

EXPERIMENTALISMO DEMOCRÁTICO, NUEVAS FORMAS DE REGULACIÓN Y LEGITIMACIÓN DEL DERECHO

Democratic Experimentalism, New Forms of Regulation and Legitimation of Law

Pedro MERCADO PACHECO

Universidad de Granada

RESUMEN

En el artículo se abordan los problemas de legitimación que plantean las nuevas formas de regulación que se asocian con la “gobernanza” como modelo de ejercicio del poder distinto al “gobierno”. Ante la crisis de los criterios tradicionales de legitimidad anclados en el modelo representativo de las democracias de los Estado-nación, la gobernanza se reclama como una forma de gobierno no solo más eficaz en términos de gobernabilidad de la complejidad de la sociedad globalizada de nuestros días, sino también más democrática por el papel que atribuye a la deliberación y a la participación de actores privados y partes interesadas en el proceso de toma de decisiones. En particular, se analizan las aportaciones provenientes de Estados Unidos del llamado “experimentalismo democrático” o “poliarquía deliberativa directa” y su particular influencia en el ámbito de la Unión Europea, en cuyo seno las nuevas formas de gobernanza y de experimentalismo democrático —caso del “método abierto de coordinación”— se han presentado como la estrategia más adecuada para afrontar el problema crónico del déficit democrático de la política y del derecho comunitario. A pesar de las sugerentes promesas democráticas, el autor presenta las paradojas y riesgos en términos de legitimidad democrática de estas nuevas formas de regulación y concluye que su llamada a la participación de la sociedad en la toma de decisiones puede ser considerada más un mito que una realidad.

Palabras clave: experimentalismo democrático, legitimación del derecho, participación, gobernanza.

ABSTRACT

This article addresses the problems of legitimacy posed by new forms of regulation that are associated with governance as a model of exercising power distinct from “government”. Given the crisis of the traditional criteria of legitimacy anchored in the representative model of democracy of the nation-state, governance is claimed to be a form of regulation not only more efficient in terms of governability of the complexity of today’s global society but also more democratic due to the role attributed to deliberation and participation of private actors and *stakeholders* in the decision making process. In particular, it analyzes the contributions from the United States of the “democratic experimentalism” or “directly deliberative polyarchy” and its particular influence in the EU sphere, within which new

forms of governance and democratic experimentalism —exemplified by the case of the open method of coordination—, have been presented as the most appropriate strategy to address the chronic problem of the democratic deficit of EU law and policy. Despite the attractive democratic promises, the author presents the paradoxes and risks in terms of democratic legitimacy of these new forms of regulation and how its call to society to participate in decision-making can be considered more a myth than a reality.

Key words: democratic experimentalism, legitimacy of law, participation, governance

1. NUEVAS FORMAS DE REGULACIÓN Y GOBERNANZA

A pesar de que sea difícil distinguir nítidamente lo “nuevo” de lo “viejo” en las nuevas formas de regulación, existe un amplio acuerdo en los ámbitos de la ciencia política y de la administración, de las relaciones internacionales y de la ciencia jurídica de que las formas de creación y de aplicación e implementación del derecho han cambiado de forma muy significativa, especialmente a partir de la década de los noventa del siglo pasado. Esas nuevas formas de regulación estarían asociadas a la proliferación y extensión de nuevas formas de gobernanza, un proceso de experimentación de formas de gobernar distintas al gobierno, con nuevos actores, y nuevos criterios de legitimación de la acción política y del derecho

En términos generales, la gobernanza está relacionada con la pérdida de la centralidad del Estado y con la diseminación de los poderes normativos y regulatorios que caracterizan la fenomenología político-institucional que acompaña a la globalización. El concepto de gobernanza alude a un nuevo estilo de gobierno, distinto del modelo de regulación jerárquico del Estado y que se caracteriza por la interacción entre actores autónomos y por redes de organizaciones¹.

La nueva realidad en la que dicen situarse la mayoría de los autores que tematizan la noción, es la incapacidad del modelo de Estado moderno “vertical”, desbordado, deslegitimado y obsoleto para organizar la toma de decisiones en las democracias representativas. En todos los empleos del término, las fronteras entre lo público y lo privado tienden a borrarse, se privilegian aquellos mecanismos de gobierno que no necesitan de la autoridad del Estado, ni siquiera su sanción para funcionar, y se tiende a la creación de estructuras resultantes de la interacción

1. Son pioneros los estudios de R. A. W. Rhodes (1996), “The New Governance: Governing Without Government”, *Political Studies* 44 (1996) y *Understanding Governance: Policy Networks, Governance Reflexivity and Accountability*, Open University Press, Buckingham, 1996; Rosenau, J. N. y Czempiel, E. O. *Governance without Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992; J. Kooiman, “Governance and Governability: Using Complexity, Dynamics and Diversity” en J. Kooiman (ed.), *Modern Governance. New Government-Society Interactions*, Sage Publications, London-Newbury Park-New Delhi, 1993; y Renate Mayntz, “New Challenges to Governance Theory”, European University Institute, Jean Monnet Chair Paper RSC No 98/50, 1998. Versión en castellano disponible en R. Mayntz, “Nuevos desafíos de la teoría de ‘governance’”, *Instituciones y Desarrollo* 7 (2001), y también puede verse de la misma autora “El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna”, *Reforma y Democracia* 21 (2002).

múltiple. Los flujos y las “redes” parecen describir más adecuadamente un mundo donde el poder es más móvil e inestable, no viene ya “de arriba” (*top-down*) sino que discurre en la negociación multiforme e incesante (*bottom-up*). En definitiva, nuevos esquemas de gobierno basados en la idea de la deliberación, el intercambio y la corresponsabilización, mucho más que en los principios tradicionales de la delegación, la jerarquía y la especialización. Un enfoque más descentralizado y consensual que permite coordinar los múltiples niveles de gobierno y que es definitivamente policéntrico. Un enfoque que otorga un gran papel a los actores no estatales para asumir las funciones, administrativas, reguladoras, de gestión y de mediación desarrolladas anteriormente por el Estado².

Ese cambio radical de imaginario y de retórica que trae consigo el enfoque de la gobernanza, se hace también visible en el ámbito jurídico³. Inevitablemente, la pérdida de la centralidad del Estado se traduce consecuentemente en una crisis de los caracteres típicos de la juridicidad moderna. El Estado deja de ser el centro de referencia en la regulación de las dinámicas de las sociedades globalizadas y deja paso a un sistema complejo, plural y policéntrico de regulación jurídica en el que nos encontramos con nuevas formas y fuentes de producción jurídica, nuevos modos de aplicación, control y evaluación del derecho que no coinciden ya con el ejercicio de la soberanía nacional, ni tienen necesariamente carácter público⁴.

Las nuevas formas de regulación de la gobernanza están estrechamente vinculadas con las teorías acerca de la estructura flexible del derecho, de la pre-

2. La literatura sobre gobernanza se ha multiplicado exponencialmente en los últimos años y se hace prácticamente inabarcable. Una aproximación panorámica en castellano puede encontrarse en A. Cerrillo i Martínez, *La gobernanza hoy. 10 textos de referencia*. INAP, Madrid, 2005; J. Prats, *De la Burocracia al Management, del Management a la Gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones públicas de nuestro tiempo*, INAP, Madrid, 2005; A. Natera Peral, “La gobernanza como modo emergente de gobierno y gestión pública”, en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, GAPP, núm. 33-34: mayo-diciembre 2005, pp. 53-65; y I. Blanco y R. Gomà, “Del gobierno a la gobernanza: oportunidades y retos de un nuevo paradigma”, *Politika. Revista de ciencias sociales*, núm. 2 (2006), pp. 11-27.

3. Una visión general de las relaciones entre gobernanza y derecho podemos encontrarla en M. R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010. También puede verse el interesante y exhaustivo trabajo de G. Messina, *Diritto liquido. La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Franco Angeli, 2012.

4. Ello se pone de manifiesto en el incremento de la creación no política del derecho, el protagonismo de la autonomía privada y de la autorregulación, el auge de la nueva *lex mercatoria*, el derecho de la producción (constituido por el conjunto de normativas técnicas cuya elaboración dejan los Estados y las autoridades públicas en manos de los expertos y de los sectores implicados y a las que después se otorga el *placet* oficial), por no olvidar el papel, presuntamente “técnico” y apolítico, de las autoridades independientes y de las nuevas agencias “reguladoras”. Véase J. E. Faria, *El Derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001 y “Policentrismo versus soberanía: los nuevos órdenes normativos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44 (2010), pp. 295 y ss; P. Mercado Pacheco, “El Estado comercial abierto: la forma de gobierno de una economía desterritorializada” en J. R. Capella (ed.) *Transformaciones del derecho en la mundialización*, edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999; y J. A. Estévez Araujo “Que no te den Gobernanza por democracia”, *mientras tanto*, núm. 108-109 (2008), pp. 33-49.

ferencia por el *soft law* frente al *hard law*, de la idea de “ligereza” del derecho, de un derecho “blando”, no construido vertical y jerárquicamente, sino sobre la capacidad de autorregulación de una esfera privada articulada mediante nuevos y sutiles vínculos institucionales con la esfera pública⁵. El derecho en este nuevo contexto, abdica progresivamente de su “carácter normativo”, de ser un criterio determinante para orientar nuestras acciones y decisiones; abandona la pretensión de dar una regulación directa y se limita a establecer premisas, procedimientos, para tomar decisiones, fomentando negociaciones y entendimientos, y adaptándose a la casuística de la situación.

Se introduce así una flexibilidad desconocida en los ordenamientos jurídicos heredados del modelo jurídico del Estado moderno. El derecho ya no establecería *a priori* una reglas de juego o unas determinadas garantías básicas (papel fundamental del derecho en el Estado liberal), ni impondría o promovería la obtención de determinados resultados y objetivos sociales (función de grandes sectores del ordenamiento en el modelo del Estado social). Las tradicionales racionalidades formales y materiales son sustituidas por una nueva racionalidad de carácter procedimental que tiene como objetivo la regulación indirecta, mediante la coordinación de la autorregulación y el reconocimiento de la autonomía decisoria de la diversidad de los intereses sociales.

Detrás del paradigma de la gobernanza como nueva forma de gobierno hay toda una constelación de nuevos instrumentos normativos y técnicas de regulación jurídica que unas veces rivalizan y se contradicen con las formas e instrumentos de regulación tradicional, y otras se complementan o en ocasiones cristalizan en fórmulas “híbridas” que suponen una transformación significativa de las formas y de la técnicas de regulación jurídica tradicionales⁶.

5. Un ejemplo ilustrativo de estas nuevas formas de regulación es lo que se ha venido en llamar la “*autorregulación regulada*”. De acuerdo con esta estrategia reguladora, las empresas ven sometida su actividad a normas de contenido ético (códigos de conducta), o a normas muy detalladas basadas en complejos criterios técnicos (normas técnicas y de normalización) que son creadas por las propias empresas (*autorregulación normativa*); e igualmente se cede a sujetos privados (empresas evaluadoras y auditoras) contratados normalmente por las propias empresas el control de la aplicación de tales normas (*autorregulación declarativa*); en manos de los poderes públicos se deja el control, la supervisión y la coordinación del funcionamiento conjunto de estos mecanismos. De esta forma, se argumenta, los actores sociales, los expertos, las propias empresas se convierten en agentes sociales que cumplen y desarrollan objetivos generales de la sociedad interiorizándolos como propios sin influencia del Estado. El control estatal se sitúa en una posición subsidiaria y de reserva con el instrumental clásico de la regulación imperativa, preventiva o sancionadora del derecho público. El Estado limita su intervención directa y solo supervisa los mecanismos de autocontrol y de autorregulación. Sobre todas estas cuestiones véase M.^a M. Darnaculleta, *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005, y J. Esteve Pardo (2002), *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Madrid, 2002.

