en la que la competencia es incompatible con los objetivos del interés público de los cuales la empresa interesada está a cargo, el principio, diferente, es que se pueden tomar las medidas que limitan la competencia justo al punto en que esto es necesario.

En vista de que, por las razones expuestas, los dos principios son de orden (para) constitucional<sup>41</sup>, no

<sup>38</sup> Y, por consiguiente, podríamos decir que las instituciones de la globalización parecen acrecentar el dominio del Derecho y, consecuentemente, de ciertos principios del mismo Estado de Derecho, pero hemos sido advertidos de no “confundir globalización del Derecho y *juridicisation* de la globalización”. Ver: AUBY, J. B. “La globalisation, le droit et l’État”. Paris. 2003. p. 128. Sobre el reporte globalización-Derecho ver también: FERRARESE, M. R. “Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale”. Bolonia. 2000. Para poder relacionar los “poderes independientes” con aspectos de la globalización distintos a los aquí propuestos, ver: CASSESE, S. “Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali”. En: “Foro italiano”. 1996. pp. 7 y siguientes.

<sup>39</sup> Ver: artículo I.2 del Tratado que instituye una Constitución para Europa: “La Unión esta fundada en los valores de respeto y dignidad humana, de libertad, de democracia, de igualdad, del Estado de Derecho, así como de respeto de por derechos del hombre”. El artículo 6 del Tratado de Ámsterdam en lugar de “valores” usaba el término “principios”.

<sup>40</sup> Vistas las reservas de ciertos Tribunales Constitucionales Europeos.

<sup>41</sup> Es más, luego de revisión de 2001 (Constitución, artículo 117), la protección de la competencia es reconocida también como una tarea del Estado italiano.

pueden ser contradichos por las leyes, y aun menos por los Gobiernos. Sólo pueden, si es necesario, ser integrados por las leyes (en el sentido amplio) que sean coherentes con estos principios.

Pero, ¿qué es lo que significa el concepto de competencia? Las normas (para) constitucionales no ofrecen una definición general. Uno no se puede referir únicamente a la noción dada por la ciencia económica, es decir a lo que los discursos racionales de los economistas dicen que ella es. Y uno sólo puede decir lo mismo cuando se trata de algunos comportamientos explícitamente defendidos, tales como, por ejemplo, la explotación abusiva de una posición dominante.

De esa manera, la opción (para) constitucional de abandonar, en general, la intervención económica del Estado y de remitirse al mercado competidor implica encarar este aspecto económico como una ciencia o una técnica, y no como un tema a propósito del cual se puede tener distintas orientaciones según los intereses a los cuales en distintos momentos se les dan prioridad según el punto de vista de los gobernantes y las mayorías parlamentarias.

Es cierto, sin embargo, que sobre determinadas cuestiones se puede tener, a parte de la técnica, distintas opiniones. Pero en este caso, uno también puede confiar en la búsqueda por la solución que resulte más preferible, sin que los criterios de elección se vuelvan los intereses privilegiados de una Administración política con un tipo de orientación. En vista de esta eventualidad, es evidente que lo deseado es que las decisiones sean dadas no sólo por un científico o un técnico, sino por muchos más, elegidos según las modalidades adecuadas (como designaciones necesariamente *bipartisanas*<sup>42</sup>, lo que no significa repartidas entre mayoría y oposición<sup>43</sup>), y que aquellos que sean puestos en una situación de poder se resistan de las presiones e influencias, como si aquellas fueran a guiarlos a tomar decisiones basadas en los criterios "*étrangers*" a la economía.

