

## I. EL CONTROL COMO PROBLEMA

J. Límites al control . . . . .	101
1. El Estado intangible . . . . .	101
2. Estado intangible y Constitución normativa . . . . .	106
3. “Descolocación de la política” . . . . .	109
4. Controles en el Estado de bienestar . . . . .	113
5. Control y amparo . . . . .	115
K. Exceso en el control . . . . .	116
1. Racionalización de los controles . . . . .	116
2. Bloqueo y autobloqueo . . . . .	119
L. Control y sanción . . . . .	121
1. Control y deliberación . . . . .	121
2. Juridicidad del control . . . . .	123
3. Control garantía y control verificación . . . . .	127
4. Control inspección y control autorización . . . . .	129
5. Control del poder y eficacia de la Constitución . . . . .	130

La tendencia, esa sí peligrosa, es querer introducir la organización constitucional en ese proceso de complejidad. Las constituciones normativamente tecnificadas, debidas a la creciente tendencia hacia una especie de Constitución reglamentaria, van alejándose de las posibilidades reales de comprensión general y, por lo mismo, del sentimiento constitucional que está en la base de la observancia de la Constitución. Esto no desestima que las sociedades han avanzado en sus niveles generales de educación y cultura, pero los altos grados de especialización exceden las posibilidades generales de entender numerosos aspectos técnicos que se van introduciendo en la norma, en algunos casos incluida la constitucional.

En esa medida las posibilidades de una interpretación abierta de la Constitución, como postula Häberle (p. 18), serán tan limitadas como la complejidad misma de la Constitución se vaya acentuando. Este proceso, que no parece tener un fin cercano, porque la tendencia a hacer cada día más reglamentarias a las constituciones, se ha enseñoreado en la mayor parte de los sistemas, obligará a incluir entre los restos del constitucionalismo contemporáneo la formulación de un orden que, además de racional, sea razonable.

Lo contradictorio del caso es que el reglamentarismo constitucional se dirige más a cuestiones técnicas (urbanísticas, ambientales, energéticas, demográficas, fiscales, procesales, por ejemplo) que a aspectos relacionados con las garantías del orden democrático-constitucional, y de manera más precisa a los controles políticos.

## J. LÍMITES AL CONTROL

### 1. *El Estado intangible*

Tal como advirtió Weber, el monopolio de la violencia es un atributo del Estado. En principio, parecería que la transferencia de funciones al sector privado de la sociedad implicaría una reducción del tamaño del Estado, en los términos postulados por Nozick. Pero el “empequeñecimiento” del Estado sólo puede entenderse como la reducción de su magnitud administrativa, no de sus funciones esenciales. Una cosa es reducir un ejército, por ejemplo, a la décima parte, y otra “privatizar” los servicios de seguridad.

Lo que en realidad ocurre es que se han confundido dos acciones de apariencia semejante, pero que en realidad nada tienen en común: por un

lado el aparato burocrático del Estado está siendo objeto de reducciones en buena parte del mundo, y por otra parte el monopolio de la violencia ha comenzado a ser compartido entre instituciones de derecho público y de derecho privado. En esta última expresión parecería haber una contradicción, supuesto que un monopolio no es susceptible de ejercicio compartido.

Sin embargo, la contradicción no está en el enunciado, sino en el hecho. Si Weber tenía razón, y todo Estado, por serlo, ejerce el monopolio de la violencia legítima, entonces también podemos decir que todo ejercicio institucionalizado de la violencia legítima es propio del Estado. Si esto último no fuera cierto, entonces habría que corregir a Weber y a toda la gama de consideraciones que a partir de él se ha hecho, y modificar en lo fundamental la teoría del derecho y del Estado del siglo XX. Si se dijera que el Estado “puede” ejercer el monopolio de la violencia, o incluso que “habitualmente” lo ejerce, se estaría dando un giro conceptual al absurdo.

Así pues, cuando señalamos que el monopolio de la violencia está siendo compartido por instituciones de derecho público y de derecho privado, no decimos que una parte la ejerza el Estado y otra no. El Estado precede al constitucionalismo. El constitucionalismo corresponde a un proceso de racionalización del poder del Estado, pero no le es consubstancial. En esos términos, que una parte del Estado se conduzca conforme a los principios del derecho público, y otra conforme al derecho privado, puede ser contrario al constitucionalismo moderno, pero no es ajeno al Estado.

Lo que se está produciendo en buena parte de los casos de transferencia de funciones al sector privado no es la desaparición del Estado, ni su empequeñecimiento, sino simplemente la modificación del régimen legal que regula la actividad del Estado. La caracterización de lo público como supuesto constitucional (Cabo de la Vega, esp. pp. 15 y ss.), se va diluyendo. Una parte sigue regida por el orden constitucional, y otra parte por el orden civil. Se trata, con matices por supuesto, de una especie de convivencia de dos formas de exteriorización del Estado: una, del constitucional, y otra del preconstitucional. Aunque se trata de un sólo Estado, llamaremos a una de sus apariencias Estado tangible, cuya integración, organización y funciones son objeto de normación constitucional; y a la segunda de sus personificaciones, Estado intangible, cuya integración, organización y funciones están sujetas a una mera regulación civil.

No es objeto de este trabajo adelantar las consecuencias de esta dualidad estatal. Corresponde a un desarrollo más amplio prever los efectos que el Estado intangible tendrá sobre la sociedad. El nuevo policentrismo del

poder, que Alain Minc ha confundido precipitadamente con el vigente durante la Edad Media, puede llevar a la configuración de una sociedad muy diferente de las que hemos conocido. Lo que hasta aquí hemos estudiado como teoría general de Estado, en lo sucesivo sólo será una teoría particular. La nueva teoría general deberá incorporar esa modalidad que va emergiendo.

Los efectos del Estado intangible se irán haciendo ostensibles paulatinamente. Una de sus varias consecuencias será la existencia de una doble fiscalidad. Por un lado, subsistirá la fiscalidad constitucional, de base esencialmente proporcional, y de otro irá configurándose la fiscalidad mercantil, de base eminentemente progresiva: numerosos servicios públicos se recibirán a cambio de una contraprestación directa e igual en todos los casos para todas las personas. Además, el objetivo tributario de la distribución de la riqueza estará acompañado por el objetivo paratributario de la concentración de la riqueza; en tanto que el Estado tangible opera con normas de interés y orden públicos, el Estado intangible funciona con normas de competencia y lucro.

Este fenómeno desvirtúa el origen del Estado, incluso desde la perspectiva liberal clásica. Smith (p. 19) afirmó que la propiedad fue el origen de la desigualdad, y la necesidad de preservar la riqueza fue a su vez origen del gobierno. "Mientras no hay propiedad no puede haber gobierno, al ser el verdadero fin de éste asegurar la riqueza y defender al rico del pobre". Smith intuye, sin llegar a expresarla, la funcionalidad de la violencia legítima del Estado, puesta en este caso al servicio de una clase social. Lo relevante es que diferencia las tareas económicas de las políticas.

Un ejemplo de cuanto se ha dicho lo ofrecen los recientes desarrollos de los sistemas de seguridad. En este ámbito nunca se disputó que se trataba de una función estatal (Smith, pp. 131 y ss.), propia de los atributos coactivos del poder institucional. En la actualidad es una más de las funciones que comparten ambas formas de Estado. Otro ejemplo es el de las llamadas "policías privadas", que han crecido significativamente en la última década del siglo. En Estados Unidos hay un policía público por cada tres privados; en Canadá, Gran Bretaña y Australia, la relación es de uno a dos, y en Rusia y África del Sur es de uno a diez. En Estados Unidos los servicios públicos de policía cuestan cuarenta mil millones de dólares, mientras que a los privados se destinan noventa mil (*The Economist*, abril 19, 1997).

A las tareas de vigilancia, los servicios en manos de particulares adicionan la investigación y localización de presuntos delincuentes, la realización de pruebas periciales, el procesamiento y almacenamiento de archivos sensibles y la administración de centros penitenciarios. Las prácticas del arbitraje también van desplazando paulatinamente a los órganos jurisdiccionales públicos.

Los proyectos normativos están siendo encomendados a expertos que prestan servicios profesionales y a agencias privadas especializadas. Así como la administración desplazó parcialmente en la actividad legislativa a los parlamentos, ahora los particulares desplazan a los burócratas en la formulación de los proyectos. Y lo hacen no sólo como una actividad técnica, sino también como parte de un encuadramiento político. Se trata, en rigor, de una actividad estatal no controlada. De ahí que le llamemos Estado intangible.

Para los efectos del control, el Estado intangible sólo queda sujeto al jurídico que ejercen los tribunales, lo que contribuye a la importancia política creciente de estos órganos del Estado. El Estado intangible no es sujeto de control político, excepto a través de las grandes líneas que contienen las leyes marco, y de las acciones intermedias que figuran en los mecanismos regulatorios de naturaleza administrativa. Sin embargo, incluso en la formulación de esos instrumentos normativos la intervención del sector privado es muy considerable.

Debe aclararse, en este punto, que estamos refiriéndonos al Estado intangible como un constructo, esto es, como una representación o hipótesis de trabajo. No se trata, evidentemente, de confundir categorías jurídicas y políticas, sino sólo de aludir a un problema que se yergue entre los controles políticos y su posibilidad real de incidir en diversas áreas que paulatinamente han ido saliendo de su esfera de competencia.

El acoso al Estado no se traduce sólo en el paulatino desmantelamiento de sus funciones públicas; también se están viendo sometidos al asedio sus principios básicos: la soberanía que lo legitima y el derecho a través del cual actúa. La erosión del concepto de soberanía se ha acentuado por dos vías: la transferencia gradual de algunas facultades al ámbito internacional, y el surgimiento de organismos públicos de vocación privada, como la Organización Mundial de Comercio, que toman decisiones vinculantes para los Estados. La falta de controles sobre las asambleas internacionales y sobre los órganos ejecutivos colegiados supranacionales, constituye un riesgo para la tutela de las libertades en el ámbito de cada sociedad nacional.

