

EL TRATADO CONSTITUCIONAL EUROPEO Y EL CONSTITUCIONALISMO DEL ESTADO SOCIAL*

CARLOS DE CABO MARTÍN

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid*

I. Puede sostenerse con carácter general que, cuando se trata de hechos o cambios profundos, lo que ocurre en la realidad, en una u otra forma, con unos u otros ritmos, se termina proyectando en la teoría.

En la realidad histórica actual se ha producido un cambio profundo: el triunfo definitivo de un modelo social, que, aun con variantes, tiene como componente básico el modo de producción capitalista, por lo que ante la ausencia de alternativa (de enemigo) sólo procede el afianzamiento y expansión progresiva del modelo, ahora ya sin trabas, sin mistificaciones, sin las opacidades de otras épocas en las que la presencia del enemigo obligaba a concesiones y justificaciones.

Este hecho se registra en la teoría: las construcciones científicas debilitan o eliminan su vinculación (su compromiso) con la realidad, se independizan y se construyen (en contraste con las inmensas posibilidades que ofrecen) sin condicionarse a proyecto alguno de «liberación social» (B. de Sousa); incluso, en el caso concreto de las ciencias sociales se acentúa su descontextualización, su universalización, y en todos los supuestos, los desarrollos se hacen compatibles cuando no funcionales con aquel modelo social dominante.

Sin embargo, aun con la conciencia de su escasa relevancia, se niegan aquí esos planteamientos: se trata (por el contrario) de hacer inseparable el conocimiento (en este caso la Teoría y el Derecho constitucional) de un proyecto claro de emancipación social; de recuperar la historicidad, el compromiso con el tiempo y lugar concretos; y, en consecuencia, de prescindir de la compatibilidad y, frente a la funcionalidad, optar por la beligerancia ante el modelo do-

* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación «La Reforma de los Estatutos de Autonomía y de la Constitución española en el marco del proceso de Constitucionalización de la Unión Europea» (Ministerio de Educación y Ciencia, SEJ 2005-077351/JURI) en el que figuro como investigador principal.

minante en la forma que corresponda. Con el riesgo de pretenciosidad que tiene siempre el uso de las grandes palabras, se trataría, en el plano más abstracto, de convertir determinados principios ético-sociales no ya en fines u objetivos sino en epistemología y, en otro más concreto, hacer una dogmática jurídica en base a la transformación conceptual «adecuada» y reductora de la complejidad y la problemática social.

Estas consideraciones me parecen especialmente aplicables a una reflexión actual sobre Europa, cuya construcción final corre el riesgo de alejarse cada vez más de un proyecto emancipatorio y convertirse en un instrumento racionalizador, en uno más de los ejes institucionales funcional al defectuoso proceso globalizador. Porque, cuando se utiliza actualmente la categoría «multinivel» para referirse a la «Gobernanza» y al constitucionalismo, suele omitirse lo que puede tener de más significativo en cuanto que, junto a los «niveles» que habitualmente se citan, hay que incluir otro: el Mundial, globalizador y hegemónico formado por esa red institucional («constitucional») a la que pertenecen la Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la OTAN o el ALCA y en la que se trata de integrar a la Unión Europea. Por eso, un propósito nada desdeñable es intentar evitar que Europa, pase a formar parte de este último «nivel».

La situación en la que se encuentra el Tratado Constitucional es una ocasión (de manera optimista: un ardid de la Razón) para un replanteamiento de objetivos y el constitucionalismo del Estado social, con el mayor nivel democrático garantista y reformista alcanzado por el constitucionalismo estatal y entendido como conquista irreversible, el parámetro y el punto de partida mínimos para un proyecto real de constitucionalización de Europa y, en ese caso, de europeización de los Estados, al que aquí se quiere contribuir.

II. El objetivo indicado es no sólo y pese a su indudable carácter moderado, difícilmente alcanzable en este momento, sino, quizás, hasta contradictorio. Y es que, simplificando lo que será después elemento central del análisis, se afirma aquí la inexistencia en el Tratado de lo que teórica y técnicamente se conoce como constitucionalismo del Estado social (sus principios básicos, aunque, obviamente la Unión Europea no sea un Estado) pero que también difícilmente podría ser de otro modo.

Y es que el Estado social y el Constitucionalismo del Estado social que lo recoge y expresa jurídicamente, es el resultado de causas históricas muy concretas.