6. N. Walker, Neil y G. De Búrca, “Reconceiving Law and New Governance”, *EUI Working paper. Law* 2007/10. Disponible en internet: <http://hdl.handle.net/1814/6788>; J. Scott y D. M. Trubek, “Mind the Gap: Law and New Approaches to governance in the European Union” en *European Law Journal*, vol. 8 (2002), pp. 1-18; y especialmente, D. M. Trubek y L. G. Trubek, “New Governance & Legal Regulation: Complementarity, Rivalry, and Transformation”. *Columbia Journal of European*

La gobernanza, en definitiva, se presentaría como un enfoque más apropiado para asegurar en términos de eficacia la gobernabilidad de las sociedades complejas. Pero al mismo tiempo, si la gobernanza es presentada como preferible al gobierno es porque nos aparece, además, como más participativa, más democrática. La noción de gobernanza cobra todo su encanto persuasivo en las prácticas democráticas que sugiere: menos jerarquía, más participación horizontal, cooperación de múltiples actores en la toma de decisiones, obligación de rendir cuentas, formas de coordinación descentralizada...

De esta forma, los binomios “eficacia + democracia”, “desregulación + participación”, constituyen la matriz básica del enfoque de la gobernanza. La gobernanza plantearía oportunidades tanto para el fortalecimiento de la eficacia del derecho y de las políticas públicas como para la regeneración democrática del modelo de democracia representativa enclaustrado en los ya estrechos moldes de la soberanía de los Estados. Como tal, encuentra genealógicamente su razón de ser como respuesta a la crisis de las democracias occidentales en los años 70 del siglo pasado, diagnosticada como crisis de legitimación (J. Habermas, C. Offe) y de gobernabilidad (M. Crozier) de unas democracias encerradas aún en los marcos constitucionales y en los límites de la soberanía de los Estados y que se habrían visto agravadas, tanto en su dimensión como en sus efectos, por el proceso de globalización⁷.

Pues bien, como apunta C. Joerges, podrían señalarse al menos tres elementos de continuidad entre los problemas jurídicos detectados en los años setenta y ochenta por estos discursos y la actual fórmula de la gobernanza⁸: en primer lugar, nos encontramos con un derecho cada vez más expuesto a los desafíos de la sociedad del riesgo y caracterizado por un alto grado de complejidad e incertidumbre⁹ que necesita cada vez más del *conocimiento experto* en la creación normativa y en el proceso de toma de decisiones; en segundo lugar, la administración no puede por sí sola desempeñar sus funciones de forma eficaz en la ejecución de los programas de carácter sustantivo propias del derecho regulativo del Estado social, por tanto, se estima conveniente *incorporar a los actores sociales en el desempeño*

Law, Summer 2007; Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1047. Disponible en Internet: <http://ssrn.com/abstract=988065>.

7. Sobre la genealogía de la gobernanza puede consultarse, Boaventura de Sousa Santos “Governance: Between Myth and Reality”, en *RCCS Annual Review*, 0, September, 2009, disponible en internet: http://www.ces.uc.pt/publicacoes/annualreview/media/2009%20%20issue%20n.%200/AR0_3.BSSantos_RCCS72.pdf.

8. C. Joerges, “Integration through de-juridification? An Interjection”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 1 (2008), disponible en Internet: <http://www.ejls.eu/current.php?id=3>.

9. La dependencia cada vez más importante en la creación y aplicación del derecho del conocimiento experto y las trascendentales, pero también delicadas, relaciones entre derecho y ciencia, derecho y técnica, es una de las cuestiones capitales de la teoría jurídica contemporánea. Para una profundización en este tema remito a la línea de trabajo que viene desarrollando en nuestro país José Esteve Pardo, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009 y *Técnica, riesgo y derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.

de funciones públicas, no solo en virtud de su capacidad de aportar conocimiento experto sino también en orden a utilizar sus capacidades de gestión de los problemas sociales¹⁰; y, en tercer lugar, es necesario asumir que existen conflictos entre objetivos de los programas políticos en competencia cuya solución no está preprogramada de forma fija y sustantiva. En consecuencia, los resultados de esos procesos de toma de decisiones conflictivas tienen que derivar su *legitimidad* de la cualidad normativa *del proceso mismo en el que se toman las decisiones*.

La gobernanza, en suma, nos sitúa ante un importante desafío para la teoría jurídica que se despliega en un doble plano: descriptivo y normativo.

En el plano descriptivo, la gobernanza exigiría dar cuenta de cómo se produce el derecho de nuestros días, de las nuevas modalidades y formas de producción normativa, de los reales vericuetos del *iter* legislativo, de quiénes son los nuevos poderes normativos determinantes en la regulación jurídica y de cuáles son las racionalidades que insertan en los nuevos escenarios institucionales de la gobernanza.

En el plano normativo, la teoría jurídica deberá evaluar si estos nuevos mecanismos institucionales son capaces de satisfacer las demandas de democratización de los procesos de toma de decisiones en todos los niveles de la gobernanza. Es decir, si la gobernanza implica realmente más democracia, un derecho más participativo, deliberativo y legítimo.

El enfoque de la gobernanza en este punto plantea cuestiones que afectan directamente al problema de la legitimación democrática del derecho creado en el seno de estas nuevas experiencias regulativas: ¿Cómo adaptar los procesos regulatorios a la fragmentación, complejidad, incertidumbre que caracterizan la toma de decisiones en el contexto de la globalización y dotarlos de unos criterios de legitimidad democrática que no pueden permanecer anclados ya en los estrechos corsés de la soberanía de los Estados nación y de sus modelos de democracias representativas? ¿Cómo puede el derecho conservar sus funciones legitimadoras de la acción política una vez que se reconoce que la resolución de problemas requiere la cooperación de los cuerpos políticamente responsables con los actores sociales? ¿Como conjugar la legitimidad de origen basada en un esquema de democracia representativa con la “apertura cognitiva” del discurso jurídico al conocimiento experto y al conocimiento social práctico en el proceso de producción jurídica y de toma de decisiones?

Las páginas que siguen pretenden realizar un acercamiento a esta vertiente normativa de la gobernanza y, en concreto, a la problemática de la legitimidad democrática de las nuevas formas de regulación. Para ello me serviré del llamado “experimentalismo democrático”, un enfoque que, como veremos, destaca por el papel que otorga a la participación de los actores sociales y de la sociedad civil en general en las nuevas formas de gobernanza como criterio de legitimidad del derecho. Presentaremos sus propuestas y sus repercusiones en el ámbito de la teoría jurídica y avanzaremos algunas líneas de cuestionamiento y crítica.

10. Vid. J. Prats, *De la Burocracia al Management...*, *op. cit.*, p. 132.

2. EL “EXPERIMENTALISMO DEMOCRÁTICO”: PRAGMATISMO AMERICANO EN EL LABORATORIO EUROPA

Hay dos ideas básicas que forman la matriz del concepto de gobernanza y que estaban también en algunas de las propuestas lanzadas en los ochenta en el contexto del debate jurídico-político europeo. Esas dos ideas son, por un lado, la obsolescencia del modelo regulativo del Estado, en sus diferentes vertientes, como Estado nación, territorialmente anclado, como Estado de Derecho que detenta el monopolio de la creación jurídica, contenedor espacial del funcionamiento de los mecanismos de la democracia representativa; y, por otro lado, la necesidad de apertura del proceso de toma de decisiones a la participación de actores privados.

Estas dos ideas son también las dos ideas nucleares que laten en una de las propuestas más sugerentes que dentro de la amplísima literatura sobre la gobernanza se han hecho en los últimos años. Me estoy refiriendo a la propuesta del “experimentalismo democrático”, “*experimental governance*”, o “poliarquía deliberativa directa” formulada por un grupo de autores liderados por Charles Sabel y entre los que cabe destacar a Joshua Cohen, Michael Dorf, J. Zeitlin, Orly Lobel, pero también a G. De Burca y Gerstenberg en el ámbito europeo. Autores que sin constituir una escuela en el sentido más preciso del término, han tenido una influencia notable en el debate político, constitucional y jurídico de los Estados Unidos en los últimos años, pero lo que es más importantes han tenido una influencia fundamental en el diseño de los mecanismos de gobernanza europea y en la formulación de la política europea en sus últimos desarrollos¹¹.

2.1. *Experimental governance: management* empresarial y “poliarquía deliberativa directa”

El experimentalismo democrático se reclama heredero de la tradición pragmatista americana y en particular de la concepción de la democracia de J. Dewey como un proceso de experimentación y de aprendizaje participativo¹². Esa inspira-

11. Entre los primeros trabajos de presentación del experimentalismo democrático y de su aplicación en el contexto europeo podemos destacar: J. Cohen y C.F. Sabel, “Directly deliberative Polyarchy”, *European Law Journal* 3 (1997), pp. 313 y ss; M. Dorf y Ch. Sabel, “A Constitution of Democratic Experimentalism”, *Columbia Law Review*, pp. 267-286; O. Gerstenberg y C. F. Sabel, ‘Directly Deliberative Polyarchy: An Institutional Ideal for Europe?’, en C. Joerges y R. Dehousse (eds), *Good Governance in Europe’s Integrated Market* (Oxford University Press, 2002); J. Cohen and C.F. Sabel, “Sovereignty and Solidarity: EU and US”, en J. Zeitlin y D.M. Trubek (eds.), *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments*, Oxford University Press, 2003. Para una visión de conjunto puede consultarse la importante compilación de G. de Burca y J. Scott *Law and New Governance in the European Union and the United States*, Hart Publishing, 2006 y más recientemente los números 1 y 2 del volumen correspondiente al 2010 de la *Wisconsin Law Review*, que recoge los trabajos presentados al “Symposium: New Governance and The Transformation of Law”.

12. La influencia de las ideas pragmatistas de J. Dewey en el experimentalismo democrático es bien patente en los trabajos de Sabel, pero sobre todo puede detectarse en el trabajo exhaustivo

ción normativa es el núcleo de una propuesta en el terreno de la teoría política y jurídica que, por un lado, insiste en el carácter anacrónico y rígido de las visiones tradicionales de la regulación estatal ya denunciadas por los apóstoles neoliberales de la desregulación de los años ochenta, pero que, por otro lado, propone un modelo de regulación que, desde su perspectiva, no solo sería capaz de afrontar seriamente los desafíos de la realidad social y económica contemporánea, sino también —y frente a la respuesta simplista del neoliberalismo basada en la privatización y desregulación— profundizar en su calidad y legitimidad democrática.

El punto de partida es el reconocimiento del carácter anacrónico del proceso político centralizado y jerarquizado de toma de decisiones que no es efectivo y está desconectado de la realidad del capitalismo globalizado. Sabel y Dorf, por ejemplo, denuncian abiertamente la inadecuación del constitucionalismo y del derecho público de los Estados Unidos para enfrentarse a la flexibilidad, la volatilidad y la rapidez que caracteriza el funcionamiento del capitalismo globalizado y a la extrema complejidad y diferenciación de las sociedades contemporáneas¹³. La visión jerarquizada, centralista y vertical del Estado moderno es incapaz de enfrentarse a las necesidades de flexibilidad, experimentación y constante adaptación que requiere la solución de los problemas económicos y sociales contemporáneos. La “sincronización” del derecho y de la estructura institucional en la que se toman las decisiones a las necesidades y a los tiempos flexibles del capitalismo global exige una transformación profunda del modelo regulativo¹⁴. Los elementos claves de esa transformación son extraídos de la teoría de la empresa y del *management* contemporáneo. En concreto se inspiran en las innovaciones en el ámbito de la toma de decisiones de las nuevas formas de organización de las empresas asiáticas. Se trata de aplicar las técnicas de *management* como, por ejemplo, la “fijación de indicadores y la evaluación comparativa” (*benchmarking*), el “aprendizaje mediante la supervisión” (*learning by monitoring*) y la “mejora continua” (*continuous en-*

sobre el enfoque de la “new governance” de Orly Lobel, “The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought”, en *Minnesota Law Review*, 89 (2004). También puede consultarse el interesante trabajo de Michael A. Wilkinson, “Dewey’s ‘Democracy without Politics’: on the Failures of Liberalism and the Frustrations of Experimentalism”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 6/2012, disponible en: www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm y <http://ssrn.com/abstract=2150100>. En la literatura en castellano hay que destacar la interesante contribución de J. A. Estévez, “La filosofía pragmatista y la “racionalidad” de la gobernanza”, en *Videre*, Dourados, MS, año 1, n. 1, 2009, pp. 9-28.

13. Michel C. Dorf & Charles F. Sabel, “A Constitution of Democratic Experimentalism”, 98 (1998) *Columbia Law Review*. pp. 267 y ss, p. 286.