Cuando se habla convencionalmente de un “Estado supranacional”, o de “gobierno cosmopolita”, como hace Held (pp. 183 y ss.) no se advierte que se incide en una contradicción. Cualquiera que sea la concepción de Estado que se adopte, siempre se encontrará que uno de sus elementos es la soberanía. Esto hace que, por el momento, teóricamente sea impensable un Estado supranacional, porque es imposible que coincidan a la vez dos Estados soberanos superpuestos. Por definición, uno de los dos no puede ser soberano, y por ende uno de los dos no es Estado.

En esa consideración, si el fenómeno del Estado intangible se va extendiendo como una realidad política ¿cómo explicarlo? Tal vez haya una manera: ampliando el ámbito de validez de la norma. Los ámbitos espacial, temporal y personal de validez, podrían verse complementados por un ámbito profesional, que tendría una distante filiación medieval y que advertiría sobre la posibilidad de una recaída corporativista. Ese ámbito es el relacionado con los procesos económico-financieros.

En todo caso la diferencia con la organización estamental medieval residiría en que en ésta se producían superposiciones, en tanto que en la actualidad los poderes público y privado tienen una disposición lateral. La paradoja consiste en que el presunto “empequeñecimiento” del Estado no significa realmente que el Estado en general se reduzca; solamente lo hace el aparato público, con lo cual los obstáculos (incluidos los controles) para el desarrollo del Estado intangible son menores.

En cuanto al derecho, se tiende a remplazarlo por la sola conducta. La política posmoderna asume una actitud inversa a la del positivismo jurídico: si éste soslayó la política, aquélla se desentiende del derecho. Las normas jurídicas para prevenir y resolver el conflicto tienden a ser remplazadas por los consensos políticos. Desde luego que los consensos han sido y siguen siendo importantes; el de mayor trascendencia es la Constitución misma, que traduce un consenso nacional. Pero sujetar toda la actividad política a los acuerdos, es privar a la sociedad de los atributos centrales del derecho público: su permanencia, su publicidad y su exigibilidad. Los acuerdos son volátiles, no siempre resultan públicos y normalmente no son exigibles por terceros.

Al sustituir la idea de legitimidad por la de eficacia de las instituciones, se construye un sistema político semejante al prerrevolucionario. El fundamento racional del origen y del acatamiento del poder desaparece, y queda sólo la capacidad operativa, fáctica, del ejercicio del poder. Así, la diferencia entre la democracia consociativa y la monarquía absoluta reside en el

mayor número de agentes políticos que intervienen, pero no en la justificación conductual del ejercicio del poder. En esa circunstancia el argumento para el control ya no se referirá a la defensa de las libertades personales y sociales, sino a la efectividad en el desempeño de las funciones. Se trataría de controles que evaluarían comportamientos y no que limitarían u orientarían acciones.

Quizá más que la perspectiva de Minc, relacionando algunos aspectos de la vida social y política contemporáneas con el medievo, es valedero el paralelismo trazado por J. Meyrowitz y retomado por Habermas (*Historia...*, p. 35) entre los rasgos de la era de la información y las sociedades recolectoras. Estas sociedades, en tanto que nómadas, no practican la fidelidad territorial, carecen de sentido del lugar y por tanto de fronteras, y son muy igualitarias; en ellas la descentralización del poder es muy marcada. Para Habermas “los acontecimientos revolucionarios del año 1989 vuelven a ofrecer una confirmación imprevista de esta vistosa tesis”. A esos acontecimientos (caída del muro de Berlín y sus secuelas políticas en los países del este europeo) podemos agregar que el fortalecimiento de las tendencias anti-Estado y anti-política acentúan la descentralización del poder y que la atenuación de la idea de soberanía nacional tiende a difuminar los límites territoriales nacionales. La era de la información, según Habermas y Meyrowitz, facilita el advenimiento de lo que aquí denominamos Estado intangible.

## 2. *Estado intangible y Constitución normativa*

Uno de los problemas que suscita la idea del Estado intangible se refiere a la normatividad o nominalidad de la Constitución. En principio parecería que, al desmembrarse el ejercicio del poder estatal, la Constitución pasaría a la pura nominalidad. Esto no necesariamente es así. Los términos de la Constitución pueden seguirse observando sin que formal ni materialmente se interrumpa la vida normativa de la Constitución, en tanto que se siga cumpliendo con los presupuestos del constitucionalismo moderno.

Esos presupuestos son, conforme a la tesis de Pedro de Vega (“Constitución...”, 45), el principio democrático, según el cual el pueblo establece la Constitución; el principio liberal, que impide al poder constituido actuar en contra del pueblo; y el principio de supremacía constitucional, que comprende las garantías frente a las posibles arbitrariedades del poder. El Estado intangible no afecta directamente ninguna de esas categorías.

El problema surge de que, mientras que la Constitución provee de los instrumentos de control para tutelar la observancia de los tres principios, no contiene ninguno que controle el funcionamiento del poder paralelo. Más aún: la tendencia en el sentido de que la sociedad supervise a los poderes públicos inhibe que sean éstos quienes controlen a los poderes privados. La táctica de estimular una amplia presión social sobre los órganos del poder se ha traducido en una parcial retracción de éstos, que deja un amplio territorio de discrecionalidad a la acción del Estado intangible. Es aquí donde puede surgir la afectación para el gobernado, que carece de instrumentos políticos para prevenir los posibles daños que los poderes privados le pueden ocasionar en el ámbito de sus derechos prestacionales y de sus libertades.

La supresión del Estado de bienestar puede convertirse en una nueva y sutil forma de arbitrariedad que, esa sí, afecte la naturaleza normativa de la Constitución. Por eso es relevante que las constituciones conserven, si los tienen, o incorporen, si carecen de ellos, los principios sociales que habían caracterizado al Estado contemporáneo, porque así como la fuerza normativa de los hechos ha llegado a desvirtuarlos, es posible que la fuerza normativa de la norma consiga restablecerlos. Después de todo es más sencillo reclamar la aplicación de la norma, que promover su adopción. Las reivindicaciones de derechos son más viables cuando se basan en una norma que cuando dependen de un programa.

El desmantelamiento del Estado ha puesto en práctica una estrategia amplia: desmantelamiento burocrático (disminución de oficinas y empleados públicos); desmantelamiento regulatorio (disminución del aparato normativo por una doble vía: menos normas, y menos procesos sociales normados); desmantelamiento económico (disminución de la participación en la actividad económica por una triple vía: transferencia de las empresas públicas, sujeción a las leyes del mercado en lo interno y en lo externo, y autonomización de la banca central); y desmantelamiento del sistema representativo (erosión de las instituciones por desprestigio; manipulación de la opinión pública; reducción de las áreas de acción legislativa).

Es verdad que en la mayor parte de los sistemas normativos se presentan problemas derivados del exceso legislativo. No en vano Alain (*Propos*, p. 1216) ironizó diciendo que “un pueblo es un ser de la naturaleza que resiste maravillosamente al legislador”. La actividad regulatoria, sin regulación ella misma, llevó a construir aparatos en que se entremezclan normas contradictorias o yuxtapuestas, arcaicas o insuficientes. Paradójicamente,



las comisiones de codificación sólo han mostrado utilidad más como consecuencia de la preocupación gubernamental que de la parlamentaria, y sus resultados distan incluso de los alcanzados en la Edad Media.

El hecho es que en la actualidad existe un importante segmento de actividades, sobre todo científicas, que carecen de regulación adecuada. Una buena parte de la investigación avanza en un territorio que podrá modificar la integración y el comportamiento de la sociedad. Dror (p. 98), por ejemplo, apunta los efectos previsibles de la selección voluntaria del sexo de los hijos; Bobbio (*De senectute*, p. 200) señala que luego de garantizados los derechos de libertad, los derechos políticos y los derechos sociales, “se abre paso una ‘nueva generación’ de derechos... el derecho a la integridad del propio patrimonio genético”. Dror acierta cuando asegura que “la humanidad se enfrenta a un verdadero dilema en lo que respecta al control de la ciencia y la tecnología”.

Lo llamativo de la actividad científica es que normalmente se ejerce con autonomía de los intereses a que corresponden las instituciones públicas o privadas donde se realiza. Esa autonomía de la investigación sólo tiene ventajas, las ha tenido históricamente, para poder esplender. Influir y decidir en lo que se considera dominio de la naturaleza ha sido uno de los objetivos de la investigación científica; pero el impacto de los desarrollos advertidos en las últimas décadas, particularmente en materia genética, levanta dudas en cuanto a los efectos que puede llegar a tener en las relaciones sociales.

Por otra parte, la comunidad científica, y en buena medida también una parte de los rectores del ámbito privado, proponen la adopción de “códigos de ética” como opción regulatoria. Esta modalidad se va aceptando pacíficamente, sin advertir que se está generando una singular diferenciación: el Estado se rige por normas jurídicas, y el Estado intangible por normas morales.

El sistema español ha dado un gran paso al facultar a las comisiones parlamentarias para extender sus investigaciones a todos los ámbitos, y poder hacer comparecer a cualquier persona. Se trata de un instrumento eficaz para afirmar la naturaleza representativa del Parlamento. En el informe sobre los problemas de gobernabilidad rendido al Club de Roma en 1994, Dror (p. 318) advirtió que una de las principales tareas por venir sería la de “ejercer más control sobre los poderes y mercados económicos”, de suerte que “el poder público” mejore las operaciones “del poder privado”.

### 3. "Descolocación de la política"

El Estado intangible no se confunde con los grupos de presión o de interés. No se trata de influir o condicionar las decisiones del poder político, sino de adoptar directamente esas decisiones. Es un poder sin legitimidad. Un buen ejemplo lo ofrece el inversor internacional Georges Soros (p. 175) que no duda en afirmar que a través de las fundaciones que sostiene en los países de Europa del este promueve las bases de una sociedad abierta "cuyo impacto total se sentirá en el futuro". Tampoco se reserva para declarar que después de haber realizado una maniobra financiera para excluir a la libra esterlina del sistema monetario europeo, no hará lo mismo con el franco francés "porque me preocupa el futuro de Europa y no quiero contribuir a su inestabilidad" (*El País*, julio 10., 1997).