Una obligación de reportarse al Parlamento y al Gobierno<sup>44</sup>, desde este punto de vista, puede ser visualizada como el medio de asegurarse no que su actividad no sea contradictoria a las orientaciones políticas de la mayoría, sino, sobre todo, que sus decisiones sean motivadas solamente por razones técnicas y no políticas. De otro lado, es gracias a la completa transparencia de su actividad, al debate contradictorio entre los partidos directamente interesados y a las formas eficaces de participación de los intereses difundidos en procesos de decisión que será posible asegurar que todos los hechos e intereses pertinentes hayan sido realmente evaluados<sup>45</sup>. En fin, la garantía que estas entidades jueguen su rol de manera correcta deberá venir de un control jurisdiccional de sus decisiones ejercidas sin "*diferencia*"<sup>46</sup>.

**3.2** Pero las regulaciones técnicas, en nombre del principio de la competencia, no pueden estar siempre fácilmente aisladas de las decisiones de orden político<sup>47</sup>. El problema crece especialmente cuando es el segundo principio señalado más arriba el que es necesario de implementar, a propósito de los servicios de interés económico en general; o la competencia que debe ser impuesta, pero solamente dentro de los límites en que ella es compatible con los objetivos públicos; y, por consiguiente, las regulaciones económicas no pueden mezclarse con aquellas que tengan un propósito social. La determinación, inclusive "individualización", de los objetivos públicos a continuar pertenecen a la autoridad política; eso es algo que no podemos poner en duda, pero las medidas que toquen al mercado y que tengan una incidencia sobre la competencia deberían ser reservadas a la autoridad técnica. Encontrar las modalidades para respetar las dos competencias no es un problema fácil, que es algunas veces resuelto dándoles a las autoridades a cargo de la regulación de servicios de interés económico en general un estatuto diferente: para ciertos aspectos, su independencia está asegurada, pero al mismo tiempo ellas son subyugadas a orientaciones políticas del Gobierno<sup>48</sup> (así como el deber de pagar al Gobierno y al Parlamento en este

<sup>42</sup> Es decir de las modalidades tales como la responsabilidad de la elección sea conjunta a la mayoría y a la oposición. Ver: el sistema adoptado por el nombramiento de los miembros de la AEEG y del presidente de la AGM (que requiere una mayoría de dos tercios). Ver nota 18 *supra*.

<sup>43</sup> Que es resultado de adoptar la limitación del derecho de voto, adoptado por los miembros de la AGCom. Ver nota 17 *supra*.

<sup>44</sup> Ver nota 23 *supra*.

<sup>45</sup> A propósito de los procedimientos de las autoridades italianas de las que se trata aquí, se puede ver: para la AGCM, la Deliberación 217 de 1998; para la AEEG, la Deliberación 244 de 2001 y las deliberaciones de la autoridad misma, como la 115 de 2002 y 33 de 2003; para la AGCom la Deliberación 453/03/Cons. y también: "Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti, Quaderni del Consiglio di Stato". Torino. 1999. Los procedimientos tienen una importancia central para quien opone la democracia económica a la democracia representativa, caracterizada por el hecho que las AAI deben garantizar los intereses de igualdad de armas. Ver: MERUSI, F. "Democrazia e autorità indipendenti". Bolonia. 2000.

<sup>46</sup> Ver: TAR, Lazio. *Sez. I, del 13 de septiembre de 2001, n. 7451*. "Foro amministrativo". 2001. p. 2512 (el control jurisdiccional verifica si el acto es "lógico, conveniente, razonable, debidamente motivado e instruido") y CE, *sect. VI, del 2 de marzo de 2004, n. 926*. "Foro italiano". 2005, III, 6 (el control jurisdiccional no encuentra ningún obstáculo a la comprobación de hechos y también a la comprobación que las evaluaciones hechas por la autoridad sean "exactas, razonables proporcionales y dignas de fe").

<sup>47</sup> Por ejemplo, si la regulación apunta a la promoción de la competencia, qué grado de competencia y en qué lapsos dentro de un determinado sector son preguntas que no se pueden dejar sólo en las manos de técnicos.

<sup>48</sup> Ver nota 23 *supra*. Se puede ver también: SORACE, D. "La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale". En: Mercato, Concorrenza, Regole 3. 2003. p. 337.