14. William E. Scheuerman, “Democratic Experimentalism or Capitalist Synchronization? Critical Reflections on Directly-Deliberative Polyarchy”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 17 (2004) pp. 101-128. Scheuerman argumenta críticamente en este trabajo que en el fondo, la sincronización del derecho y de la democracia a las nuevas coordenadas temporales de la globalización propuesta por el experimentalismo democrático constituiría una forma de economicismo, de subordinación de la lógica política y democrática a las exigencias del sistema económico global.

gineering), a las nuevas formas de gobierno y de gestión de los asuntos públicos en las nuevas redes de gobernanza¹⁵.

El experimentalismo implicaría un modelo político y de regulación caracterizada por la flexibilidad y la contingencia. Supondría un giro en el modelo del *command and control* típico del modelo burocrático-administrativo a favor de enfoques regulativos menos rígidos, menos prescriptivos, menos comprometidos con resultados uniformes, y de naturaleza menos jerárquica¹⁶. Más en positivo, el experimentalismo pone un considerable énfasis en la adaptación y promoción de la regulación a la diversidad, en la importancia de la provisionalidad y la revisabilidad —en términos tanto de definición de problemas como anticipación de soluciones— y en el objetivo del aprendizaje político¹⁷.

Sería una respuesta institucional a las demandas de un mundo en el que los objetivos políticos y los métodos para conseguirlos ya no pueden determinarse *ex ante*, sino que tienen que ser descubiertos en el curso del propio proceso de resolución de problemas. Uno de los presupuestos para el desarrollo del experimentalismo democrático es la toma de decisiones en condiciones de incertidumbre. El otro es una distribución poliárquica o multipolar del poder en la que ningún actor tenga la capacidad para imponer su solución sin tener en cuenta la visión de los otros participantes. A partir de esos presupuestos, la “experimentalist governance” sería una maquinaria diseñada para aprender de la diferencia y la diversidad¹⁸. En este sentido, la heterogeneidad y la diversidad —características inherentes, por ejemplo, al proyecto de la UE— pasarían de ser consideradas un obstáculo para la integración a ser valoradas como un activo para su consecución¹⁹.

El experimentalismo democrático acabaría desembocando en una teoría del derecho que pone el énfasis en el aprendizaje y en la innovación, en lugar de la resolución *ex post* de conflictos o en la defensa y justificación de normas previamente adoptadas. Una teoría del derecho que combina una fuerte defensa de la

15. Uno de los trabajos más representativos e ilustrativos de esta corriente es el de W. Simon, “Toyota Jurisprudence: Legal Theory and Rolling Tule Regimes” en Grainne de Burca y J. Scott, *Law and New Governance in the EU and in the US*, *op. cit.*, pp. 37-64, en el que analiza los nuevos métodos de organización y de resolución de problemas en los sistemas de producción del grupo automovilístico Toyota para “transplantarlos” al ámbito de la teoría de la regulación jurídica. En su trabajo resume y muestra las ventajas comparativas de las innovaciones institucionales extraídas del modelo Toyota en relación a los tradicionales procesos de toma de decisiones. Para W. Simon, la *Toyota jurisprudence* supondría una especie de “postfordismo” para la teoría jurídica.

16. M. Wilkinson, “Three Conceptions of Law: Towards a Jurisprudence of Democratic Experimentalism”, *Wisconsin Law Review*, vol. 2010, núm. 2, pp. 673-718.

17. Gráinne de Burca y Joanne Scott, “Introduction: New Governance, Law and Constitutionalism”, en *Law and New Governance in the European Union and the United States*, *op. cit.*, p. 3. Véase también, J. Scott y D. M. Trubek, “Mind the Gap: Law and New Approaches to governance in the European Union” en *European Law Journal*, vol. 8 (2002), pp. 1-18.

18. Ch. F. Sabel y J. Zeitlin, “Learning from Difference: The New Architecture of ‘Experimentalist Governance’ in the EU”, *European Law Journal*, vol. 14, No. 3, 2008, pp. 271-327.

19. Ch. F. Sabel y J. Zeitlin, “Experimentalist Governance”, en David Levi-Faur (ed.) *Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, 2012.

formalización de las normas con su continuo ajuste a un particularismo que no puede anticiparse *ex ante*; y que entiende el proceso de toma de decisiones en los casos difíciles como colectivo e interdisciplinar más que como una tarea heroica de un profesional solitario²⁰.

El experimentalismo democrático nos sitúa ante nueva *retórica* jurídica, simbólicamente representada por la contraposición de los imaginarios del *hard law* y del *soft law*, paradigmas contrapuestos acerca de la creación de las normas jurídicas, de sus características formales, o de sus formas de aplicación y control: así, frente a un derecho creado vertical y jerárquicamente a través del monopolio de autoridad pública, una creación del derecho horizontal, participativa, consensuada y deliberativa; frente a un derecho aplicado mediante la imposición de deberes, penas o sanciones por el Estado, por el órgano administrativo o por el juez correspondiente, un modelo de aplicación del derecho basado en incentivos, en códigos voluntarios, en informaciones técnicas o basadas en los mercados, en evaluaciones comparativas y en el aprendizaje mutuo y la rendición de cuentas.

Como reconoce W. Simon, la teoría del derecho sugerida por estas innovaciones institucionales sitúa en el núcleo de su propuesta teórica la resolución de problemas (*problem-solving jurisprudence*). Un enfoque que puede complementar y superponerse a las corrientes dominantes en la teoría jurídica, al menos en el panorama norteamericano, como las teorías basadas en derechos (*rights based theories*) al estilo de Dworkin o el análisis económico del derecho. Por ejemplo, puede ampliar el uso de las estructuras del discurso moral elaboradas por las teorías *rights based*, al tiempo que completar la técnicas empíricas y analíticas de los economistas. Sin embargo, mientras que las teorías *rights-based* están básicamente preocupadas por la interpretación, la teoría del derecho de resolución de problemas está centrada en la deliberación. Mientras que el análisis económico del derecho es una teoría preocupada primariamente por la maximización de las preferencias de los individuos en circunstancias bien conocidas, una teoría del derecho de resolución de problemas se centraría en el contexto de descubrimiento tanto de sus preferencias y objetivos como de cuáles sean los medios más apropiados para satisfacerlas o conseguirlos²¹.

Por otro lado, es un modelo normativo de regulación y de toma de decisiones que se define como deliberativo y altamente participativo. En él todas las partes interesadas (*stakeholders*) tienen incentivos para compartir información, para formular las mejores prácticas, para realizar un aprendizaje mutuo en las nuevas formas de regulación y experiencias de gobernanza. En este enfoque los actores locales participan directamente en la resolución de problemas “representándose a sí mismos más que delegando la responsabilidad de sus elecciones en un actor que maneja un lenguaje extraño a ellos”²². Esta teoría se postula como deliberativa y participativa en el sentido de que permite a los actores decidir problemas políticos

20. Véase W. Simon, “Toyota Jurisprudence...”, *op. cit.*, p. 38.

21. W. Simon, “Toyota jurisprudence...”, *op. cit.*, p. 64.

22. Sabel, Ch. F. y Gerstenberg, O., “Directly-deliberative polyarchy: an institutional ideal for Europe?”, *op. cit.*, p. 340.

en ámbitos locales donde las decisiones colectivas son tomadas a través de la deliberación pública en espacios abiertos a la participación de las partes afectadas.

A diferencia de otros modelos de democracia deliberativa, como por ejemplo el propuesto por Habermas, el experimentalismo democrático sitúa a los *stakeholders* y a la sociedad civil en el mismo proceso de toma de decisiones, esto es, directamente en el ámbito político-administrativo. Para Habermas la participación es concebida como participación ciudadana en la esfera pública (entendida ésta de una forma amplia) más que participación en el proceso de toma de decisiones propiamente dicho. Los actores sociales y la sociedad civil no se sitúan como participantes “en” las estructuras de gobierno; en la versión habermasiana de la democracia deliberativa es tarea del sistema político seguir siendo el centro de la toma de decisiones y el “filtro” de las razones públicas a través de procedimientos parlamentarios o administrativos. La práctica democrática no se centra en la sociedad en su conjunto sino en el sistema jurídico que indirectamente gobierna el sistema político-administrativo y el sistema económico. Por el contrario, la “poliarquía deliberativa directa” sitúa al “público” interesado en el centro mismo de la toma de decisiones²³. Todas las partes interesadas tienen incentivos para compartir información, formular propuestas y mantener una autonomía de carácter relacional que florece precisamente en el contexto de relaciones de colaboración con otros entes públicos y actores privados. Una profunda transparencia impregnaría el sistema, de modo que en cada circunscripción (un Estado, una región, por ejemplo) todos los interesados tienen, en principio, conocimiento de qué soluciones se aplican en las otras, promovándose así una presión natural por importar aquellas técnicas que sean más eficaces o democráticas.

Recientemente Sabel y Zeitlin han resumido los pilares básicos del proceso de toma de decisiones en la arquitectura de la *experimentalist governance* a partir de cuatro fases o principios básicos:

a) en primer lugar, el establecimiento de un marco de objetivos y de criterios para medir su consecución que serían provisionalmente adoptados por alguna combinación de unidades “centrales” y “locales” de gobierno, con la obligada consulta a los *stakeholders* más relevantes²⁴;

23. Para un análisis comparativo del modelo deliberativo del experimentalismo democrático con el modelo de democracia deliberativa de Habermas y con el “supranacionalismo deliberativo” de C. Joerges, véase el trabajo de C. de la Porte y P. Nanz, “The OMC - a deliberative-democratic mode of governance? The cases of employment and pensions”, *Journal of European Public Policy*, vol. 11/2, abril 2004, 267-288.

24. Los elementos básicos de esta arquitectura son un “centro” y un conjunto de “unidades locales.” En la práctica, el “centro” puede ser en ocasiones un gobierno federal, nacional o regional y las unidades locales, respectivamente, la federación de Estados miembros, los gobiernos regionales o los municipios. En otras ocasiones, el centro podría ser una agencia gubernamental y las unidades locales, los actores privados que regula o los proveedores de servicios públicos o privados con los que se contrate, o bien puede ser una organización pública y privada y las unidades locales sus divisiones internas o los clientes y usuarios de sus servicios, etc. Sabel y Zeitlin, “Learning from difference”, *op. cit.*, p. 273.

b) en segundo lugar, las unidades locales disponen de un amplio margen de discreción para perseguir estos objetivos de la manera que estimen más apropiada;

c) en tercer lugar; como condición de esta autonomía, las unidades locales deben informar regularmente de su actuación y participar en procesos de *peer review* en los que los resultados son comparados especialmente con aquellos que han utilizado diferentes medios para alcanzar los mismos fines. Cuando no se consigan los resultados esperados, las unidades locales deben acreditar que han tomado las medidas correctoras apropiadas y recomendadas a partir de la experiencia y de las correspondientes evaluaciones;

d) cuarto y último, los objetivos, los criterios y los procedimientos de toma de decisiones son periódicamente revisados por un amplio círculo de actores públicos y privados, dando respuesta a los problemas y alternativas de solución que se han revelado en los procesos de evaluación. Y de nuevo el ciclo se repite²⁵.

De acuerdo con Sabel y Zeitlin, los procesos de *governance* y las nuevas formas de regulación organizadas de acuerdo con estos principios pueden ser considerados *experimentalistas* en el sentido filosófico de Dewey porque sistemáticamente provocan dudas acerca de sus propias asunciones y prácticas, tratan todas las soluciones como incompletas y corregibles, y producen un reajuste constante y recíproco de medios y fines a través de la comparación de diferentes enfoques para avanzar en la consecución de los objetivos comunes.

Estos procesos de gobernanza, añaden, pueden ser considerados además una forma de “*poliarquía deliberativa directa*”: en primer lugar, son *deliberativos* porque usan argumentos para desautorizar prácticas establecidas y abrirlas a la reconsideración de los grupos, las instituciones e incluso reconsiderar el interés nacional asociado a ellas; en segundo lugar, son *directamente deliberativos* porque usan la experiencia directa de los diferentes actores y sus concretas reacciones a los problemas actuales para generar nuevas alternativas que habrán de ser consideradas en el proceso de toma de decisiones. Y son *poliárquicos* por la ausencia de un decisor final o central, sus unidades constituyentes deben aprender mutua y recíprocamente de las experiencias de las otras.