Así, un poderoso empresario declara que, por su exclusiva decisión, se abstiene de desestabilizar no a un país sino a un continente; y a uno de la dimensión de Europa. Frente a este tipo de expresiones de poder no se cuenta todavía con instrumentos de control. La respuesta institucional va a la zaga de la realidad del poder, cuyos niveles de concentración y de discrecionalidad resultan muy elevados.

El fenómeno de la "descolocación de la política" a que se refieren algunos autores, significa, en palabras de Pedro de Vega ("En torno...", p. 25) la sustitución de los parlamentos "como centros y lugares de decisión, por los comités y los ejecutivos de los partidos". El fenómeno, empero, puede ser aún más profundo, porque una parte de los centros de decisión operan conforme a lo que el propio De Vega denomina "poder privado". El problema es que el Parlamento no tiene posibilidades de controlar al poder privado, en expansión; pero el poder privado sí tiene posibilidades, y las ejerce, de influir en la vida parlamentaria.

Cuando el Estado advirtió que se estaba dando ese proceso de descolocación de la política, reaccionó incorporando a los partidos al orden constitucional. Esta tendencia, particularmente acentuada después de la segunda posguerra, permitió absorber las contradicciones de un poder fáctico que condicionaba las decisiones del poder normado. La constitucionalización de los partidos políticos obedeció a una estrategia de racionalización del poder, consistente en someter a las reglas del derecho a los partidos que operaban sólo conforme a las reglas del mercado político.

Los partidos, regulados, dejaron de simbolizar una amenaza para la democracia constitucional, y se convirtieron en parte de ella. Por polémica

que todavía sea su participación en los órganos del poder, no se duda de que hoy son el eje de la vida política en las sociedades abiertas.

Con el poder privado está ocurriendo algo totalmente distinto a lo que sucedía con los partidos. Los partidos sólo podían consolidarse si actuaban abiertamente, el poder privado sólo puede alcanzar sus objetivos si lo hace secretamente; los partidos exigían una cuota en el ejercicio del poder públicamente reconocida, los poderes privados demandan también esa parte, pero en términos encubiertos; los partidos utilizaron el instrumento de la representación para determinar la magnitud de su influencia, los poderes privados se ven obstaculizados por esa idea de representación.

La lógica del poder privado es identificada por De Vega ("En torno...", pp. 35 y ss.) con gran exactitud. Por un lado su desarrollo supone limitar las ideas de representación y de legitimidad, pero por otro se propone recuperar al Estado "no sólo como aparato represor que resuelva los conflictos y tensiones sociales que el mercado inexorablemente produce, sino, además como instrumento de legitimidad y de consenso que los evite. Y he aquí el problema: ¿cómo reconstruir la legitimidad del Estado, sin recuperar la legitimidad de la represión que es, precisamente, la que sirve de fundamento en el Estado democrático a la legitimidad estatal?"

Todavía con mayor precisión, De Vega ("La función...", p. 283) pregunta: "¿De qué valdría como garantía de libertad de los individuos que entre los tres poderes del Estado funcionara perfectamente el sistema de controles recíprocos, si el poder del Estado deja de ser un peligro para la libertad porque pasa a ser un ente de ficción sometido a poderes privados?"

Es previsible que ese proceso lleve al ensanchamiento de las atribuciones de control por parte del Parlamento sobre el poder privado. Hasta ahora los tenues elementos de control sobre ese poder se han mantenido en la esfera del derecho administrativo. Los grandes procesos de desincorporación de empresas públicas, y la creciente participación del poder privado en la prestación de servicios públicos, permanecen reducidos a la esfera administrativa de permisos y concesiones, y sólo la administración ejerce, a veces de manera más que discreta, actos de supervisión y control.

Así como la constitucionalización de los partidos políticos supuso incorporarlos, al menos parcialmente, a un sistema de controles, es razonable pensar que los parlamentos asuman también funciones de control sobre las entidades privadas que ofrecen servicios públicos. No se trata de una expansión del Estado, sino de una forma de tutelar los intereses colectivos,

y esto es inequívocamente una tarea que incumbe a los órganos del poder que desempeñan tareas representativas.

Cuando Leibholz examinó los que denominó problemas fundamentales de la democracia moderna, concentró su atención en la hipertrofia de los partidos políticos y en su influencia sobre los parlamentos. Al abordar esos problemas, no profundizó en uno que si bien intuye, no desarrolla: el surgimiento del Estado intangible. Liebholz (p. 78) señala que en la República Federal Alemana “se prefiere para la administración de patrimonios públicos formas de derecho privado”. Al efecto menciona el ejemplo de la empresa automovilística Volkswagen, constituida con capital público pero como fundación de derecho privado. Con ello, agrega el autor, la empresa “escapa a la contabilidad nacional y, por consiguiente, al control del Parlamento”.

El ejemplo aportado por Leibholz es el de una empresa que no ofrece un servicio público, pero sí opera con recursos públicos. Es igualmente irregular sustraer al control político el funcionamiento de un ente que opera con recursos públicos, que el de otro que habiendo formado parte del sector público es transferido al privado y continúa ofreciendo servicios públicos.

De manera muy contundente Guglielmo Negri (p. 286) asegura que la privatización de numerosos aspectos que formaban parte de la estructura jurídica y organizativa del Estado moderno, se han “reorganizado de un modo nuevo, dependiente de nuevos intereses”, y citando al futurólogo italiano Furio Colombo concluye que “ha nacido una autoridad de facto” que afecta a las instituciones de control. Esa autoridad es un “nuevo centro de poder” que resulta del proceso de erosión, por fracturas o desequilibrios que se registran en el ámbito del Estado.

Para Linz y Stepan (p. 29) “sin Estado no hay democracia”. En términos semejantes se había expresado, años antes, Vezio Crisafulli (*Stato...*, p. 223): “la crisis de la democracia hodierna culmina en la carencia del poder estatal”. Hay, señala este autor, un “pluralismo” de los “poderes privados” que erosiona profundamente al poder público. Con esas apreciaciones coincidimos parcialmente, en tanto que aluden a la decadencia de las potestades propias de las instituciones públicas. Empero, lo que no puede afirmarse es que las potestades que ejercían esas instituciones hayan caído en el vacío, como se desprende de las tesis neomedievalistas (Minc, 25 y ss., Roth, p. 196).

Por el contrario, esas potestades siguen en ejercicio, pero no en un ejercicio público y controlable, sino críptico y ajeno a los instrumentos

constitucionales de control. Así, un segmento de las potestades públicas son objeto de control, y otras no. Éstas forman parte de lo que denominamos el Estado intangible. Intangible en un doble sentido: no es fácilmente perceptible, y no es “tocable” por los instrumentos de control.

Con astucia los detentadores (en este caso sí funciona adecuadamente la acepción ortodoxa) del poder intangible auspician un áspero debate entre los protagonistas de la lucha por el poder abierto, para transformarlos en antagonistas declarados e irreconciliables, y alimentan en la ciudadanía la desconfianza hacia la política en particular, que luego se orienta hacia las instituciones en general. Se pretende así deslegitimizar a los titulares de las instituciones y a las instituciones mismas, dejando como única opción legítima al Estado intangible. En el orden sociológico habrá que ahondar la investigación para establecer hasta qué punto está surgiendo una cuarta forma de legitimidad: la deslegitimación institucional como fuente de legitimidad de la autoridad intangible.

La pérdida gradual de funciones que ha afectado al Estado contemporáneo podrá tener como consecuencia el reagrupamiento de las fuerzas políticas en torno al órgano del poder dotado de mayor capacidad de decisión y acción: el gobierno. Tradicionalmente, las sociedades han respondido a la entropía con el fortalecimiento de los elementos capaces de generar cohesión. Ha sido la forma de enfrentar a las “tendencias anarquizantes”, como solía decirse para justificar la dictadura durante el siglo XIX, y como se adujo en numerosos casos de golpismo durante el siglo XX.

No es de esperar una respuesta distinta, si bien la línea argumental podrá variar, y seguramente se centrará en programas para recuperar el empleo, el poder adquisitivo del ingreso y la distribución de la riqueza. En todo caso, el resultado político previsible será el de una nueva tendencia a la concentración del poder decisorio.

Para que ese proceso de concentración no se acentúe y afecte los espacios de libertad de que las sociedades desean disfrutar, será crucial que los instrumentos de control funcionen adecuadamente: que no entorpezcan la fluidez de los acomodos políticos, pero que tampoco dejen sin protección el frágil tejido de las libertades públicas y privadas que son la esencia de la democracia.

#### 4. *Controles en el Estado de bienestar*

Una de las características del Estado de bienestar consiste en los derechos a las prestaciones del Estado. García Pelayo (*Las transformaciones...*, p. 56) advierte que era más fácil la subordinación del poder dentro del Estado de Derecho, “cuando éste señalaba los límites de su acción”, que dentro del Estado de bienestar, cuando el derecho le impone a los órganos del poder “prestaciones y acciones positivas”.

Es obvio que la mayor simplicidad de la sujeción a la ley, que identifica García Pelayo, se traducía igualmente en la mayor sencillez para la aplicación de los controles. La complejidad creciente del Estado de bienestar puso a prueba la elasticidad de los controles. Esa capacidad para ajustarse a las circunstancias cambiantes permitió que los instrumentos de control del constitucionalismo clásico coexistieran con las instituciones del Estado de bienestar.

Sin embargo, los límites de la elasticidad de los controles se pusieron de manifiesto cuando no pudieron impedir las patologías del Estado de bienestar, específicamente la concentración del poder en el órgano ejecutivo, con su secuela de burocratización y de corrupción administrativa.

La estructura del gobierno ya había experimentado un cambio importante en la Francia del siglo XVIII. García de Enterría (*La lengua...*, pp. 181 y ss.) advierte que la monarquía absoluta había creado un formidable aparato administrativo, “desconocido en los tiempos anteriores”. Mayor aún fue el tamaño de la administración desarrollada por Napoleón, entre otras cosas para contener “con el inmenso desorden que los años revolucionarios había creado”. García de Enterría recuerda la frase de un parlamentario francés refiriéndose a “la Administración que Europa nos envidia”.