La teorización sobre los orígenes del Estado social (que naturalmente no vamos a reproducir aquí) ha sido tan abundante y compleja que muestra de nuevo cómo la aparición del Estado social es probablemente el hecho de mayor relevancia e impacto en el Derecho público moderno, rompiendo, además, con dos tópicos que iban más allá del ámbito puramente jurídico: de un lado, que se había producido una homogeneidad en el tratamiento de la Constitución entendida como cómodo lugar de convivencia sin más discrepancias que las puntuales, técnicas o de puntos de vista propios del «pluralismo» desde luego

intrasistema y que traducía a su vez la desaparición de anticuadas divisiones radicales en enfrentamientos sociopolíticos alternativos; de otro que, se había producido el agotamiento y falta de modernidad del pensamiento crítico ó «izquierda constitucional» que ante esa misma situación se habría quedado sin nuevas respuestas. Otra cosa es que, pese a todo, se sigan manteniendo como claros elementos de la ideología dominante. En todo caso y en lo que se puede considerar una doctrina consolidada, se entiende que el Estado social y su proyección en el constitucionalismo del Estado social, no es, como ha planteado una concepción iluminista y armónica de la Historia, el resultado natural de una evolución del Estado liberal, sino, por el contrario, manifestación de una ruptura con el mismo en una coyuntura histórica en la que aparecen y se conjugan dos circunstancias determinantes:

1. Una exigencia inmediata de recuperación, de acumulación y crecimiento tras la enorme destrucción de la Segunda Guerra Mundial y unas reales posibilidades de conseguirlo a partir, en el orden estructural, del desarrollo de las fuerzas productivas con la revolución tecnológica y de las relaciones de producción, con la consolidación del capitalismo monopolístico, y, en el superestructural, con la superación de las contradicciones interimperialistas a partir de la hegemonía política, económica y militar de los Estados Unidos.
2. Una mayor relevancia económica, social y política del Trabajo tanto por la necesidad específica que de él tiene el proceso productivo dadas las anteriores circunstancias y exigencias, como por el nuevo nivel de organización y fuerza alcanzados, con la potenciación implícita que suponía la presencia del «socialismo real» y la configuración de la Unión Soviética como potencia vencedora.

Estas circunstancias dieron lugar a que, de un lado, se alcanzara efectivamente un alto grado de rentabilidad, lo que, de otro, permitió atender tanto las exigencias del Capital como las del Trabajo. De ahí que el Estado social suponga un proceso de convergencia y compatibilidad relativa y coyuntural de intereses entre Capital y Trabajo, por lo que, teóricamente, se puede expresar con la fórmula más conocida de «Pacto entre Capital y Trabajo». La consecuencia más inmediata es que, por primera vez, se incluya la totalidad social (capital y trabajo) con su contradicción básica, en el sistema político y constitucional, lo que implica un nuevo y real grado de democraticidad y legitimación en el orden político y una enorme potencialidad por la misma razón del poder constituyente y de la Normatividad constitucional. Y como síntesis de todos esos factores, unas nuevas forma y función del Estado y del Derecho.

Por consiguiente, el Estado social es el supuesto material central de la Constitución, lo que permite afirmar que, en la nueva estructura que define el constitucionalismo a partir de los componentes de *Estado social, Democrático y de Derecho, el elemento determinante es el primero, el Estado social, desde el que se configuran los otros dos*. A partir de aquí, el constitucionalismo del Es-

tado social se caracteriza por construirse en torno al principio de *Intervención-Transformación* basado en la nueva fundamentación democrática y garantista de unas competencias prácticamente ilimitadas del nuevo y específico «Derecho social». Este principio se configuraba además (en cuanto expresión del supuesto material básico) como el primer principio de la Constitución (en la Constitución Española, incluso, literalmente) a la que informaban en su totalidad y a partir del cual todo adquiriría un sentido nuevo (así ocurría especialmente en materia de derechos que (aparte de la problemática de los derechos sociales) cambian de individualistas, liberales y antiestatales en «socializados», con la repercusión que tiene en su dimensión objetiva, en su conversión en principios, lo que a su vez produce la transformación de buena parte del Constitucionalismo. De ahí que este Constitucionalismo del Estado social, implicara estas dos consecuencias:

- 1.º De una parte, la juridización, ordenación o (también se ha llamado) «socialización del Capital», es decir, el reconocimiento constitucional de una serie de intervenciones, bien de carácter negativo o restrictivo en materia de inversiones, adquisición o intervención de empresas, bien de carácter positivo como las que se refieren al aumento de la productividad (inversiones en capital constante), o a evitar la sobreacumulación (gastos del Estado) o los que, derivados del reconocimiento del Trabajo como «sujeto» y categorizados como derechos sociales, tienen el efecto objetivo de contribuir, por parte del Estado, a costear la fuerza de trabajo (todo lo que se conoce como el «salario indirecto») o su cualificación. Todas ellas manifiestan la intensidad de la articulación político-económica propia del Estado social.
- 2.º De otra parte, la juridización o, igualmente, «socialización» del Mercado, sometiéndolo a una serie de intervenciones que tienden a crear espacios sociales en los que se elimine la Ley del valor (que no sea el mercado el que decida) con vistas, por tanto, a crear progresivamente espacios desmercantilizados mediante diferentes vías: garantías (derechos) sociales, traspaso y gestión de recursos al ámbito público, creación de monopolios públicos en servicios básicos o intervenciones directas sobre el Mercado, bien a través de la iniciativa pública, bien suspendiendo o interrumpiendo la libre competencia, el funcionamiento de la ley de la oferta y la demanda a través de las posibilidades que abría la constitucionalización de la planificación como principio básico de la regulación económica y con una finalidad (también recogida constitucionalmente) no sólo funcional, sino valorativa (de distribución más justa de la renta y la riqueza en la Constitución Española).

De estas dos consecuencias que se contienen en las constituciones actuales, se deduce, a su vez, la posibilidad de que el constitucionalismo del Estado social supere dos de los supuestos fundamentales del constitucionalismo liberal mediante:

1. La vocación de expansión progresiva del ámbito de lo público (político) y de la correspondiente reducción del ámbito de lo privado (económico).
2. La transformación experimentada por la dogmática de los derechos, en cuanto desaparece la exclusividad de su apoyo en lo subjetivo e individual y aparecen los componentes de lo objetivo (la circunstancia, la situación, como ocurre con los derechos sociales) y lo colectivo, con la aparición de los «sujetos colectivos» como forma de que el «constitucionalismo débil» o «constitución de los débiles», se convierta en «constitucionalismo fuerte».

III. Trasladando este esquema de análisis al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, resulta lo que sigue.

En lo que se refiere a las circunstancias que dieron lugar al surgimiento del Estado social y a su expresión en el Constitucionalismo del Estado social, es indudable que no están presentes en el momento en el que surge el Tratado:

1. No se está en una fase de expansión, sino en una fase de crisis estructural prácticamente continuada desde los años 70, en el sentido de que han variado los supuestos productivos con un tendencial agotamiento de la rentabilidad del capital industrial en el ámbito espacial del capitalismo desarrollado o del «Norte» y un fuerte desplazamiento hacia el financiero y especulativo así como una acentuación de la lucha competitiva en el mercado global.
2. Simultáneamente se ha producido una pérdida de relevancia y de fuerza del Trabajo debido a causas complejas también residentes inicialmente en las fuerzas productivas: cambios tecnológicos que determinan un cambio en la relación capital constante-capital variable, transformación del trabajo con la aparición de las nuevas formas del trabajo flexible, disminución y fragmentación del mismo, que, unido a las nuevas formas de organización de la producción, se traduce en una configuración mucho más débil del movimiento obrero. Todo lo cual permite al Capital imponer por la fuerza las nuevas condiciones de extracción de la plusvalía (lo que ha permitido hablar de fascismo económico). La manera en que se hace reviste distintas formas. Un caso típico es lo ocurrido en la Volkswagen alemana que impuso directamente una disminución de salarios aceptada sin resistencia ante la amenaza de deslocalización y situación generalizada de desempleo. Al margen de supuestos concretos, este hecho (la debilidad del movimiento obrero para defender sus conquistas sociales) está en la base de la crisis del Estado social, que tiene, como es bien conocido, distintas manifestaciones desde la desregulación (que no impide la exigencia del «Estado regulador») al deterioro de los derechos sociales pero no sólo de los de prestación sino de los más históricamente emblemáticos del movimiento obrero y que contribuyeron a configurar al Trabajo como sujeto, tal como está ocurriendo con el de-

recho de huelga en trance de desaparición real por «desuso» ya que si se utilizase como se venía haciendo, se convertiría en un arma del «enemigo» (máxima expresión de la alienación del derecho) para tomar decisiones aún más perjudiciales que las que se trataría de defender.