De esta forma concluyen, no es que las nuevas formas de gobernanza sean intrínsecamente democráticas, pero sí “desestabilizan las formas arraigadas de ejercicio de la autoridad y de esta manera pueden despejar el camino para una eventual reconstrucción de la democracia”²⁶.

Arquitecturas de gobernanza de este tipo han sido ampliamente institucionalizadas y puestas en práctica en EE.UU. pero también en la UE en un amplio campo de políticas sectoriales²⁷.

25. Ch. F. Sabel y J. Zeitlin, “Learning from Difference...”, *op. cit.*, pp. 273 y 274.

26. Ch. F. Sabel y J. Zeitlin, “Learning from Difference...”, *op. cit.*, p. 277.

27. La aplicación del enfoque del experimentalismo democrático a políticas sectoriales específicas (educación, empleo, protección social, energía, seguridad alimentaria, medicamentos, y un largo etcétera) pueden consultarse los volúmenes colectivos de G. de Burca y J. Scott *Law and New Governance in the European Union and the United States*, *op. cit.*; Ch. F. Sabel y J. Zeitlin *Experimentalist*

2.2. El experimentalismo en el laboratorio Europa: la estrategia de la gobernanza y el problema del déficit democrático de la UE

A pesar de su innegable pedigrí norteamericano el experimentalismo democrático ha encontrado un laboratorio ideal en el proyecto de integración europea. En muchos aspectos Europa es exactamente el terreno ideal para la puesta en práctica de las nuevas formas de gobernanza, fértil para la experimentación por su peculiar modelo de creación, por su capacidad para la flexibilidad y por su estructura multinivel de gobierno.

Además, en el espacio europeo se ha producido una especial simbiosis entre la idea de gobernanza y la UE. Por un lado, se ha subrayado que, desde el punto de vista descriptivo, la gobernanza como forma de ejercicio del poder distinto al gobierno refleja mucho mejor los procesos reales de toma de decisiones experimentados hasta ahora en un sistema compuesto y multinivel como es el sistema comunitario en el que no existe una autoridad política central. Por otro lado, la gobernanza en la UE se ha relacionado estrechamente con las ideas de “buen gobierno” (*good governance*) y de “gobernanza democrática” para referirse, en un claro enfoque normativo, a “la manera en que las cosas podrían y deberían hacerse”. La gobernanza es un proyecto normativo, una estrategia con un significado preciso en el contexto europeo. En efecto, la estrategia de la gobernanza ha sido presentada por la propia Comisión como el instrumento idóneo para “profundizar en la democracia” y conjurar el mal crónico de su tan denunciado déficit democrático. En última instancia, añade la Comisión, “el objetivo es abrir el proceso de decisión política para dotarlo de unos mayores niveles de integración y responsabilidad”, dado que, en definitiva, “un mejor uso de sus poderes debería permitir a la UE una conexión más directa con sus ciudadanos y dar lugar a unas políticas más efectivas”²⁸.

El Libro Blanco sobre la Gobernanza supuso el punto inicial de un giro desde la preocupación por los problemas relacionados con la integración a la preocupación por la gobernanza europea²⁹. El Libro Blanco implícitamente supuso un reconocimiento de que no podrían trasladarse al nivel europeo de forma isomórfica las instituciones y los criterios de legitimidad de las democracias representativas nacionales y que, independientemente de las modificaciones que pudieran introducirse en sus normas y prácticas, no serían suficientes para convencer a muchos de los ciudadanos de que la UE podría funcionar como un régimen constitucional, representativo y democrático

Governance in the European Union: Towards a New Architecture, Oxford University Press, 2010. Una valoración de la experiencia en Estados Unidos puede verse en B. C. Karkainen, “New Governance in Legal Thought and in the World: Some Splitting as Antidote to Overzealous Lumping”, *Minnesota Law Review*, 89 (2004), 471 y ss. Véanse también los trabajos del “Symposium: New Governance and The Transformation of Law”, *Wisconsin Law Review*, 2010/1 y 2.

28. Comisión de las Comunidades Europeas, *La gobernanza europea: Un libro blanco* (Bruselas 25.7.2001, COM (2001) 428 final), p. 8. (En adelante, será citado como Libro Blanco; las páginas de las citas que se mencionan corresponden a las del original de la versión en castellano).

29. Beate Kohler-Koch y Berthold Rittberger, 2006, “The ‘Governance Turn’ in EU Studies”, *Journal of Common Market Studies*, 44 (2006), 27-49.

al uso. Sería necesario algo más para justificar que las decisiones de esta entidad política transnacional regional, inevitablemente compleja y remota, sean legítimas y merecedoras de obediencia. La estrategia de la “gobernanza” fue la elegida para responder a esta necesidad³⁰. El Libro Blanco sobre la gobernanza europea, supuso una apuesta fuerte y explícita de la Comisión para cimentar la legitimidad futura de la UE en el desarrollo de nuevas formas de gobernanza democrática, con el objetivo de solucionar los intereses en conflicto entre sus estados miembros y responder a las expectativas políticas normativas de las poblaciones nacionales³¹.

En efecto, la estrategia de la gobernanza centra sus objetivos en hacer más eficaces las políticas y los instrumentos de regulación jurídica europeos, pero también en “promover la participación de la ciudadanía europea en los procesos de toma de decisiones y producción normativa”. Es decir una estrategia de legitimación de la acción política de la UE y del derecho comunitario fundamentada en una combinación de una legitimidad basada en los resultados (*output legitimacy*) con una legitimidad de entrada o de origen (*input legitimacy*), en los términos ya clásicos en la literatura acerca de la UE acuñados por Scharpf³².

Y para desarrollar esta estrategia de gobernanza democrática, la Comisión propone tres instrumentos sobre los que recaerá el peso de la puesta en marcha de ese ambicioso proyecto normativo. En concreto se proponen: a) un uso más eficaz de las autoridades independientes y de las agencias reguladoras; b) una más estrecha colaboración con las comunidades epistémicas o comités de expertos; c) y el instrumentos de las consultas con los actores sociales y una participación más amplia de la sociedad civil.

Los dos primeros instrumentos claramente intentan mejorar la eficacia de la toma de decisiones en el ámbito de la UE y contribuirían a reforzar la legitimidad basada en los resultados (*output legitimacy*). El instrumento de las consultas por el contrario, se dirigiría a ampliar la legitimidad de origen (*input legitimacy*) mediante la llamada a la participación de la sociedad civil en el proceso de toma de decisiones.

Uno de los objetivos centrales del Libro Blanco era precisamente conseguir “que más personas y organizaciones se involucren en el diseño y formulación de las políticas comunitarias, a través del principio participativo”. La Comisión creía conveniente la creación de una serie de canales complementarios a la representación política clásica, inserta en el método comunitario de gobierno, con la intención de

30. Messina, Giovanni (2008) “La estrategia de la gobernanza en el debate sobre la democracia en Europa”, *mientras tanto*, núm. 108-109.

31. Sobre el Libro Blanco *vid.* los interesantes trabajos de A. Bar Cendón, “El Libro Blanco ‘la Gobernanza Europea’ y la reforma de la Unión”, en *La gobernanza europea. Un libro blanco* (Instituto Nacional de Administración Pública, Documento INAP, Madrid, 2002 y C. Closa Montero, El Libro Blanco de la Gobernanza Europea, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, 2003, pp. 485-503.

32. Fritz W Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1999.

implicar a la “sociedad civil” europea en alguno de los estadios de la formación de la voluntad comunitaria³³.

De esta forma, el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea pretendía servir de punto de inflexión en la manera en la que la Comisión había concebido los objetivos de sus relaciones con la sociedad civil. Según Kohler-Koch hasta la publicación del Libro Blanco, la Comisión consideraba útiles las relaciones con grupos de interés para mejorar el proceso legislativo y la eficacia y eficiencia del proceso de toma de decisiones y, por lo tanto, para legitimar la UE, no a través de la participación ciudadana y de las organizaciones de la sociedad civil en la regulación comunitaria, sino asegurando y reforzando la legitimidad basada en la eficacia y en los resultados (*output legitimacy*). En cambio, desde la publicación del Libro Blanco, la Comisión espera que sus relaciones con las organizaciones de la sociedad civil tengan efectos positivos en términos de legitimidad de origen (*input legitimacy*). En este sentido, se ha producido un cambio gradual en el discurso de la Comisión acerca de la participación de los actores privados en el proceso de toma de decisiones en el que se ha pasado del lenguaje del *lobbying* a un discurso normativo sobre el papel de la sociedad civil en la gobernanza participativa y en la democracia europeas³⁴.

En ese nuevo discurso de la gobernanza participativa los tradicionales grupos de intereses y lobbies se han transformado en “organizaciones de la sociedad civil” y “*stakeholders*”.

Como acompañamiento de este giro deliberativo y de apertura a la sociedad civil, durante las últimas décadas se habrían desarrollado nuevas formas de gobernanza³⁵, entre las que destaca por su singularidad y por ser la más fiel expresión del experimentalismo en el ámbito europeo, el Método Abierto de Coordinación (en adelante, MAC). El MAC está diseñado para facilitar la coordinación de las

33. Vid. J. de Miguel Bárcena, “La dimensión institucional y democrática de la gobernanza económica europea: el Método Abierto de Coordinación”, *Estudios Europeos de Deusto*, núm. 35/2006, pp. 23 y ss.

34. B. Kohler-Koch y B. Finke, “The Institutional Shaping of EU-Society Relations: A Contribution to Democracy via Participation?”, *Journal of Civil Society*, 3(3) 2007, pp. 205-221.

35. En particular, A. Héritier ha concretado las nuevas formas de gobernanza desarrolladas en la UE en las últimas décadas en las siguientes, aunque algunas de ellas no sean tan absolutamente novedosas: 1) la delegación de la regulación en autoridades independientes y redes de gobernanza; 2) La delegación de la regulación en la Comitología, esto es, en comunidades epistémicas que operan fuera de los canales legislativos; 3) La autorregulación por los actores sociales privados en sus distintas variantes; 4) la aplicación de la evaluación comparativa, la generalización de las mejores prácticas y el aprendizaje mutuo en el Método Abierto de Coordinación; 5) La aplicación de mecanismos privados de resolución de conflictos; y 6) La elaboración tripartita de políticas públicas a partir del diálogo social entre sindicatos, empresarios y gobiernos. Vid. A. Héritier y Lemkuhl, “Governing in the Shadow of Hierarchy: New Modes of Governance Regulation” en A. Héritier y Martin Rhodes, *New Modes of Governance in Europe. Governing in the Shadow of Hierarchy*, Plagrave-Macmillan, Hampshire, 2011, pp. 48 y ss., p. 51. Vid. también M. Citi y M. Rhodes, “New Modes of Governance in the EU: Common Objectives versus National Preferences”, *European Governance Papers (EUROGOV)*, 2007, N-07-01. Disponible en Internet: <http://www.connex-network.org/eurogov/pdf/egp-newgov-N-07-01.pdf>

políticas de los Estados miembros, siempre desde una perspectiva global europea, en materias en las que directamente la UE no tiene competencias legislativas como el empleo, la inclusión social, la reforma del sistema de pensiones, la sociedad de la información o las políticas de investigación e innovación³⁶. En su arquitectura institucional se llevan a cabo procesos de aprendizaje y comparación mutuos entre los Estados miembros, sobre cómo hacer frente a los retos comunes de forma coordinada, mientras intenta respetar, al mismo tiempo, las peculiaridades políticas nacionales y regionales³⁷.

A pesar de su envergadura y sus ambiciones, el MAC no se articula formalmente en las disposiciones constitucionales de los Tratados, ni se ajusta a los parámetros generales del modelo institucional de la Unión, ni se canaliza a través de los procedimientos establecidos en aquellas disposiciones. Tampoco se traduce necesariamente en normas de derecho comunitario, por el contrario, sus resultados normativos son la expresión más genuina de un *soft law* que favorece los intercambios en lugar de las decisiones, las invitaciones y recomendaciones en lugar de órdenes, generalización de las *best practices*, contaminación/competición entre modelos y experiencias diversas, federalismo cooperativo, etc.