A pesar de que la administración tuvo un notable crecimiento a lo largo del siglo XIX, no fue la causa de desequilibrios agregados en las relaciones entre parlamentos y gobiernos. En tanto que el desarrollo de la administración y el surgimiento del constitucionalismo coincidieron cronológicamente, pudieron acoplarse de manera paulatina.

La administración generó funciones que de alguna manera reproducían la estructura del poder político: una función ejecutiva a cargo del ministro, una función normativa a través de reglamentos, instructivos y memoriales, e incluso una función jurisdiccional, por la vía contenciosa. Hay también una suerte de “legitimidad” administrativa, que se manifiesta por medio de los sistemas de selección y de promoción. Para contrarrestar esa expansión

administrativa, una especie de brazo largo de los controles políticos se extendió hasta alcanzar todas las áreas de la administración. El caso más elocuente es el veto legislativo norteamericano.

El Estado de bienestar siguió una evolución diferente. El problema menos estudiado en cuanto a la crisis del Estado de bienestar es el de las consecuencias que tuvo el déficit de los controles, cuya elasticidad no fue suficiente para hacer frente a una amplia gama de actividades del Estado que escaparon a su alcance. Las contralorías administrativas desplazaron, en buen número de casos, a la supervisión política de los congresos, y las prestaciones con cargo al Estado definieron una fuerte relación bilateral entre el gobierno y la comunidad, dejando al margen al Parlamento.

En tanto que los partidos encabezaron muchas de las exigencias sociales, también desactivaron los instrumentos de que hubieran podido disponer para controlar la acción gubernamental a través de los parlamentos. Se trató de un error estratégico originado en la preterición de la importancia de los controles políticos sobre procesos que se consideraron de exclusivo interés social.

El problema se ha agravado. Las transferencias a los particulares de funciones tan importantes como la seguridad social, por ejemplo, reducen aún más la capacidad de control político. En este sentido, la facultad de las Cortes españolas para hacer comparecer ante sus comisiones a los particulares, es un elemento de expansión de las funciones de control que permitirá reducir la dimensión del Estado intangible.

La información de que disponen las macroempresas frecuentemente es superior a la que está al alcance de los gobiernos (García Pelayo, *Las transformaciones...*, p. 77), sin que éstos cuenten con instrumentos formales para requerirla. En tanto que los parlamentos sí tengan esa posibilidad, sus potencialidades de control se irán adecuando a las condiciones imperantes.

Desde la perspectiva de Habermas (*Historia...*, p. 16) el Estado social tuvo también efectos patológicos, como la burocratización y la juridización, frente a los que han reaccionado quienes “se oponen al modo de regulación jurídico-administrativo”. Es en este punto donde los procesos de transferencia de funciones de la administración pública a la privada supuso un cercenamiento a las atribuciones de control que correspondían a los órganos de representación.

Desde el punto de vista de las relaciones entre el aparato estatal y el capital, Ferrajoli y Zolo (pp. 49 y ss.) sintetizan las opciones: una perspectiva socialdemócrata, que no suscriben, según la cual sería posible la

utilización del aparato estatal para controlar la dinámica del capital; y un análisis marxista, que sustenta, conforme al que se produce una “subalteridad” estructural del Estado al capital.

Esa tesis marxista no explica el fenómeno que en la actualidad se produce: las fuerzas económicas no tienden a colocarse por encima del Estado, sino procuran el desmantelamiento del aparato estatal, y asumen varias de sus funciones de manera directa pero no ostensible. Por eso le denominamos Estado intangible.

### 5. *Control y amparo*

Otro aspecto que denota la expansión del Estado intangible es la nueva proyección que va adquiriendo la institución jurídica del amparo. En efecto, algunas instituciones tan sensibles para la defensa de los gobernados, como el amparo, han comenzado a advertir la presencia del Estado intangible. El amparo contra actos de particulares, como el establecido en Argentina (artículo 43 constitucional) parte de la consideración de que las garantías constitucionales son susceptibles de conculcación por entidades que no forman parte del Estado. Otro tanto ocurre con los “ombudsman”: paulatinamente se acepta que las acciones arbitrarias susceptibles de afectar a los individuos también pueden proceder de los particulares.

Esa tendencia a trasladar algunos aspectos de las relaciones entre los particulares, del derecho privado al derecho público, admite dos interpretaciones: o bien significa que los particulares están realizando funciones coactivas, típicamente de Estado, y el derecho público comienza a abrirse a esa realidad; o bien se acepta que la fuerza expansiva del derecho público continúa incorporando segmentos de la vida jurídica de los particulares para ensanchar su propio ámbito de acción.

La segunda interpretación iría a contrapelo de la tendencia constatable, de reducción del aparato y de las atribuciones del Estado. La primera, por el contrario, corresponde a esa tendencia y permite confirmar que la transferencia de atribuciones del Estado a los particulares cambia la titularidad pero no la naturaleza de las atribuciones. El hecho jurídico de inscribir una función en el patrimonio privado no modifica el hecho político de que siga siendo de interés público.



## K. EXCESO EN EL CONTROL

### 1. *Racionalización de los controles*

Con la sapiencia que acompañó a sus juicios jurídicos y políticos, Calamandrei (pp. 85, 113) alude al problema de la hipertrofia del control político, convertido en instrumento de animosidad. Considerar al opositor como aliado, cuando hay acuerdo de gobierno, o como enemigo, cuando las posiciones se mantienen irreductibles, es un elemento de distorsión de las funciones de control. Se produce, en términos de la relación amigo/enemigo que advirtió Carl Schmitt, una traslación de los problemas políticos del ámbito institucional al territorio personal. En ese espacio los controles pueden dejar de funcionar de acuerdo con la previsión constitucional.

La parcialidad, en todo caso, es un fenómeno inevitable de la política. Mucho antes incluso que Schmitt, Hobbes había dicho que en la lucha por la dominación política los individuos serían incluso capaces de atentar contra las leyes de la geometría (*Leviathan*, IX). La parcialización, incluso la radicalización de los puntos de vista, obstaculiza un ejercicio imparcial de las funciones de control. Empero ¿es la objetividad un ingrediente indispensable de la práctica de los controles? Es imposible decir que los controles son un instrumento de la objetividad. No se trata de un ejercicio de valoración de pruebas, ni de la aplicación de tipos precisos. Las normas de control contienen reglas muy abiertas, generales y hasta deliberadamente ambiguas. Casi podría decirse que la función de control es una invitación a la discrepancia perenne.

De acuerdo con esas consideraciones, el problema no radica en la propensión a subjetivizar las posiciones cuando se ejercen actos de control, sino en saber hasta qué punto esa parcialización de los agentes políticos contrasta, y hasta contrarresta, el propósito racionalizador del poder que alienta toda Constitución. No deja de llamar la atención que en el proyecto de racionalización del ejercicio del poder tenga cabida la previsible acción irracional de los agentes políticos. Resulta por lo menos irónico que los instrumentos de la racionalidad constitucional dejen abiertas opciones para la irracionalidad política. Es lo que Weber consideraría una paradoja de la racionalización. Por eso los controles deben aplicarse en el contexto de un sistema constitucional y tienden a funcionar más eficazmente en una sociedad abierta, donde la opinión pública tiene un papel relevante.

En los controles políticos encontramos una doble racionalidad, que obedece también a dos tipos de motivación. Por un lado está la racionalidad del diseño constitucional de los controles y por otro la racionalidad de la operación de los controles. Ambas racionalidades no tienen por qué coincidir y, en la práctica, no siempre coinciden. La racionalidad constitucional está referida a hacer que el ejercicio del poder se realice dentro de determinados límites, que éstos sean conocidos por los destinatarios del poder y hagan previsibles sus acciones en la mayor medida posible; a la vez, el ejercicio del poder debe ser útil para los fines que se propone, de suerte que los límites sólo deben impedir la arbitrariedad y reducir al máximo la discrecionalidad, pero no impedir la efectividad del poder.

Por otra parte, la racionalidad con que operan los agentes políticos tiene otros ingredientes. Al realizar el análisis económico de la democracia, Dows (pp. 5 y ss.) provee una fórmula que es aplicable al caso de quienes operan los controles políticos: la racionalidad humana referida a la economía y a los procesos de poder, no consiste en las proposiciones lógicas que rijan su proceso de pensamiento, ni en la ausencia de prejuicios, tampoco en el dominio de las emociones, sino en la simple estimación de maximizar los resultados obtenidos con el mínimo de utilización de sus recursos, que siempre le parecerán escasos.

Desde esa perspectiva, los instrumentos de control adquieren una dimensión utilitaria para los agentes políticos, que los convierten en un medio y no en un objetivo. La racionalidad constitucional y la racionalidad política entran en tensión, porque mientras que el sistema constitucional considera un objetivo garantizar el ejercicio controlado del poder, los agentes lo consideran un medio para la obtención de resultados que no necesariamente coinciden con el proyecto constitucional. La gama de opciones puede ser muy amplia, y puede ir desde el simple exhibicionismo político, hasta el condicionamiento del ejercicio del poder por parte de los titulares de los diferentes órganos. Esto supone la vocación de influir en las decisiones o incluso la decisión de adoptarlas de manera indirecta.

A tal punto pueden contraponerse la racionalidad constitucional y la de los agentes políticos, que aquélla opte por construir sistemas inexpugnables que, en esa medida, también dejan de ser útiles para el propósito del equilibrio y la relación simétrica entre los órganos del poder. Eso ocurre, por ejemplo, con el procedimiento adoptado para la moción de censura constructiva en Alemania, España, Grecia y Polonia. Lo paradójico consiste en que ese mecanismo no está dictado para prevenir una ruptura en el equilibrio

entre los órganos funcionando racionalmente, sino para evitar el comportamiento irracional de los agentes que utilizan el instrumento.

Esa contradicción oscurece la función legitimadora de los controles. Se tiene, además, el agravante de que las distorsiones protagonizadas por los agentes políticos tienden a proyectarse como políticas ante el electorado y ante los medios de comunicación. No se trata, como señalamos en otro rubro, de encubrir acuerdos subrepticios, sino de justificar públicamente contradicciones políticas. La opinión pública en términos generales y cada elector en términos particulares se ven atrapados por razones políticas que en última instancia pretenden explicar y justificar actitudes y decisiones que corren al margen o en sentido contrario a la racionalidad normativa.