Con el MAC se marca una distancia casi insalvable con el tradicional método comunitario que procede a través de directivas, reglamentos, y armonización de las legislaciones nacionales y que seguiría el *iter* legislativo previsto en los Tratados partiendo del poder de la iniciativa política y regulativa de la Comisión, la aprobación y refrendo del Consejo y del Parlamento, y la supervisión del Tribunal europeo de Justicia. El MAC se constituye así en un mecanismo institucional de naturaleza informal, un mecanismo blando, pragmático y deliberativo que discurre en paralelo al método comunitario y al *hard law* por él producido. Es un tipo de *gobierno débil* que precisamente llega avalado por su hipotética capacidad para

36. Vid. J. de Miguel Bárcena, “La dimensión institucional y democrática de la gobernanza económica europea: el Método Abierto de Coordinación”, *op. cit.*, p. 27.

37. Para ello, instituye varios niveles de aproximación institucional y gubernamental a los problemas planteados, entre los que pueden distinguirse, con meridiana claridad, las siguientes etapas, que se corresponden de forma casi idéntica con las fases de la arquitectura de la experimental governance propuesta por Sabel y Zeitlin (supra): a) establecimiento de directrices económicas y sociales para el conjunto de la Unión, combinadas con calendarios específicos para lograr los objetivos que se fijen a corto, medio y largo plazo; b) formulación, cuando proceda, de indicadores y puntos de referencia cuantitativos y cualitativos cotejados con los mejores que existan y adaptados a las necesidades de los Estados miembros y sectores materiales como método de comparación de las prácticas idóneas; c) transformación de las directrices europeas en medidas de política nacional y regional, estableciendo objetivos específicos y dando los pasos adecuados, sin perder de vista las diferencias de cada Estado miembro; d) organización periódica de controles y evaluaciones comparadas entre homólogos como procesos de aprendizaje mutuo que conduzcan a la imitación de las mejores prácticas. Sobre este método *vid.* además del ya citado trabajo de De Miguel Bárcena, los trabajos de M. Robles Carrillo, “El Método Abierto de Coordinación tras el Tratado de Lisboa”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011, pp. 283-325; y Szyszczak, “Experimental Governance: The Open Method of Coordination”, *European Law Journal*, vol. 12/4, 2006, pp. 495 y ss.

combinar la coherencia con el respeto a la diversidad institucional, y la eficiencia con la legitimidad democrática³⁸.

Ahora bien esa legitimidad democrática ya no podrá descansar en los anteriores criterios de legitimación del derecho basados en los principios del gobierno representativo y, en particular, en el principio de separación de poderes. En el MAC ni participan los poderes legislativos de la Unión, ni sus resultados están sometidos al control de la jurisdicción comunitaria. La legitimidad de las nuevas formas de gobernanza tendrá que basarse necesariamente en nuevos criterios normativos. Cuáles sean esos nuevos criterios y en qué valores se fundamenten, son cuestiones a las que el experimentalismo democrático pretende responder, como veremos a continuación, a partir de la radical novedad de sus instrumentos regulativos y de las cualidades normativas inherentes a sus procedimientos.

2.3. Una visión alargada del proceso legislativo y nuevos criterios de legitimación del derecho

En la teoría de derecho positivista tradicional, el momento normativo, esto es, el momento en el que se dicta la ley constituía el momento originario y cualificador del proceso jurídico: el resto de la vida jurídica —tanto los trabajos preparatorios como la interpretación y el *enforcement* judicial eran meras derivaciones del momento genético de la elaboración normativa.

Como consecuencia, la mirada del jurista ha estado tradicionalmente focalizada en el contenido normativo de la ley, punto final del proceso *ex ante* de preparación, información, consulta, discusión, deliberación y formulación legislativa; y punto de inicio de un proceso *ex post* de implementación, control de su cumplimiento y de evaluación legislativa. Este *iter* regulativo y esta separación entre creación, ejecución y control de los contenidos de la ley, formaba parte de una teoría de la legislación cuyos rasgos fundamentales estaban consagrados constitucionalmente a través del principio de separación de poderes. Sin embargo, una de las ideas clave para entender la novedad del paradigma de la gobernanza es la imposibilidad de separar en dicho enfoque la fase de concepción y diseño de las políticas, la creación normativa, de la fase de su ejecución, implementación y evaluación³⁹.

Más que mirar hacia atrás hacia un acto legislativo precedente y hacia arriba a un soberano central” el experimentalismo mira hacia delante al momento de la implementación de la regulación jurídica y hacia los lados teniendo en cuenta los procesos de control y evaluación normativa llevados a cabo en las instituciones de *peer review*. Desde esta perspectiva, el experimentalismo centraría su interés en los problemas de legitimidad y de responsabilidad de las nuevas formas de

38. J. de Miguel Bárcena, “La dimensión institucional y democrática de la gobernanza económica europea: el Método Abierto de Coordinación”, *op. cit.*, p. 27.

39. J. Prats, *De la Burocracia al Management...*, *op. cit.*

gobernanza más que en la esencia, estructura o cualidades formales de la ley. El experimentalismo, por muchas razones, rechazaría una visión formalista del derecho, que incluya distinciones rígidas entre la promulgación y la aplicación, entre *law making* y *enforcement* en las que los modelos standards de legitimidad y responsabilidad se basan⁴⁰.

Esta visión “alargada” de la legislación, tiene importantes repercusiones para la teoría del derecho y para la ciencia de la legislación. En efecto, estos nuevos modos de regulación jurídica no solo abren el proceso de creación normativa *ex ante* a la participación de nuevos actores en la fase de preparación, consulta, información sobre el impacto, deliberación y formulación legislativa, sino que la propia ley se percibe como revisable, abierta a la experimentación, dotada de la flexibilidad necesaria para adaptarse y responder al aprendizaje de su implementación *ex post* mediante procesos de supervisión, evaluación y control en la que los propios *stakeholders* participan de forma diversa.

Ese alargamiento del proceso legislativo permite la experimentación de nuevos instrumentos regulativos en la fase preparatoria del texto normativo como los informes de impacto, la formalización de las consultas con los *stakeholders* o el asesoramiento de los comités de expertos. Pero es sobre todo en la fase de ejecución, control y evaluación de los resultados de la regulación jurídica en la que entran en escena instrumentos absolutamente novedosos como el aprendizaje mutuo, la evaluación comparativa, la revisión por pares y la creación de mecanismos de supervisión como, por ejemplo, la proliferación de observatorios institucionales, los informes de seguimiento, la elaboración de indicadores y de rankings de cumplimiento⁴¹.

Ese alargamiento abriría la puerta a nuevos momentos y espacios para la elaboración y ejecución participativa de la ley. Una participación en la elaboración y en el control de la legislación que constituiría el germen de nuevos valores democráticos y nuevos criterios de legitimación del derecho creado a través de estas nuevas formas de regulación.

El experimentalismo democrático proveería así de bastantes de estos nuevos criterios normativos extraídos de las cualidades normativas inherentes a los procedimientos deliberativos y de negociación a través de los cuales es creado: *transparencia* (entendida como garantía de acceso de todos los interesados, *stakeholders* y organizaciones de la sociedad civil a toda la información relevante y en todas las etapas del proceso legislativo, desde la fase preparatoria de la definición de los objetivos hasta la fase de control y evaluación de su ejecución) *participación* (entendida como participación directa de los *stakeholders* en foros deliberativos descentralizados) *deliberación y aprendizaje mutuo* (entendido como experimen-

40. M. Wilkinson, *Three Conceptions of Law: Towards a Jurisprudence of Democratic Experimentalism*, *op. cit.*, p. 698.

41. Sobre estos nuevos instrumentos y, en general sobre el programa europeo “Better regulation” ligado tan estrechamente a la estrategia de la gobernanza es especialmente interesante el trabajo de Patricia Popelier, ‘Governance and Better Regulation: Dealing with the Legitimacy Paradox’. *European Public Law* 17/3 (2011), pp. 555-569.

tación y creación de conocimientos en un proceso deliberativo de abajo arriba entre stakeholders) y *responsiveness* o capacidad de respuesta (entendida como la correspondencia entre las decisiones políticas alcanzadas en los acuerdos institucionales y los deseos de los ciudadanos, y asegurada por la participación directa de los *stakeholders* en el proceso político).

De esta forma, una norma será considerada legítima en la medida en que sea resultado de un procedimiento transparente, abierto, participativo, responsable o, lo que es lo mismo, en el que se hayan respetado los principios de la “good governance” o del “buen gobierno”⁴².

3. LA PARADOJA DE LA LEGITIMIDAD Y EL MITO PARTICIPATIVO DE LA GOBERNANZA

Hasta este punto he intentado realizar una labor de síntesis y de presentación de las tesis más relevantes del modelo del experimentalismo democrático en el contexto más general del enfoque de la gobernanza. He subrayado especialmente sus tesis normativas y, en particular, el intento de adaptación de la política democrática a las nuevas condiciones del capitalismo globalizado y de la crisis de las democracias representativas nacionales. La gobernanza sería una modalidad de gobierno abierta e inclusiva en tanto que admite una tipología y una variedad de actores mucho más extensa que la participación mediada por el principio de representación, esto es, la participación en los parlamentos y en las sedes de decisión mediante representantes políticos elegidos democráticamente en elecciones periódicas

Las nuevas formas de regulación jurídica que acompañan al experimentalismo democrático y en general a la gobernanza serían, por el contrario, la expresión de la búsqueda de unos criterios de legitimidad democrática para la acción política y para el derecho que vayan “más allá” de los principios del gobierno representativo. En concreto, la experimentación de nuevas formas de acción política conformaría un nuevo modelo deliberativo de democracia basado en la participación directa de la sociedad civil en el proceso de toma de decisiones.

42. Coherente con su concepto normativo de gobernanza, la Comisión define también en el Libro Blanco los principios básicos que, en su visión, constituyen el fundamento de la buena gobernanza. Éstos son: a) *Apertura*, entendida como mayor transparencia en la manera de operar, mejor comunicación con los ciudadanos y utilización de un lenguaje comprensible. b) *Participación*, entendida como la más amplia participación de los ciudadanos en todas las fases del proceso, desde la concepción hasta la aplicación de las políticas; c) *Responsabilidad*, entendida como una mejor definición del papel y responsabilidad de cada una de las instituciones de la UE, de los Estados miembros y de todos los agentes que participan en el desarrollo y aplicación de las políticas de la UE en los distintos niveles; d) *Eficacia* entendida como una aplicación proporcionada de las políticas de la UE, una mejor definición de los objetivos, una evaluación del futuro impacto de las medidas y de la experiencia previa, y la adopción de decisiones al nivel más apropiado; y e) *Coherencia*, entendida como la necesidad de mayor coherencia en las políticas y en las actuaciones de la UE, así como la necesidad de un liderazgo político y de un firme compromiso por parte de las Instituciones para garantizar este enfoque coherente, frente a la cada vez mayor complejidad del sistema y diversidad de la acción comunitaria. (Libro Blanco p. 11).

Toca ahora evaluar esta propuesta. Sobre todo contrastar el potencial democrático de la “*experimental governance*” con la realidad de su funcionamiento y de su puesta en práctica. Esa tensión entre normatividad y efectividad, nos permitirá definir algunos argumentos críticos que se nuclearán en torno a lo que podemos llamar “la paradoja de la legitimidad” de la gobernanza y que podría enunciarse de la siguiente forma: los nuevos instrumentos regulativos asociados a la gobernanza que han sido justificados en virtud precisamente de sus cualidades participativas, deliberativas y representativas, como los instrumentos idóneos para fortalecer la legitimidad (en términos de *input legitimacy*) del derecho y de la acción política, pueden ser cuestionados precisamente por su falta de legitimidad democrática. En otras palabras, las nuevas formas de regulación jurídica como la corregulación y las alternativas a la regulación *command and control* como el *soft law* y la autorregulación en sus distintas variantes, pueden ser seriamente cuestionadas por adolecer precisamente de aquellas cualidades y criterios normativos (transparencia, representatividad, rendición de cuentas, responsabilidad, etc.) que le dan legitimidad a la toma de decisiones en el modelo de la gobernanza democrática⁴³.

Para desentrañar esta paradoja seguiremos una serie de líneas críticas que tratarán de revelar cuál es el tipo y las características de la participación en la *experimental governance*, cuáles son sus verdaderos protagonistas, qué relación guarda con los mecanismos tradicionales de la democracia representativa y, por último, cuáles son sus efectos reales y no solo los pregonados en su propuestas normativas en relación con la política democrática. Procedamos por orden:

- a) *Del valor intrínseco de la participación a la participación como instrumento: la gobernanza participativa no es una forma de democracia participativa.*

Desde la antigüedad hay dos principios asociados a la democracia y que formarían parte de su esencia como forma de gobierno: la igualdad política de todos los ciudadanos y el derecho a participar en el proceso político. Todos los ciudadanos pueden y deben participar en el gobierno de la ciudad, puesto que todos ellos poseen igual competencia política e igual capacidad de juicio para participar, deliberar, discutir y decidir sobre lo público.

La idea de democracia participativa está relacionada precisamente con el ejercicio de los derechos de participación del ciudadano y con la construcción de una amplia esfera pública de participación y deliberación como sustrato básico de la democracia.

En la democracia definida como gobierno “del pueblo”, la participación no es un instrumento de agregación de intereses, sino que tiene un valor intrínseco. Para Tocqueville, por ejemplo, la participación ciudadana en todo tipo de asociaciones

43. Vid. C. Scott, “Governing Without Law or Governing Without Government? New-ish Governance and the Legitimacy of the EU”, *European Law Journal* 15 (2009), p. 172; Verbruggen, “Does Co-regulation Strengthen EU Legitimacy”, *European Law Journal* 15 (2009), pp. 431y ss, especialmente p. 440; y Patricia Popelier, “Governance and Better Regulation...”, *op. cit.*, p. 560.

constituía un rasgo distintivo del régimen democrático. Para John Stuart Mill o John Dewey la democracia no era únicamente un conjunto de reglas e instituciones, sino un conjunto de prácticas participativas dirigido a la creación de autonomía en los individuos y a la generación de una forma de vida específica. También el principio participativo está en el núcleo de las contemporáneas concepciones republicanas de la democracia o en las versiones de la democracia deliberativa como la de Habermas⁴⁴.

El experimentalismo democrático y la idea de gobernanza democrática parecerían en principio entroncar con esta tradición. Sin embargo, como intentaremos argumentar, la gobernanza democrática no supone una forma de democracia participativa, ni la participación que auspicia el enfoque de la gobernanza es un tipo de participación ciudadana acorde con dicho modelo.

Para empezar, la participación en el enfoque de la gobernanza no tiene un valor intrínseco sino que es instrumental, es percibida solo en su contribución funcional para el buen gobierno y para la mejora de los resultados del proceso de toma de decisiones. Su punto de referencia normativo no es ya el del ciudadano con sus opiniones y preferencias, sino la racionalidad y calidad del proceso de toma de decisiones o de la estructura de gobernanza⁴⁵.

La gobernanza entroncaría más bien con una tradición orientada a analizar la participación de los ciudadanos en términos de su contribución a la efectiva resolución de los problemas políticos. Desde este punto de vista funcional, la participación de la sociedad civil es una condición de eficacia del sistema. La legitimidad democrática de un sistema de gobernanza se mediría en términos de la inclusión de los individuos y grupos de interés “más allá” de la participación en el acto formal de votación en el que las democracias representativas descansan⁴⁶. Esta participación “ampliada” en el proceso de toma de decisiones se espera que mejore la calidad y los resultados de las políticas al canalizar las demandas sociales más directamente en el proceso de toma de decisiones. Como apunta E. Heidbreder, la gobernanza participativa constituiría un intento de reconciliar la efectividad del sistema y la participación ciudadana rememorando la tesis de la inteligencia de la democracia de Lindblom (1965)⁴⁷. Los defensores de este enfoque argumentan que la participación respalda la eficacia del sistema porque puede ayudar a superar los problemas

44. Sobre la participación en la teoría democrática, *vid.* Rafael del Águila, “El centauro transmoderno. Liberalismo y democracia en la democracia liberal”, en Fernando Vallespín (ed.), *Historia de la Teoría Política*, vol. 6, Alianza, Madrid, 1995, pp. 549 y ss.

45. Una defensa de esta visión instrumental de la participación puede verse en H. Heinelt, “Participatory Governance and European Democracy”, en B. Kohler-Koch y B. Rittberger, *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*, Rowman & Littlefield Publishers, Maryland, pp. 217 y ss.

46. Sobre este específico tema en el ámbito europeo, véase el trabajo de Eva G. Heidbreder, “Civil Society Participation in EU governance”, en *Living Review of European Governance*, vol. 7 (2012), 2. Disponible en Internet: <http://www.livingreviews.org/lreg-2012-2>.

47. Según este economista-politólogo, la “inteligencia de la democracia” reside en su capacidad de promover *acuerdos* entre los diversos actores con intereses usualmente conflictivos, más que en procurar un imposible entendimiento común de los problemas que deben ser resueltos por las políticas públicas. Lindblom, *The Intelligence of Democracy*, Free Press, New York, 1965.

de implementación del derecho teniendo en cuenta los motivos de los afectados e incentivando así su cumplimiento, pero también reforzando las oportunidades para la adaptación mutua a través del intercambio de opiniones, generando altos niveles de confianza entre todos los participantes, y permitiendo introducir una visión de largo plazo por encima de los conflictos de intereses inmediatos⁴⁸.

En definitiva, la participación en el enfoque de la gobernanza participativa es considerada como una contribución funcional para el buen gobierno. Y la legitimidad que proporciona es también una legitimidad de tipo funcional que nada tiene que ver con los parámetros de legitimidad democrática asociados a la democracia representativa.

Como señala Arienzo, la nueva legitimidad en la que descansarían las nuevas formas de gobernanza democrática sería un concepto de legitimidad funcional, basada en la capacidad de resolución de problemas (*problem solving*), una legitimidad política no representativa ligada a los momentos de la formulación e implementación de las políticas y que tendría su origen en la capacidad del actor político de verificar tres condiciones diferentes: tomar decisiones específicas para áreas específicas; hacer que las decisiones sean eficazmente implementadas; y garantizar que las medidas adoptadas se corresponden eficazmente con el problema que las ha estimulado⁴⁹.

Un proceso de legitimidad de estas características no emerge ya de la identidad presupuesta de un “demos”, ni siquiera de la legitimidad indirecta o “prestada” a través de los representantes de los Estados miembros⁵⁰, sino que más bien es el resultado de la capacidad de articular y favorecer los intereses en juego además de componer y resolver los problemas y dificultades que surgen en su proceso aplicativo⁵¹. Por eso se hace difícil llamar democracia participativa a estas formas de “representación funcional” a través de *stakeholders* y organizaciones de la sociedad civil⁵².

b) *Del ciudadano al “stakeholder”*

Por otro lado esta devaluación de la participación a instrumento de resolución de problemas, tiene como consecuencia que se produzca una inversión del protago-

48. H. Heinelt, “Participatory Governance...”, *op. cit.*, p. 220.

49. Alessandro Arienzo, “La Commissione Europea e il tema della legittimità politica nel Libro Bianco sulla governance europea”, en Gianfranco Borrelli, *Governance*, Libreria Dante & Descartes, Napoli, pp. 39-54, p. 43.

50. Fritz W. Scharpf, “Legitimacy in the Multilevel European Polity”, MPIfG Working Paper 09/1, disponible en internet: <http://www.mpifg.de/pu/workpap/wp09-1.pdf>; y Philippe Schmitter, “Can Governance Legitimate European Union?”, *European Journal of Legal Studies*, 1 (2007).

51. A. Arienzo, *op. cit.*, p. 43.

52. S. Smismans, “European Civil Society: shaped by discourses and institutional interests”, *European Law Journal*, 9/4, 2003, pp. 473-495; y “Civil Society and European Governance: from concepts to research agenda”, en S. Smismans (ed.) *Civil Society and Legitimate European Governance*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2006, pp. 3-22.

nista de la participación desde la participación de los ciudadanos a la participación de actores privados y expertos en sus distintas variantes.

Quien participa en la nueva arquitectura institucional de la gobernanza no es el ciudadano sino el *stakeholder*. La participación funcional como *stakeholder* no es equivalente a la participación en los asuntos públicos como ciudadano.

En primer lugar la participación como *stakeholder* no es una participación espontánea motivada por una visión general o por la ideología de los sujetos que intervienen, sino que la participación es generalmente una respuesta a una invitación realizada por el sujeto público. La participación se encausa generalmente a través de un mecanismo participativo predispuesto por la ley, por un tratado, por un procedimiento, o por cualquier otra premisa jurídica⁵³.

En segundo lugar, la participación en la gobernanza no constituye una forma de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, sino que se participa a través de la pertenencia voluntaria a organizaciones y grupos de intereses, que son quienes representan a los particulares en los mecanismos de consulta y participación de la gobernanza.

Y, en tercer lugar, en la gobernanza la participación tiene más que ver con el ingreso triunfal de los intereses en el escenario democrático que con la implicación de la ciudadanía en temas y en argumentos relativos al modo de estar juntos en la vida colectiva⁵⁴.

El derecho a participar en las nuevas formas de gobernanza es restringido y dependiente de la posesión de algunas cualidades y recursos, no del estatus de ciudadano. Los *stakeholders* en una perspectiva funcional, rempazan a los ciudadanos en una perspectiva normativa⁵⁵. Solo aquellos que poseen alguna cualidad o recurso (el conocimiento, la *expertise* científica o social) para resolver un problema específico o un conflicto tienen el derecho a participar.

Esta representación funcional, compromete el principio de igualdad política que está en la base de cualquier sistema democrático. El paso del ciudadano al *stakeholder* es un proceso selectivo⁵⁶.

Como recuerda Boaventura Santos, en los debates sobre la crisis de legitimación de los años setenta estaban las ideas de soberanía popular y de participación popular, que proceden de la ecuación básica que permitía la transformación social: no hay beneficios sin participación; no hay participación sin beneficios. Esta ecuación se asentaba en las premisas de que el derecho a determinar quien goza

53. M. R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, op. cit., p. 61.

54. *Ibid.*, p. 61.

55. Véase Michael Th. Greven, "Some considerations on Participation in Participatory Governance", en B. Kohler-Koch y B. Rittberger, *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*, Rowman & Littlefield Publishers, Maryland, pp. 233 y ss, p. 241.

56. Como subraya críticamente Agustín J. Menéndez, la participación de los ciudadanos mediada por el principio de representación es sustituida por una "cooperación selectiva de *stakeholders*" en el proceso de toma de decisiones, vid. Agustín J. Menéndez, "The European Democratic Challenge: The Forging of a Supranational *Volonté Générale*", en *European Law Review* 15 (2009), 277-308, p. 279.

de beneficios sociales recae sobre aquellos que participan y de que la única condición para tal autodeterminación es la decisión misma de participar. El enfoque de la gobernanza manejaría esta ecuación pero de una manera compleja: “Acepta la ecuación, pero bajo la condición de reemplazar la participación autodeterminada con una participación basada en un principio de selección, según el cual se escogen algunos actores, intereses y voces para que participen, mientras otros se dejan por fuera. Puede que los participantes sean independientes, pero no lo son los criterios mediante los que se seleccionan los participantes. Puede que aquellos que han sido escogidos para participar se beneficien de ello, pero siempre a costa de aquellos que quedan fuera de la participación. La ecuación está, por lo tanto, desradicalizada e instrumentalizada”⁵⁷.

El resultado de este proceso selectivo es la desigualdad de los participantes. Las asimetrías de poder distorsionan los resultados de los instrumentos participativos y consensuales de la gobernanza y del experimentalismo democrático. Los participantes en los juegos de coordinación horizontal, negociación y cooperación de la gobernanza, no son iguales. Los grupos más poderosos, más homogéneos, mejor organizados y los que gozan de una mejor visión estratégica de sus propios intereses son los que acumulan mayores posibilidades de éxito en el juego participativo y cooperativo que la gobernanza nos propone⁵⁸.

c) *El bypass del circuito democrático representativo*

La gobernanza supone una subversión importante del constitucionalismo y de la democracia representativa. Los nuevos conductos institucionales de la gobernanza insertan un *bypass* en el circuito tradicional de toma de decisiones propio del gobierno representativo. Tanto la creación normativa como su aplicación y

57. Boaventura Santos, “Más allá de la gobernanza neoliberal” en B. Santos y C. A. Rodríguez Garavito, *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una Legalidad cosmopolita*, Anthropos, Barcelona, 2007, p. 37.