La multiplicación de esas conductas lleva a la crisis del sistema constitucional. La caída de la segunda y de la tercera repúblicas francesas, como la quiebra de la Constitución de Weimar, estuvieron relacionadas con la distorsión del sistema de controles y la imposibilidad real de organizar un gobierno eficaz. No debe subestimarse, por eso, la inteligente llamada de atención de Alain (*Propos*, p. 1142). Distingue tres políticas: de la razón, de la pasión y del interés. Separarlas, dice, es imposible; armonizarlas, agrega, es necesario.

En el orden constitucional podemos entender por racionalización el proceso por virtud del cual los efectos del poder se aproximan, en la mayor medida de lo deseable, a los niveles de equilibrio que permiten garantizar las libertades individual y colectiva, y en el que se evitan, tanto como es posible, los efectos negativos que resultan de la coacción.

El sistema de controles representa el mayor nivel de racionalización alcanzado en el ejercicio del poder. En su fase extrema, los controles pueden desembocar en la aplicación de una sanción, pero esto no excluye que en numerosas ocasiones, antes de llegarse a ese punto, no haya más sanción que el extrañamiento expresado en los debates parlamentarios, incluso por expresiones minoritarias, y el hecho mismo de ser objeto de cuestionamiento.

Por eso, cada vez que se ejerce un acto de control, es de suma importancia que, si no hay sanción, se determine si su ausencia se debe a que no existe su previsión normativa, o a que la mayoría la bloqueó. En materia política no se puede esperar que quienes enjuician, que son partes interesadas, actúen como los miembros de un jurado imparcial, y que al final emitan, de no encontrar responsabilidad, un veredicto absolutorio.

A diferencia del control político, el control jurídico se practica de manera imparcial, independiente y objetiva, mientras que el primero se lleva a cabo por agentes en quienes prevalece la parcialidad de la oposición, la dependencia de la mayoría y la subjetividad de todos. Cualquier consideración que exija del agente de control características distintas, parte del desconocimiento de su naturaleza.

Desde esa perspectiva, y habida cuenta de que los agentes del control tienen compromisos que van más allá de la objetividad, imparcialidad e independencia, sus juicios no necesariamente expresan realidades históricas, sino sólo realidades políticas. En ningún punto son asimilables los términos de un control jurídico con los de un control político. Entre otras cosas, este último no se puede equiparar a una forma de enjuiciamiento.

Para mitigar los excesos del poder, los sistemas constitucionales han construido una excepción a las reglas que el propio constitucionalismo estableció con relación a los procesos judiciales. En el caso del control político, las partes también son jueces; los mismos que denuncian un hecho, lo juzgan y, en ocasiones, se adjudican a sí mismos la razón. Es el caso, por ejemplo, de la responsabilidad política. Se parte, además, de la presunción de responsabilidad, no de inocencia, de quien es objeto de escrutinio. El control político, por ende, es también una expresión de poder que a su vez requiere de control. Su ejercicio razonable, por tanto, sólo es posible en la medida misma en que las atribuciones otorgadas a las partes permitan mínimos de equilibrio, para no desembocar en lo que Kelsen (p. 144) llamaría un *regressus in infinitum*.

## 2. Bloqueo y autobloqueo

Un problema normalmente identificado del ejercicio de los controles es que pueden derivar en un bloqueo de la acción de gobierno. Este aspecto, sin embargo, no es la única posibilidad de obstrucción. Ocurre que también puede generarse un autobloqueo de los órganos de control. En la medida en que pueda producirse la parálisis de las acciones de gobierno que deben ser objeto de control parlamentario, este control se invalida a sí mismo. El problema podría parecer de menor enjundia en tanto que la deliberación del órgano legislativo del poder puede continuar en otros aspectos; pero ocurre que al generarse el bloqueo de la acción gubernamental y al despojarse de contenido la acción de control correspondiente, ese aspecto del control deja de ser normativo y se transforma en nominal. La interrelación de los órganos

del poder es tal, que en diversos casos el bloqueo del controlado por el controlante afecta al controlante mismo.

No se debe entender por autobloqueo la acción gubernamental tendente a contrarrestar la acción parlamentaria de control. La disolución del Parlamento, por ejemplo, no equivale a un acto de bloqueo gubernamental ni de autobloqueo parlamentario. El bloqueo se produce por la inhibición para actuar por actos sistemáticos de presión política a través de los instrumentos de control. Es el caso al que puede llegarse por la denegación de autorizaciones para legislar, por la falta de ratificación de tratados internacionales o de nombramientos gubernamentales, o por exigencias desproporcionadas de las comisiones de investigación con relación a determinados órganos o actos del gobierno.

El autobloqueo surge, en esos caos, cuando por la inacción parcial del órgano ejecutivo, el área destinada al control correspondiente en el Parlamento se ve políticamente forzada a sostener una actitud reiterativa, que traba una o varias funciones del poder. Mantener el nivel de los controles en un punto que resulte equilibrado, es parte de los problemas a que se enfrentan los congresos y parlamentos más dinámicos. No existe, sobre ese punto, la posibilidad de dictar prescripciones normativas, pero el ejercicio razonable del control influye en que éste se mantenga en el ámbito normativo. La oportunidad y la intensidad políticas condicionan la normalidad o la normatividad del control constitucionalmente previsto.

Otra posibilidad de autobloqueo reside no en la contraposición irrazonable de los agentes políticos y de los órganos del poder, sino precisamente en lo contrario: su entendimiento subrepticio. Este problema fue advertido por Fichte (pp. 248 y ss.) al denunciar el riesgo de que los éforos se aliaran con el "poder ejecutivo para oprimir al pueblo". Lo que en este caso se produce es una acción que no bloquea las funciones de gobierno ni las tareas legislativas, sino las de control. La connivencia entre los agentes políticos, que el filósofo alemán preveía aun antes de que los partidos políticos adquirieran el poder que han alcanzado en el siglo XX, representa la posibilidad de neutralizar las funciones de control, e incluso de hacer algo todavía más peligroso: ejercerlas formalmente mediante una apariencia fraudulenta. El control como ficción es, también, una manera de bloquear una función central del poder: la de control.

## L. CONTROL Y SANCIÓN

1. *Control y deliberación*

La función de control es una de las manifestaciones de la naturaleza deliberante de los parlamentos y congresos. "Deliberar" es, por otra parte, una función que importa en la vida de las instituciones democráticas. Deliberar supone una capacidad libre para asumir decisiones. La etimología del verbo, examinada por Cuervo (II, p. 878), parece encontrar un eco de "liberar", esto es, de libertad. De ahí su doble acepción, en los sentidos de ser una consideración acerca de la determinación que ha de tomarse o de la solución que ha de darse a un problema, por una parte, y la resolución que ha de adoptarse ante un asunto específico, por otra. El debate sobre el control supone ambas formas de deliberación e incluye el ejercicio libre de esas facultades.

El problema que plantea la deliberación es si con su sola práctica se agota la función controladora. Esto nos reporta la aplicabilidad de las decisiones adoptadas por el órgano colegiado. Cuando de la deliberación surge una decisión, ¿se agota la función controladora? ¿De qué medios se vale el órgano colegiado que la adopta para hacerla valer? No se alude, desde luego, a las funciones de orientación o dirección política, que por su naturaleza carecen de fuerza vinculante y que en ningún momento pueden ser confundidas con las de control. Se trata en este caso de determinar la capacidad de aplicación coactiva de las resoluciones adoptadas conforme a las atribuciones en materia de control, por parte de los congresos o parlamentos.

Independientemente del origen ritual de la sanción (del latín *sanctus*, "sagrado" y *sancire* "consagrar", según Corominas, que a su vez entronca con la raíz indoeuropea *sak*, que originó *saklai*, "rito", en hitita, y *sato*, "santo", en sánscrito, según Roberts y Pastor), el concepto ha estado presente como elemento de la norma desde el siglo XVI. Richard Baxter la aplicó en 1651: "La ley tiene dos partes: el mandato y la sanción", para denotar lo que es al mismo tiempo obligatorio e inviolable.

El estado de la cuestión no está dilucidado por los jusfilósofos. Betegón (pp. 355 y ss.) expone las diversas formas de entender a la sanción en la doctrina contemporánea, y presenta un amplio abanico de opciones, ninguna de las cuales resuelve la totalidad de los problemas que se suscitan con motivo de las relaciones entre los órganos del poder.

El problema de que el poder sancione al poder no es de poca monta. En el centro de la cuestión estaría la pregunta de Foucault (p. 139) “¿qué reglas de derecho ponen en marcha las relaciones de poder?” Por eso el filósofo propone (p. 142) “coger al poder en sus extremidades, en sus confines últimos, allí donde se vuelve capilar”. Y, en llegando al núcleo del poder lo que cuenta ya no es quién lo ejerce y con qué propósito, sino examinar la cara interna del poder para ver sus “prácticas reales y efectivas” (p. 143). La solución que Foucault encuentra queda enunciada (p. 144) cuando afirma que “el poder tiene que ser analizado como algo que circula... que no funciona sino en cadena... [que] se ejercita a través de una organización reticular”. Algo más: no existen relaciones de poder sin resistencias, y “la resistencia al poder no tiene que venir de fuera para ser real” (p. 171).

Es evidente que a Foucault le interesa, esencialmente, descifrar los resortes internos del poder, para poder así descubrir sus motivaciones en la relación externa. Para nosotros sólo es útil en la medida en que plantea la circularidad del poder, que en la teoría jurídica se confunde con la norma misma. Lo que sugieren las relaciones entre los órganos del poder, a través de los instrumentos constitucionales de control, es que nos encontramos en una situación límite donde la resistencia al poder se practica desde el poder mismo, y donde el poder tiene que utilizar su instrumento natural de expresión coactiva en su propio perjuicio.

Es por eso que los instrumentos de control quedan tan profundamente condicionados, en su ejercicio, por criterios de naturaleza política. De ahí que los partidos, los medios de comunicación y la propia sociedad civil tengan una participación cuya relevancia no podría justificarse de otra manera. Se trata, nada menos, que de verificar, matizar, atestiguar y a veces impulsar el uso del poder coactivo del Estado, por el Estado, contra el Estado.

Las dificultades para aplicar sanciones entre sí, por parte de los órganos del Estado, fueron advertidas por Kant (*Teoría...*, p. 28) en estos términos: “cada miembro de la comunidad tiene derechos de coacción frente a cualquier otro, circunstancia de la que sólo queda excluido el jefe de dicha comunidad... siendo éste el único que tiene la facultad de coaccionar sin estar él mismo sometido a leyes de coacción”. Más adelante insiste en que con relación a la coacción hay una excepción: “... la del jefe de Estado, el único a través del cual puede ser ejercida toda coacción jurídica. Si también éste pudiera ser coaccionado, no sería entonces el jefe de Estado, y la serie de la subordinación se remontaría al infinito”.

Es verdad que Kant se refiere al jefe de Estado. Su ensayo es de 1793 y si bien él había manifestado su simpatía por los procesos revolucionarios británico y francés, el asentamiento constitucional y la distinción entre jefe de Estado y de gobierno todavía estaba lejos de darse. Lo importante no es la precisión terminológica referida a esas figura, ni siquiera la distinción entre los titulares de los órganos y los órganos del Estado mismo; lo central es advertir la dificultad conceptual y práctica de que el Estado se coaccione a sí mismo.

## 2. *Juridicidad del control*

La naturaleza jurídica de los controles políticos plantea algunas incógnitas. En términos generales la teoría general de las obligaciones no resuelve las relaciones entre los órganos del poder, que resultan de una composición de elementos jurídicos y políticos. Si aceptamos que la norma jurídica prescribe una sanción, en el caso de los controles nos encontraremos con un doble problema: no todas las disposiciones en que los controles se fundamentan, prevén la posibilidad de aplicar una sanción, y cuando esa sanción está prevista, no se establece cuáles son los instrumentos coactivos para aplicarla.

Veamos un par de ejemplos: la falta de respuesta a una pregunta parlamentaria no tiene prevista una sanción para el ministro infractor. Puede incluso decirse que son muchos los casos en que las preguntas parlamentarias o bien no se constestan, lisa y llanamente, o bien son objeto de respuestas elusivas, de tal suerte vagarosas que prácticamente equivalen a su no contestación. Por otra parte, en el caso que la sanción esté prevista, como en la moción de censura, no se determina el instrumento coactivo para hacerla cumplir.

Sería precipitado señalar que las normas que contienen los instrumentos de control del poder no son jurídicas. Equivaldría a tanto como señalar que existen apartados enteros de las constituciones que no son derecho, que hay áreas del ejercicio del poder que son ajenas a la norma y que no existen medios jurídicos para controlar la acción política del poder. Una afirmación así resultaría un despropósito. Sin embargo, el problema subsiste. Con relación al primer ejemplo, de las interpelaciones, podría decirse que la opción de sanción queda sujeta a la decisión que los agentes políticos deseen adoptar, trasladando la falta de respuesta a una moción de la que sí se puedan derivar consecuencias jurídicas.



Llegamos, en todo caso, a la situación límite planteada por la posibilidad de aplicación coactiva de una sanción acordada por el cuerpo colegiado de representación en contra del gobierno. El problema, por supuesto, también se puede suscitar desde la otra parte de la relación. Si es el gobierno quien determina la disolución del Congreso, hipotéticamente, puede llegar a disponer de la fuerza para, en caso extremo, hacer valer su decisión. En este caso no hay duda. Volvamos, por tanto, al ejemplo original. Por raros que sean los casos de resistencia del gobierno ante una moción de censura, son históricamente corroborables. Cuando las respuestas han sido en el sentido de ignorar la facultad del Congreso, o incluso de disolverlo ya sin derecho, se han producido tres tipos de respuesta: la consumación del golpe de Estado por parte del gobierno, la insurrección popular, o la intervención, sin derecho, de las fuerzas armadas.

Los tres escenarios carecen de base jurídica. El golpe de Estado consiste en el desconocimiento del orden constitucional por parte de un órgano del Estado. Desde luego esto supone la quiebra de la Constitución. Por otra parte, cuando la fuerza armada del Estado decide apoyar la decisión jurídicamente fundada del Congreso, lo hace sin que a su vez su acción tenga un soporte normativo que la legitime, por tanto también se produce la quiebra del sistema constitucional. Finalmente, el caso de la desobediencia civil tampoco cuenta con una base de naturaleza jurídica que la valide.

Nos encontramos, por lo tanto, ante una situación límite para el orden jurídico que no se resuelve siquiera con los elementos de la obligación jurídica que Hart encuentra en “la persistente y general exigencia de conformidad” y en la presión social. Bobbio (*Contributi...*, p. 256) deja muy clara la consecuencia de la desobediencia de la norma: el sistema entra en crisis y genera una situación de anarquía o de mutación radical.

Podemos concluir, por tanto, que los instrumentos de control político sólo pueden tener naturaleza jurídica, porque son parte del orden constitucional y porque sería incomprensible que el poder, que se legitima por el derecho, que crea el derecho y que aplica el derecho, estuviera al margen del derecho. Cuando, llegado al extremo de la aplicación de medidas de control, los órganos del poder se resisten a cumplir aquello que están obligados a acatar, la sanción no se individualiza en los titulares ni en el órgano afectados por la sanción, sino que se generaliza al cuerpo social y desencadena una crisis. Se produce la ruptura de la legitimidad entendida como una propensión a “obedecer las órdenes sin que existan castigos o recompensas por hacerlo” (Jasay, p. 88). Se trata, en otras palabras, de una

especie de devolución de facultades al cuerpo social, con lo cual se confirma que los controles políticos son la garantía que la sociedad establece a través del contrato social.

La doctrina no se ha ocupado de examinar con detenimiento estos problemas de la aplicación coactiva de las normas que rigen las relaciones entre órganos del poder. Sólo Crisafulli (*Lezioni...*, I, p. 23) ha hecho un apuntamiento en este sentido, señalando que no todas las normas son coercibles, “especialmente en el campo del derecho constitucional”, donde se encuentran ejemplos frecuentes de obligaciones que son ciertamente jurídicas pero cuyo cumplimiento queda garantizado por la “corrección, la lealtad y el sentido del deber” de los individuos que desempeñan los cargos públicos.

Podemos agregar que, con relación a esos individuos en particular, sí están previstas responsabilidades susceptibles de aplicación coactiva cuando su proceder es contrario a las normas. Sin embargo, en este caso estaríamos fincando responsabilidades individuales por la comisión de actos que se practican en tanto que titulares de órganos del poder, y que tuvieron el carácter de actos institucionales, no de actos personales. Sea como fuere, la interpretación de Crisafulli abre un espacio, aun cuando nos conduce a la incertidumbre de la subjetividad que simbolizan “la corrección, la lealtad y el sentido del deber” de los servidores públicos y traslada, por ende, a la responsabilidad individual la acción política institucional.

En ese punto adquiere relevancia el concepto de Constitución abierta sustentado por Häberle y que Lucas Verdú (*La Constitución abierta...*, p. 33) secunda: la Constitución tiene que ocupar un sitio en la conciencia y en la opinión pública; “la Constitución de la *res publica* implica una relación con la publicidad”. Las funciones de control en un sistema democrático son actos practicados por un órgano del poder con relación a otro, pero dirigidos a la opinión pública. Aquí, independientemente de las posibilidades de aplicación coactiva, los instrumentos de control surten un efecto político relevante. ¿Es suficiente este efecto político para admitir la naturaleza jurídica de los controles? Las respuestas afirmativas ofrecidas por Crisafulli, por Häberle y por Lucas Verdú apuntan en direcciones diferentes, pero no excluyentes. Permiten, por lo menos, sustentar que los instrumentos constitucionales de control del poder no son de facto.

Hay quienes señalan que sólo hay control si hay sanción; hay (aunque son los menos) quienes sustentan que puede haber control sin sanción; y hay, en fin, quienes postulamos que el control, para serlo, puede ir o no

acompañado de sanción jurídica; pero siempre irá acompañado de sanción política.

La acción de gobierno no siempre es considerada sólo desde la perspectiva de los efectos jurídicos que produce; sino que también lo es desde la óptica de los efectos políticos que genera. Los efectos jurídicos pueden ser apreciados jurídica o políticamente; pero los efectos políticos sólo pueden serlo de manera política.

Si el control se restringiera sólo a aquellos casos en que puede imponerse una sanción, se tendría que llegar a la conclusión de que el control es imposible siempre que un gobierno tenga la mayoría en el Parlamento; y como en un sistema parlamentario por definición no puede haber más que gobiernos que tengan mayoría (propia o por coalición), se tendría como consecuencia que en el sistema parlamentario no puede haber control político.

En el caso del sistema presidencial puede haber gobierno sin mayoría en el Congreso, pero como en este caso el gobierno no depende de la confianza del Congreso, por lo tanto tampoco podría haber sanción. Aquí también tendría que concluirse que el control es imposible.

Como se ve, en ambos extremos se trata de conclusiones que nada tienen que ver con la realidad histórica. El hecho constable es que se da el control por parte de los órganos colegiados del poder que ejercen funciones representativas, apliquen o no sanciones a los órganos de gobierno. Éste es un supuesto histórico del ejercicio del poder.

De lo anterior resulta que si el gobierno actúa jurídicamente, en función de obligaciones jurídicas, también actúa políticamente, conforme a obligaciones políticas. El esquema de las obligaciones desarrollado desde el derecho romano es aplicable al gobierno sólo en tanto que actúe en el ámbito de relaciones de derecho privado, pero no en cuanto que desempeñe tareas de Estado. Como caso extremo se puede mencionar el de la dictadura constitucional, que no es sino la cobertura jurídica de la razón de Estado.

Sin embargo, hay numerosas actividades del Estado que, precisamente por corresponder a los atributos del poder que le confiere la Constitución, implican obligaciones de derecho público. Tales son los casos de las libertades públicas y de los derechos de prestación, exigibles al Estado como resultado de una relación obligacional.