58. Una de las distorsiones y riesgos más comunes en los mecanismos de gobernanza es la “captura” de los poderes públicos por las empresas o grupos de interés a los que se supone deben controlar y regular. Como argumenta F. Ost en relación a los nuevos instrumentos convencionales de la gobernanza medioambiental europea, ello es posible por la delegación de las autoridades públicas en las empresas de una parte importante de la definición del contenido de la política ambiental y el riesgo de que los objetivos medioambientales no sean considerados como suficientemente ambiciosos, o no sean fijados en niveles socialmente eficaces. En otras palabras, el resultado de estos convenios puede ser que la “norma” de protección medioambiental nunca vaya más allá de las concesiones consentidas por las empresas. En lugar del tan alabado derecho “flexible” tan sólo estaríamos ante un derecho “blando” que bajo el pretexto de la eficacia y el pragmatismo se conformaría únicamente con lo que los contaminadores hubieran consentido ratificar. Esta especie de “administración convencional” tendría como efecto fijar la situación e impediría subir periódicamente el límite de la protección del medio ambiente (Francois Ost, “La auto-organización ecológica de las empresas: ¿un juego sin conflictos y sin reglas?” en José Luis Gordillo (coord.), *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho del siglo XXI*, Trotta, Madrid, pp. 79-106, pp. 88 y ss.).

ejecución se desvían de las sedes y de los criterios de legitimidad del principio de división de poderes en el que se asentaban. El resultado es la escandalosa ausencia en las nuevas formas de gobernanza de dos de los protagonistas principales de la política democrática: el parlamento y el juez.

La arquitectura institucional del experimentalismo democrático elude el parlamento, el momento deliberativo de la democracia que permite a los ciudadanos realizar un control político de sus representantes. En la gobernanza, los parlamentos no tienen funciones relevantes de creación normativa (por ejemplo, el Parlamento Europeo no tiene voz en las distintas fases del Método Abierto de Coordinación), y aparecen cada vez más como el lugar donde se formalizan las prácticas de negociación y deliberación *ad extra* llevadas a cabo entre actores públicos y privados. El lugar en el que *a posteriori* se concede el *placet* oficial a los resultados obtenidos en las negociaciones entre *stakeholders*.

Por su parte, los resultados normativos de las nuevas formas de gobernanza sólo están sometidos al control jurisdiccional en la medida en que de alguna forma terminen siendo incorporados en alguna variante de *hard law* (por ejemplo, a través de los instrumentos característicos del “método comunitario”: reglamentos, directivas, decisiones del consejo). Mientras, en las nuevas formas de *enforcement* sugeridas por el enfoque del experimentalismo democrático nos encontramos con incentivos, *benchmarking*, *naming and shaming*, recomendaciones y acuerdos voluntarios, instrumentos todos ellos que encajan mal en un modelo de *enforcement* judicial que tiene como presupuesto el carácter normativo del derecho y el establecimiento de sanciones en los casos de incumplimiento.

Una de las cuestiones oscurecidas en la amplia literatura sobre la gobernanza es cuál debe ser el papel del juez y el significado de la función jurisdiccional en las nuevas formas de regulación jurídica. Muchos dudan de la capacidad del juez para participar en un proceso regulativo caracterizado por la incertidumbre y la complejidad en el que es necesario el conocimiento experto, y cuyos resultados serían mejor controlados por mecanismos de evaluación por pares (*peer review*) que por la revisión judicial. No obstante, recientemente se ha propuesto un juez que actúe como “catalizador”⁵⁹ de estos procesos de toma de decisiones, asumiendo las funciones de un “guardián” (*regulatory watchdog*) que no llegue a sustituir ni modificar los resultados obtenidos en los procesos deliberativos y de negociación de las nuevas formas de gobernanza, pero que vele por el respeto de las garantías institucionales y procedimentales que aseguren la posición y presencia de todas las partes incluidas en las redes de gobernanza, y que salvaguarde su legitimidad democrática en términos de controlar la presencia y ponderación de todos los intereses y razones en juego, la transparencia del proceso de toma de decisiones, y la representatividad y responsabilidad de los participantes⁶⁰.

59. J. Scott & S. Sturm, ‘Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance’, *Columbia Journal of European Law* 13 (2007): 567-594.

60. Popelier, Patricia. ‘Governance and Better Regulation: Dealing with the Legitimacy Paradox’. *European Public Law* 17, no. 3 (2011): 555-569, p. 566.

Una de las formas de relativizar los efectos de este *bypass* del circuito democrático representativo, ha sido subrayar el limitado alcance real de las nuevas formas de gobernanza que se circunscribirían siempre a áreas temáticas y sectores funcionales claramente delimitados.

Siguiendo a Greven⁶¹, las decisiones que se toman en un sistema democrático podrían agruparse y clasificarse en tres grandes tipos: por un lado nos encontramos con decisiones que afectan a la asignación y distribución de derechos, bienes y recursos públicos; por otro lado, hay decisiones sobre la regulación de determinadas actividades y el establecimiento de standards y normas técnicas en ciertos sectores funcionales (energía, seguridad alimentaria, seguridad e higiene en el trabajo, medioambiente, etc.); y finalmente hay decisiones sobre el establecimiento de normas sobre conflictos de valores (matrimonio entre personas del mismo sexo, aborto sí o no, la regulación de la eutanasia, etc.). Parece que el tipo de políticas y decisiones más apropiado para las nuevas formas de gobernanza serían las del segundo tipo, es decir, la regulación de áreas y sectores funcionalmente delimitados en los que se hace necesario una especial *expertise*. Como dice Wilkinson, el experimentalismo está diseñado para operar en momentos y temas “no constitucionales”⁶². En este mismo sentido, la UE explícitamente reconoce que los métodos de regulación alternativa como la co-regulación y la autorregulación “no serán aplicables cuando estén en juego los derechos fundamentales o se trate de opciones políticas importantes”⁶³. El tipo de regulación desde una perspectiva sectorial o funcional se ajustaría mejor a la noción de política como actividad racional de solución de problemas. En consecuencia, un proceso de toma de decisiones discursivo, negociado entre los actores interesados sería la forma más apropiada para garantizar una decisión técnico-racional, unos resultados políticos eficaces y de alta “calidad” regulativa.

Pero esta regulación funcional y limitada sectorialmente, no está libre de la producción de efectos externos negativos. La gobernanza no es neutra desde el punto de vista distributivo. Muchas de las decisiones tomadas en las redes de gobernanza tienen efectos en la asignación y distribución de derechos y recursos entre los ciudadanos y consecuencias normativas para grupos e individuos que no participan o no están representados en los mecanismos de negociación y de gobernanza. Y en todos estos casos, cuando otros miembros están afectados por estos instrumentos jurídicos negociados entre actores privados se requiere otra legitimidad para la decisión tomada. Una legitimidad que solo puede derivar de instituciones (representativas) que deriven su legitimidad de la igualdad política. Si algunos individuos o grupos de interés se sienten excluidos del proceso no hay otra manera de hacer valer sus derechos que acudir a las vías representativas y a las jurisdiccionales.

De nuevo la cuestión fundamental que subyace a este problema, está relacionada con la igualdad de todos los ciudadanos y la estructural desigualdad de

61. M. Th. Greven, “Some Considerations...”, *op. cit.*, p. 244.

62. M. Wilkinson, Three Conceptions of Law: Towards a Jurisprudence of Democratic Experimentalism, *op. cit.*, p. 678.

63. Acuerdo Interinstitucional “Legislar mejor” (2003) DOUE C/301 01, apartado 17.

los *stakeholders* y de su pertenencia a las asociaciones voluntarias de la sociedad civil. La ciudadanía en un sistema democrático no es voluntaria u opcional de la misma manera en que lo es en la sociedad civil⁶⁴.

d) *Despolitización y desresponsabilización: la reducción de la política a resolución de problemas*

La gobernanza y el experimentalismo democrático parten de una concepción de la política en la que ésta se reduce a actividad racional de resolución de problemas, pero con ello se corre un serio riesgo de reducir el carácter democrático de la acción pública “participada” o “privatizada” en los nuevos instrumentos normativos de la gobernanza. En estos instrumentos consensuales se hace difícil identificar las exigencias del interés general en el proceso de negociación y de suma de los intereses privados. Los mecanismos de autorregulación propios de la gobernanza fuera de otros controles democráticos y de la ausencia de un debate contradictorio entre todos los intereses implicados, acaban despolitizando la toma de decisiones sobre los asuntos públicos⁶⁵. En ellos se subestima la especificidad del poder político democrático y la necesidad de la existencia de un momento público-político para la toma de decisiones sobre cuestiones que afectan al interés general y a los bienes colectivos. Existen asuntos de interés general que no pueden ser dejados al juego de los intereses corporativos o sectoriales⁶⁶. Los ciudadanos esperan de la política democrática que en ella se pueda *decidir políticamente*, elegir entre intereses y opciones, entre valores contradictorios y conflictivos sobre la base de la búsqueda de un interés público y no solo *negociar, cooperar, “buscar consensos”, “resolver problemas”* sobre la base del enfoque de los intereses privados y corporativos afectados.

Como subraya A. Menéndez, en el paradigma de la gobernanza y del experimentalismo democrático “la política deja de ser un asunto de confrontación y se convierte en cuestión de conocimiento”. No hay conflictos políticos sino problemas que han de ser resueltos mediante el adecuado conocimiento experto o el conocimiento social práctico del *stakeholder*. De esta forma se *neutraliza* el carácter

64. M, Th, Greven, “Some Considerations...”, *op. cit.*, p. 244.

65. F. Ost, “La autoorganización ecológica de las empresas...”, *op. cit.*, p. 92.

66. En una reciente aportación sobre la relación entre nuevos movimientos sociales y gobernanza, G. Allegri señala que los movimientos sociales rechazan ser reducidos a meros *stakeholders* en el juego de la gobernanza, “los movimientos sociales no quieren ocuparse solo de racionalidades e intereses en colisión. Los movimientos sociales, a diferencia de los *stakeholders* apuntan con su acción a “un acto constitucional” permanente y necesario para deconstruir y reconstruir los parámetros del común, de la justicia, del bienestar, de la verdad”, G. Allegri, “New Social Movements and the Deconstruction of New Governance: Fragments of Post-Modern Theories in Europuzzle”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 1 (2008), disponible en Internet: <http://www.ejls.eu/3/44UK.pdf>

antagonista de la política negando la existencia de conflictos reales, dado que la causa efectiva del conflicto es la mera ignorancia⁶⁷.

Detrás de este planteamiento subyace una visión tecnocrática de la política como un ejercicio de búsqueda de la «verdad» presentada como la mejor solución que el conocimiento experto pueda proporcionar⁶⁸.

Por otro lado, a pesar de que en la retórica de la gobernanza se sitúan la transparencia y la responsabilidad como uno de sus emblemas más enarbolados, en una constelación institucional de tipo reticular y horizontal paradójicamente se corre el riesgo de favorecer la desresponsabilización del ejercicio del poder político. La dispersión del poder, la desaparición de los límites entre lo público y lo privado, la diseminación de la toma de decisiones en redes organizacionales y dispositivos en los que intervienen una multiplicidad de actores e intereses aumentan la dificultad para la atribución de responsabilidades.

e) *La retórica de la participación y la realidad de la gobernanza: el mito participativo*

Muy pocas formas de gobernanza se conforman en realidad a sus ideales deliberativos y participativos. Los estudios empíricos realizados hasta el momento sobre las experiencias concretas de gobernanza son un antídoto contra la euforia de la tesis normativa y de los esperados resultados en cuanto a la participación efectiva de los ciudadanos en los procesos de creación normativa y de implementación del derecho.

Por ello se hace cada vez más acuciante la necesidad de distinguir entre la retórica participativa de la gobernanza y la experiencia real de dicha participación. Las redes de gobernanza se nos presentan abiertas a la participación de todos los interesados, pero ¿quién está interesado realmente en participar en las redes de gobernanza? y ¿quién puede efectivamente participar en tales redes?