Pero si los órganos Estado, además de actuar en el ámbito de obligaciones jurídicas privadas y públicas, realizan actos de naturaleza política, no puede eximirseles del cumplimiento de obligaciones también de naturaleza polí-

tica, no necesariamente exigibles por medios jurídicos, aunque sí conforme a procedimientos jurídicos. Ese es el caso de los programas de gobierno, que entrañan una obligación política, cuyo cumplimiento puede ser exigido parlamentariamente como planteamiento político a través de los procedimientos de control que al efecto establece la Constitución.

Así, los actos de control político pueden realizarse sin necesidad de sanción jurídica. Por ser actos políticos internos del poder, no necesariamente corresponden a la función coactiva del poder. Desde una perspectiva administrativa de la actividad del Estado resulta incomprensible la ausencia de sanción jurídica aun en las relaciones internas; pero esa perspectiva supone una visión jerárquica de los órganos del poder que no corresponde al sistema constitucional contemporáneo, y tal vez no haya correspondido al constitucionalismo en ningún momento.

La sanción política, en cambio, está siempre presente en los actos de control. Ahora bien, estos actos, aunque no siempre producen consecuencias jurídicas, siempre deben desarrollarse conforme a procedimientos jurídicos. Los órganos del poder deben sujetarse, en materia de control, a lo preceptuado por la Constitución y, en su caso, a las prácticas y costumbres que resulten acordes con el sistema constitucional. Así ocurre, por ejemplo, con las mociones de reprobación desarrolladas dentro del sistema constitucional español, y con el veto legislativo generado en el sistema constitucional norteamericano.

La sujeción a la norma de competencia, en materia de control, establece la diferencia entre una opinión privada, así sea sustentada por un representante o un partido, y una posición política. La primera es o puede ser un punto de referencia para la opinión pública; la segunda es o puede ser un objetivo para la acción política.

### *3. Control garantía y control verificación*

Es necesario tener el mayor cuidado cuando se hace depender el concepto de control según que de su ejercicio resulte o no una sanción. Si se asume que sólo hay control cuando hay sanción, muchos de los instrumentos que caracterizamos como de control tendrían que ser considerados en otra categoría. Por ejemplo, ¿cómo encuadrar así las preguntas parlamentarias? Es evidente que las tendencias clasificatorias no pueden obligar a suscribir una posición, sólo para hacer que en una particular sistematización quepa

todo cuanto se quiere introducir. La idea que se tenga del control político del poder es, en todo caso, la que permitirá fijar los alcances del concepto.

Por el contrario, si se afirma que el control no implica sanción (García Morillo, "Aproximación...", p. 38), se plantea el mismo problema, pero a la inversa: cómo encuadrar a los instrumentos de control de los que sí se desprende una sanción. Una vez más, por imperativos doctrinarios, se estaría ante la situación de tener que excluir del rubro de controles a muchos instrumentos que las constituciones establecen para limitar la acción del poder.

Lo que podemos constatar es que, con relación a la sanción, existen dos modalidades de control: el control garantía, que supone la existencia de un interés jurídico tutelado, la posibilidad de que ese interés se vea amenazado y la capacidad para evitarlo o corregirlo. Galeotti ("Garanzia...", p. 491) entiende por garantía constitucional "todo mecanismo jurídico de seguridad que el ordenamiento constitucional establece a efecto de salvaguardar y defender la integridad de su propio valor normativo y de su existencia misma". En otro lugar, y de manera más sintética, el mismo autor ("Controlli...", p. 326) alude a la garantía como el "mecanismo institucional que garantiza la regularidad constitucional".

En ese caso la sanción es consustancial al instrumento de control. Galeotti ("Garanzia...", p. 508; "Controlli...", p. 326) sustenta que la diferencia específica entre la garantía constitucional y la "amplia constelación de controles" reside en la naturaleza vinculante de la primera. Sin embargo, todo lo que su afirmación comprueba es que hay controles cuyo ejercicio puede suponer la aplicación de una sanción, y hay otros en que eso no ocurre. "No todo control constitucional integra una garantía constitucional", concluye.

La otra modalidad es el control verificación, que corresponde a procesos declarativos o indagatorios, de los que no resulta directamente una sanción. En este punto debe precisarse que la corriente doctrinaria según la cual el control no supone una sanción, también deja por fuera a un importante grupo de instrumentos cuyos efectos reales se proyectan en el sentido de limitar el ejercicio del poder.

Una de las consecuencias de no admitir como control más que a los instrumentos de los que se desprende una sanción, es que los parlamentos, a través de la práctica, no podrían ir desarrollando nuevas formas de relación con el gobierno, con el propósito de "controlar" su acción. Por su parte, si sólo aquéllos instrumentos de los que no resulta una sanción son los

considerados como formas de control, y se excluye a la responsabilidad del gabinete del concepto de control, como hace García Morillo (“Aproximación...”, p. 49), por ejemplo, se limita a tal punto la extensión del control que su existencia deviene precaria.

Suele utilizarse como argumento para apoyar la idea de que el control carece de sanción, la relación existente entre Congreso y gobierno en un sistema presidencial. Como se ha visto, en este sistema no cabe la responsabilidad política del órgano ejecutivo del poder. Sin embargo, todo lo que ese argumento prueba es que la responsabilidad puede ser una expresión del control, pero no la única forma de control.

#### 4. *Control inspección y control autorización*

Fernández Segado (*El sistema...*, pp. 650 y ss.) plantea una adecuada distinción entre los controles que conciernen a la verificación de una conducta (inspección) de los que respectan a la aprobación de una decisión (autorización). Adicionalmente, señala que la actividad de información del Parlamento no constituye una forma de control, si bien acaba por reconocer que, a pesar de su “naturaleza informativa”, las comparecencias de miembros del gobierno “se sitúan en lugares muy próximos a la actividad propia del control-inspección”, y se acoge a la doctrina italiana que también excluye de los controles las acciones parlamentarias de “dirección política”. Entre estas últimas se cuenta a las mociones o proposiciones no de ley, y el nombramiento o elección de determinados cargos.

Aunque aparentemente Fernández Segado suscribe la posición de Montero y García Morillo, en el sentido de que el control no implica sanción, y por ende los aspectos de responsabilidad quedan fuera de las funciones de control, en realidad lo que hace, y resulta aceptable, es diferenciar las formas de control que comportan una sanción (las de autorización) y las que no la implican.

Entre las formas de control-inspección quedan incluidos el derecho de petición de los ciudadanos, las preguntas, las interpelaciones y las comisiones de investigación; entre las de control-autorización resultan comprendidas, entre otras, la convalidación de los decretos-leyes, las autorizaciones relacionadas con los estados especiales, el control de los derechos legislativos, y la autorización de tratados y convenios internacionales.

El criterio que se adopte para incluir o excluir a determinados instrumentos según se les caracterice o no como controles, es independiente de que

se aplique la clasificación propuesta por Fernández Segado. La utilidad de esta clasificación se puede apreciar en cuanto a que supera el debate acerca de la existencia de la sanción para determinar si la norma de control es o no una norma jurídica.

### 5. *Control del poder y eficacia de la Constitución*

La inteligente elaboración doctrinaria de que la Constitución es la norma de normas, la norma que funda las demás normas y el ejercicio mismo del poder, no ha podido aclarar cuál es el fundamento de esa norma. El escollo, como señala Bobbio (*Contribución...*, p. 303) se ha tratado de superar argumentando que si la norma suprema no puede depender de otra, porque entonces ésta sería la norma suprema, y así sucesivamente, entonces depende de su eficacia, o sea, del hecho “histórica y sociológicamente comprobable de que las obligaciones de ella derivadas son habitualmente observadas”.

Ahora bien, como el poder no es autosubsistente, sino que requiere de legitimación, y ésta la proporciona la norma, venimos a tener que, siendo distintos, como son, norma y poder, su entrelazamiento está fuera de cualquier duda y reclama que la eficacia de la primera y la efectividad del segundo (Bobbio, *Contribución...*, p. 304) lleven a un proceso convergente. Este proceso incluye a los instrumentos de control, que son los medios que la Constitución se da a sí propia para subordinar el poder a la norma. Vistos así, los instrumentos constitucionales para el control del poder adquieren una importancia central en lo que concierne al ejercicio racional del poder y la preservación de la norma suprema. Con los instrumentos de control político del poder se protege esencialmente al destinatario de la Constitución; con los instrumentos de control jurídico del poder se protege fundamentalmente a la Constitución.

El problema sigue siendo la posibilidad de caracterizar a la coacción como un atributo de las normas de control. Y no es un problema menor. En esencia, si son normas jurídicas, deben ir acompañadas por la posibilidad de su aplicación coactiva o, de otra suerte, habría que encuadrarlas en otro conjunto de normas que no sean las de naturaleza jurídica.

Cabría, en ese sentido, recurrir al concepto anglosajón de obligación política, de origen hobbesiano (*Leviathan*, xxi, 268) y de amplio desarrollo durante el siglo XX. Empero, la obligación política está referida al deber de obediencia ciudadana y sirve como elemento para explicar cómo, en función de la propia obligación y en determinadas circunstancias, puede

transformarse en derecho a la resistencia (Pateman, pp. 29, 37, 41, 76). Así, pues, este concepto no resuelve el tema examinado. A mayor abundamiento la idea misma de "resistencia" aplicada al pueblo es una contradicción en sus términos, porque el soberano, que es el pueblo, no puede ejercer "resistencia" ante sus posibles opresores, porque en ningún caso habrían sido sus superiores. Las alegaciones conducentes al derecho de resistencia pasan por alto el dogma de la soberanía popular.

En tanto que no es objeto de este trabajo revisar las teorías de la norma, nos limitamos a constatar lo que es comúnmente aceptado: sólo hay norma jurídica donde hay sanción. Adoptaremos como instrumento explicativo del alcance de la coacción la clara sistematización ofrecida por Bobbio (*Contribución...*, pp. 331 y ss.), según la cual, la fuerza puede ser usada de cuatro formas: para constreñir, para impedir, para sustituir y para castigar. A su vez, las consecuencias de aplicar alguna de esas formas de coacción se manifiestan en una "nulidad" o en una "pena".

Ahora bien, las normas jurídicas así concebidas son aquellas que regulan las relaciones de los individuos entre sí y con el Estado. Pero cuando de lo que se trata es de las relaciones entre los órganos del poder sólo quedan dos opciones: o se acepta que pueden ser reguladas por normas sin sanción, lo cual escaparía a toda consideración dentro de la teoría del derecho, o se admite que hay otras expresiones de sanción, además de las mencionadas por Bobbio. La otra posibilidad, claro, sería llegar a la contradicción de sostener que el Estado aplica normas jurídicas pero que él a su vez está regulado por normas morales.

Así, partiendo de que el Estado que aplica las normas no puede estar regulado sino por normas, de que las normas jurídicas no pueden carecer de sanción, y de que existen instrumentos constitucionales para el control del poder que no en todos los casos van acompañados por normas secundarias (coactivas), cabe plantear si: *a*) hay normas jurídicas que puedan comportar una sanción política; o *b*) si además de las sanciones señaladas por Bobbio pueden agregarse a ese elenco la inhibición y la orientación, como formas de sanción en las relaciones entre los órganos del poder; o *c*) si en el caso de los instrumentos de control las sanciones operan considerando al conjunto normativo y no a cada una de las normas en particular.

Tal vez ninguna de esas soluciones funcione, pero es menester procurarla para no despojar a los órganos del Estado de la sujeción a normas jurídicas



y correr así el riesgo de que el Estado de derecho, en su cúspide, sólo esté regido por normas morales y sociales.

Los problemas se resuelven, desde luego, mediante una construcción constitucional adecuada. En este sentido, la de Austria de 1920, elaborada por Kelsen, no daba lugar a los problemas interpretativos que resultan de determinar si hay o no sanción prevista cuando se aplican los instrumentos de control.

La Constitución austriaca establecía que las dos cámaras que ejercían “la función legislativa”, el Consejo Nacional y el Consejo Federal (artículo 24), estaban también investidas de facultades para “controlar los actos del gobierno federal” (artículo 52), mediante interpelaciones y solicitud de informes, y para expresar su parecer acerca del ejercicio de “la función ejecutiva” a través de resoluciones. El Consejo Nacional podía, además, integrar comisiones de investigación (artículo 53), retirar su confianza al gobierno o a un ministro (artículo 74) y fincar responsabilidades (artículos 76 y 142) a los miembros del gobierno.

Por otra parte, el propio Kelsen (*Esencia...*, p. 145) advirtió que el control es una exigencia de la democracia, y que una de las formas más eficaces de ejercer ese control corresponde al principio de publicidad: “la tendencia a la claridad es específicamente democrática”. La publicidad no es en sí una forma de control, pero es uno de los elementos que le dan al control posibilidades de influir en el ejercicio de las funciones del poder. Desde luego Kelsen no confunde el control con la publicidad, pero al hacer complementarios a uno y otra, está caracterizando al control como un instrumento versátil de la democracia cuyos efectos no se agotan en una fase coactiva.

Una función del derecho identificada por Habermas (*Historia...*, p. 29) consiste en “garantizar el modo discursivo de acuerdo con el cual deben ejecutarse la producción y la aplicación de los programas jurídicos bajo las condiciones de la argumentación”. Esta acción deliberante, basada en la norma y con efectos en la norma, involucra a diversos agentes sociales, entre ellos los que participan en las tareas de control político. A ese proceso discursivo el autor le denomina interacción no coactiva.

Es ésta una caracterización utilizable para los casos en que el ejercicio de los controles no culmina en una sanción. La interacción se produce, aunque no haya coacción; pero se trata además de una interacción relevante para el derecho porque en él se fundamenta y a su aplicación se dirige. La deliberación que tiene por objeto ejercer actos de control entre los órganos

del poder atiende a lo que Habermas denomina “aplicación de los programas jurídicos”.

El problema de la sanción, como posible elemento necesario de los instrumentos de control, lleva a plantear una cuestión esencial del constitucionalismo. Si entendemos que la Constitución es un sistema de valores, no es posible considerar que una parte de sus disposiciones puede dejarse de aplicar por carecer de una sanción prevista normativamente.

Se trata, desde luego, de una forma de entender la Constitución. Si se aplica un criterio decisionista, schmittiano, se corre el riesgo que ya advertía Heller de subvaluar el elemento normativo de la Constitución y por ende de cuestionar la unidad del ordenamiento constitucional; por el contrario, si partimos de la idea de la unidad de ese ordenamiento, y admitimos que la Constitución en su conjunto es un gran sistema de valores, entonces será razonable relacionar lo que Luciani (p. 504) llama la “Constitución de los derechos” con la “Constitución de los poderes”, y podrá establecerse, consecuentemente, que la regulación del poder, conforme a objetivos de gobernabilidad, no puede entenderse en perjuicio o en omisión de las relaciones sociales y de los valores constitucionales de libertad, igualdad, equidad y justicia.

La disyuntiva de aceptar que todas las normas de control deben contener una sanción, o por el contrario que la norma de control existe aunque carezca de sanción, parecería encaminarnos a situaciones irreductibles. La solución la ofrece el concepto de sistema complejo desarrollado por Bobbio (*Contribución...*, pp. 317 y ss.). “Hay, dice, situaciones en las que un sistema normativo simple (carente de sanción) no consigue que la mayor parte de sus reglas sean observadas por la mayor parte de sus miembros”. El tránsito de un sistema simple a uno complejo supone la institucionalización de la sanción. En este caso la función de las normas de sanción “es la de impedir la disolución de las normas de primer grado a través de una continua inobservancia”.

Como se ve, antes de que esas normas de sanción se apliquen, existe la posibilidad de que la observancia regular de una norma haga innecesario el proceso sancionador. Esto explica que diversos instrumentos de control político no prevean la adopción de sanciones, lo que no les priva de su naturaleza ni de su eficacia jurídica. Sin embargo, el ordenamiento jurídico, “típico sistema normativo complejo”, permite que la inobservancia de una norma de control conduzca, o permita llegar, a otros instrumentos que sí suponen la posibilidad de sancionar el incumplimiento en que pueda incurrir

un órgano del poder. Así, aunque es posible que en una particular fase de los controles se llegue al extremo de la sanción jurídica, no es ésta una condición indispensable para la existencia y funcionamiento de los instrumentos de control que no la prevean.

La “garantía inmanente” (Hesse, pp. 7 y ss.) ofrece una opción para comprender el alcance de las normas constitucionales de control. “El derecho constitucional, dice Hesse, se diferencia del derecho de otras ramas jurídicas en que, en definitiva, no existe instancia que pueda imponer su observancia; el derecho constitucional tiene que garantizarse por sí mismo”. Conforme a esta tesis, mientras que la función del derecho ordinario supone su posible imposición coactiva, porque “su observancia siempre resulta garantizada desde fuera”, en el caso de las normas constitucionales su observancia no está garantizada por un ordenamiento jurídico superior ni por una coactividad supraestatal, porque se ascendería en una escala sin fin. Si hubiera una instancia superior al Estado, ese sería el verdadero Estado, y así sucesivamente. Hay, por tanto, que adoptar una explicación razonable como la ofrecida por la garantía inmanente de la Constitución.

En un sistema parlamentario el caso extremo de sanción sería la pérdida de confianza en el gobierno o la disolución del Parlamento. No queda duda, en este caso. No pasa lo mismo en un sistema presidencial, lo que de cualquier forma no nos permite llegar al extremo de declarar que en este caso el control es inexistente. Precisamente por la naturaleza de un sistema normativo complejo, que permite el reforzamiento colateral de las normas de control, si los órganos del poder carecen de atribuciones recíprocas de eliminación, disponen no obstante de instrumentos de persuasión y de bloqueo. Los casos extremos en el sistema presidencial serían la desaprobación o la modificación de los presupuestos y el veto.

La tesis de Manuel Aragón (*Constitución...*, pp. 79, 92, 154, 162, 167) sin duda resulta esclarecedora. Primero afirma que el “momento conminatorio” no en todos los casos “es imprescindible en el control, ni siempre que existe acompaña, directa e inmediatamente, a éste”. Para fundamentar su posición distingue, acertadamente, entre control jurídico y político, y en cuanto al último manifiesta que “el resultado negativo de la valoración no implica, necesariamente, la emisión de una sanción”. Esto lo ratifica cuando afirma que “el control político no posee efectos sancionatorios *per se*”, si bien esto no excluye que esté presente la “esperanza de sanción”. Es en este punto donde se resuelve el problema que venimos comentando, acerca de la juridicidad de las normas de control político.

Pablo Lucas Verdú (“El control...”, pp. 365 y ss.) aporta un sugerente instrumento de análisis. Al examinar la participación del Senado en las funciones de control, advierte que existen algunas modalidades que no le han sido reconocidas. No obstante, en tanto que el Senado no puede llegar al extremo de reclamar responsabilidades al gobierno, pero sí de constituir comisiones de investigación y de plantear preguntas e interpelaciones, Lucas Verdú habla de “cuasirresponsabilidad” e incluso de “control indirecto”.

Aunque Lucas Verdú no desarrolla con más detenimiento su idea, se trata desde luego de un descubrimiento muy útil, sobre todo si se insiste en poner el acento tónico de los controles en la posibilidad de imponer una sanción. Para los casos en que la sanción no resulte de manera directa del ejercicio de una forma de control, e incluso para aquellas modalidades que se vayan desarrollando merced a la práctica parlamentaria, podría caber la denominación de cuasiconroles. La tenue frontera que a veces impide distinguir donde termina un debate de dirección política y empieza otro de control, o cuáles de los elementos de un mismo discurso político corresponden a cualquiera de ambas opciones, hace utilizable una figura intermedia, en tanto que los controles no se estén aplicando, pero sí se estén implicando. De cualquier forma esta modalidad de “cuasiconroles” parte de considerar que el control está en su base misma, así se le anteponga el matiz de un adverbio, y de que pueden darse controles sin sanción jurídica.