67. “En otras palabras, no existe un conflicto real sino una simple percepción errónea del conflicto resultante del insuficiente conocimiento. En un nivel más profundo, esto resulta muy problemático, porque la política pierde su carácter colectivo y la igualdad política es seriamente puesta en entredicho. La política es privada de cualquier referencia colectiva real: lo que importa es el conocimiento, y el conocimiento no depende de ninguna forma de acción colectiva al margen de la característica de los científicos. Esto también implica la degradación de la igualdad. Si la política se basa en el conocimiento y el conocimiento se divide de forma intrínsecamente desigual, entonces la política debería estar basada en la desigualdad o, quizás aún mejor, la política debería ser desigual ella misma”, A. J. Menéndez, “La Unión Europea entre el constitucionalismo democrático y la gobernanza”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 149 (2010), pp. 47-85, p. 78.

68. Carlos Closa Montero, “El Libro Blanco sobre la gobernanza”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119 (2003), pp. 485 y ss., p. 493; en la misma línea argumental, B. Kholer-Koch: “The Commission White Paper and the Improvement of European governance”, *Jean Monnet Working Paper*, No.6/01 Symposium: Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance, 2001.

Por ejemplo, los estudios empíricos llevados a cabo sobre el proceso institucionalizado de consultas por la Comisión europea y sobre la participación efectiva en la elaboración de los libros blancos o verdes que preceden o acompañan a sus iniciativas legislativas, ponen de manifiesto que solo las grandes empresas, sindicatos, algunas organizaciones no gubernamentales y algunos periodistas y académicos muestran un interés activo en el proceso de producción normativa y en la toma de decisiones en la UE. Y eso es así cuando se trata de adoptar reglamentaciones con carácter obligatorio; el interés decae dramáticamente si la única tarea es el intercambio de información o la formulación de recomendaciones no vinculantes que son precisamente las formas de *soft law* características de las nuevas formas de gobernanza⁶⁹.

La otra cuestión es quién puede realmente participar en las arquitecturas de gobernanza de este experimentalismo democrático. Porque la participación no solo requiere acceso a los documentos y presencia física, sino también un conocimiento de los problemas, soporte documental, elaboración de borradores de trabajo, viajes regulares a Bruselas, etc., lo que restringe de forma sustancial el número de los actores que realmente participan en estos procesos y confirma la existencia de fuertes asimetrías de poder en el seno de las redes de gobernanza⁷⁰.

La conclusión es que hoy por hoy, al menos desde la experiencia de la políticas de la UE, la ampliación del mecanismo de consultas y la apertura a la sociedad civil no han supuesto un reforzamiento de la política democrática, y la participación de la sociedad civil puede ser considerada en la práctica más un mito que una realidad: una gobernanza más horizontal y heterárquica no implica automáticamente una gobernanza más participativa en términos de teoría democrática⁷¹.

La mejora de la participación de la sociedad civil que traería aparejada la gobernanza y el experimentalismo democrático no han traído necesariamente consigo una ciudadanía activa que participa y delibera en una esfera pública más ampliada. Es posible que mejore la «calidad» del proceso legislativo y la eficacia

69. Sobre la distancia entre la participación pregonada y la participación efectiva en las nuevas formas de gobernanza son muy ilustrativos los trabajos de C. Della Porte y P. Nanz, “The OMC – a deliberative-democratic mode of governance? The cases of employment and pensions”, *Journal of European Public Policy*, 11 (2004), pp. 267-288; Stijn Smismans, “New Modes of Governance and the Participatory Myth”, *West European Politics*, vol. 31/5 (2008), pp. 874-895; Kenneth A. Armstrong, “Inclusive Governance? Civil Society and the Open Method of Co-ordination” en S. Smismans (ed.), *Civil Society and Legitimate European Governance*, Edward Elgar, 2005; pero sobre todo hay que destacar el trabajo de Sandra Kröger, “Nothing but consultation: The place of organised civil society in EU policymaking across policies”, *European Governance Papers (EUROGOV)* No. C-08-03, disponible en internet: <http://www.connex-network.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-08-03.pdf>.

70. Sandra Kröger, “Nothing but consultation...”, *op. cit.*

71. Stijn Smismans, “New Modes of Governance and the Participatory Myth”, *West European Politics*, vol. 31/5 (2008). Este trabajo es una excelente demostración de cómo la introducción de los nuevos instrumentos de gobernanza en la política europea de seguridad e higiene en el trabajo más que reforzar la participación de todos los *stakeholders* en el proceso de toma de decisiones, ha reforzado el papel protagonista de las administraciones nacionales y de los distintos comités sectoriales implicados y ha contribuido a elevar el nivel de tecnocratización de la política de seguridad e higiene.

del proceso de toma de decisiones, pero ello no quiere decir que el problema de conexión con los ciudadanos encuentre mecanismos satisfactorios de solución⁷². Como reconoce Beate Kohler Koch, una de las más importantes autoras que han abordado este tema en el ámbito de la UE, “la promesa de inclusión y participación de la sociedad civil no ha reducido la brecha entre Europa y el pueblo, sino más bien ha acabado patrocinando a una élite de organizaciones de la sociedad civil alrededor de Bruselas que trabajan en interés de una integración europea más profunda”⁷³. Puede que la UE haya logrado mejorar la gobernanza efectiva “para” la ciudadanía y la consulta de intereses “con” la ciudadanía, pero con estas medidas no se consigue resolver el problema de la participación política “por” la ciudadanía, ni la representación “de” la ciudadanía⁷⁴.

En definitiva, la estrategia de la gobernanza participativa corre el riesgo de ser vista simplemente como un embellecimiento del *lobbying* o una vía inteligente para cooptar a ciertos intereses sociales y para dar una cierta aura de legitimidad a un proceso tecnocrático de toma de decisiones.

4. CODA FINAL: DISONANCIAS COGNITIVAS Y ANSIEDADES JURÍDICAS A PROPÓSITO DE LA GOBERNANZA

Para concluir este trabajo terminaré con una reflexión final que sirva de punto y aparte en esta aproximación a la relación entre gobernanza y derecho realizada con el pretexto de presentar y evaluar la propuesta del experimentalismo democrático.

En primer lugar, hay que empezar por reconocer que la elaboración y desarrollo teórico de la idea de gobernanza ha sido completamente ajeno al discurso jurídico y que mayoritariamente ha corrido a cargo de los expertos en ciencia política, economistas y de los analistas de políticas públicas. La retórica de la gobernanza no tiene una fácil traducción jurídica, un encaje adecuado en las categorías de la teoría jurídica. Y no lo tiene sencillamente porque no es un concepto jurídico.

En segundo lugar, esta “ajuridicidad” provoca que el jurista cuando se acerca al tema de la gobernanza sufra una especie de disonancia cognitiva. Disonancia provocada por la tensión entre, por un lado, el reconocimiento mayoritario y la comprensión de que la respuesta y adaptación del derecho a las condiciones de complejidad e incertidumbre de las sociedades globalizadas exigen importantes procesos de cambio institucional y formas de regulación completamente nuevas y, por otro lado, la percepción de que estos procesos tal y como han sido expe-

72. C. Closa Montero, “El Libro Blanco...”, *op. cit.*, p. 494 y P. Magnette, “European Governance and Civic Participation: Beyond Elitist Citizenship?”, *Political Studies*, 51/1 (2003), pp. 144-160.

73. B. Kohler-Koch, “Civil Society and the European Union”, en *International Encyclopedia of Civil Society* (eds.) Anheier, Helmut K., Toepler, Stefan, Springer, Cham, Switzerland, pp. 332-338, p. 335. Véase de la misma autora “Civil Society and EU democracy: ‘astro turf’ representation”, *Journal of European Public Policy*, 28 (2010), pp. 100-116.

74. Vivien A. Schmidt, “La democracia en Europa”, *Papeles, FUEM*, núm. 100, 2007/2008, pp. 87 y ss.

rimentados en el interior de los nuevos enfoques de la gobernanza se desvían sustancialmente de nuestras concepciones dominantes acerca de la naturaleza del derecho, de su creación y su implementación. Para algunos serían “no derecho” o al menos “no derecho” tal y como este es entendido convencionalmente.

En la cultura jurídica contemporánea, la mayoría de los juristas es plenamente consciente de los límites de las ideas jurídicas convencionales a la hora de abordar algunas de los cambios del presente, sin embargo, la disonancia cognitiva antes mencionada desemboca en actitudes de miedo a abandonar nuestras arraigadas concepciones acerca del derecho y de ansiedad ante las necesidad de adoptar nuevos enfoques.

Estas ansiedades y miedos son bien patentes en el contexto europeo. Muchos creen que el derecho comunitario ha sido uno de los mayores factores de integración de la UE, que no en vano ha sido definida como “comunidad de Derecho”, y temen que si el derecho europeo diverge demasiado del tradicional “método comunitario” y es reemplazado por formas de cooperación no vinculantes asociadas a las nuevas formas de gobernanza puede que pierda su potencial como fuerza integradora del proyecto europeo. Esto explicaría por qué autores que son plenamente conscientes de los límites de las formas convencionales de actuación de la UE expresan también sus recelos frente a las nuevas formas de gobernanza. De igual forma, los juristas europeos son conscientes de que los procesos de creación del derecho ponen un gran poder en las manos de una Comisión que no es elegida por los ciudadanos y que la UE sufre de un grave problema de déficit democrático. Sin embargo, expresan su preocupación de que las nuevas formas de gobernanza como el Método Abierto de Coordinación, que los defensores del experimentalismo democrático consideran como potencialmente más consistentes con las ideas democráticas, acaben haciendo un *bypass* a todas las instituciones políticamente responsables y, por tanto, profundicen el déficit democrático de la UE y empoderen todavía más a la todopoderosa tecnocracia europea⁷⁵.

En esa disonancia y ansiedad se muestra el carácter ambivalente de la gobernanza: el enfoque de la gobernanza en general y el experimentalismo democrático en particular, tiene en su seno una propuesta novedosa de combinación de eficacia y democracia, de desregulación y participación. Una nueva forma de ejercicio del poder y de regulación jurídica a la altura de la complejidad de las sociedades de nuestro tiempo que seduce por la concepción democrática y participativa que sugiere del derecho y de la acción política. Sin embargo, su puesta en práctica hasta el momento viene privilegiando y enfatizando el lado de la gobernanza relacionado con la legitimidad funcional y la eficacia de las políticas públicas, corriendo el riesgo de que por el camino vaya perdiendo todo su potencial democrático, y acabe convirtiéndose en una retórica que haga pasar por novedosas, fenómenos que en realidad no están alejados de algo tan conocido como la desregulación

75. D. Trubek and L. Trubek, “Symposium Afterword: The World Turned Upside Down: Reflections on New Governance and the Transformation of Law”, *Wisconsin Law Review*, 2010/2, pp. 719-727, p. 724.

privatizadora o el “viejo” corporativismo social. Desconocer sus riesgos o diluirlos privilegiando el aspecto de su eficacia en la resolución de problemas, puede vaciar la gobernanza de todas sus innegables potencialidades de participación y de regeneración democrática para nuestro derecho y nuestro sistema político, reduciéndola así a un efectivo expediente retórico legitimador del presente. En otras palabras, la gobernanza puede dejar de ser una propuesta de solución para constituirse en un problema.

Una interpretación y una práctica democratizadoras del paradigma de la gobernanza pueden ser posibles⁷⁶, pero mientras se materializa en formas alternativas de gobernanza democrática, una vía para amortiguar nuestras ansiedades o de mitigar los efectos externos más perniciosos de las nuevas formas de gobernanza puede ser —como se ha sugerido en algunos momentos de este trabajo— unir de algún modo las nuevas formas de gobernanza a los mecanismos de legitimidad y responsabilidad propios del constitucionalismo democrático. Esto es, intentar complementar los déficits más palmarios de legitimidad, representatividad y responsabilidad que presentan las nuevas formas de gobernanza mediante la implicación de los poderes legislativos en las nuevas formas de regulación jurídica o sometiendo sus resultados a la garantía jurisdiccional. A pesar de todos sus límites, no se puede devaluar la democracia de los elegidos con la aristocracia de la competencia profesional de los expertos. Por esta vía sólo se consume la anulación de la política como momento autónomo de elaboración y participación en la organización de la sociedad, y se profundiza aún más en su reducción a resolución de problemas, a administración y gestión de intereses en manos de los “técnicos” y de los nuevos grupos de poder y de intereses surgidos al amparo del proceso de globalización y de sus nuevas formas de gobernanza.

76. Boaventura de Sousa Santos y Andrés G. Rodríguez Garavito (eds.) *Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge University Press. 2005. Existe traducción al español, *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, ed. Anthropos, Barcelona, 2007.