No obstante, hay que apuntar que, en el ámbito estatal, la crisis del Estado social en la realidad no se ha reflejado todavía en las constituciones, que mantienen formalmente el constitucionalismo del Estado social. Se produce así una situación contradictoria realidad-constitución (de nuevo la contradicción vigente y definitiva, como en toda su historia, del Derecho constitucional) que permitiría una cierta defensa del Estado social a través de la Constitución mediante una teoría y práctica constitucional «adecuadas», utilizando la por nadie discutida normatividad constitucional en su totalidad, e, incluso, adquiriendo una nueva relevancia, en cuanto a sus posibilidades beligerantes, con una revalorización del Derecho y de la Constitución.

Lo que ocurre, sin embargo, en el Tratado es que, efectivamente, como consecuencia de esas nuevas circunstancias, ya no sólo no aparece (como en el Constitucionalismo estatal) el principio de Intervención-Transformación, sino que precisamente está construido en base a los supuestos contrarios y lo que formaliza es el principio opuesto, sancionando y consagrando normativamente lo que en el ámbito de los Estados está (mucho menos radicalmente) en la realidad pero no en la Constitución y, por consiguiente, clausurando definitivamente toda posibilidad de reformismo social. Sucede en efecto que (siguiendo el esquema anterior) se contienen en el Tratado las dos consecuencias contrarias a las que se contenían en el Constitucionalismo del Estado social:

1. De un lado, la desocialización del capital, liberado de toda atadura para que pueda proseguir su valorización en las nuevas circunstancias globales.
2. De otro, el restablecimiento de la centralidad de la ley del valor con todo el sistema de cobertura necesario, pues no debe olvidarse que el mercado es una institución que requiere un adecuado marco ordenador (y, asimismo, siguiendo también el esquema deductivo anterior, produciéndose la reducción de lo público-ampliación de lo privado y, en materia de derechos, fortalecimiento de lo individual y debilitamiento de lo colectivo y objetivo que antes se indicaba).

Se trata de supuestos que recorren todo el Tratado, que son su soporte, por lo que su comprobación es inmediata y su exposición completa seguramente innecesaria y desde luego farragosa y múltiple dada su expansión a lo largo de un texto tan complejo; tampoco lo requiere el esquema teórico más que analítico o descriptivo que aquí se intenta. Lo que corresponde, por tanto, es registrar entre tanta fronda lo que, en la línea que aquí se sigue, es lo definitorio. Para ello se opta por la vía que parece más adecuada cuando se trata de caracterizar de manera relativamente individualizada, entidades o instituciones que

forman parte de una estructura compleja en la que se integran: atender en primer término, si es que existe, al ámbito y naturaleza de sus competencias exclusivas y aun dentro de ellas distinguir, porque siempre suele existir, la más «propia».

Así ocurre en el texto de referencia en el que se señalan a la Unión Europea unas competencias exclusivas (artículo I-1.3). Y dentro de ellas, bajo la denominación «ámbitos de competencia exclusiva» se encuentra, junto a otras ciertamente significativas cada una de ellas (unión aduanera, política monetaria, pesquera y comercial), «el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del Mercado interior». Éste es, a mi juicio, el núcleo último, el punto del Tratado de mayor densidad, hasta el extremo de que (siguiendo la conocida metáfora física) su «explosión» es la que determina y da lugar a todo el «universo» europeo. Su relevancia se constata continuamente a lo largo del texto, pero se despliega de manera destacada en la parte III, en sus fundamentales capítulo I sobre el Mercado interior y en el capítulo II sobre «Normas sobre política económica y monetaria». Todo ello se completa con un férreo mecanismo de seguridad del que forma parte la enunciación de las políticas de esa Parte tercera de manera única, es decir, sin posibilidad de alternativas; la fijación de objetivos macroeconómicos y con las instituciones funcionales a los mismos (Banco Central Europeo), etc. En definitiva, que, efectivamente, como se decía antes, no sólo resulta obvio la ausencia del principio interventor propio del Estado social, sino que justamente se trata de asegurar un espacio basado en el principio contrario.

Frente a todo ello se puede argumentar que, junto a ese contenido, se encuentra otro, referido, al menos literalmente, a aspectos sociales, tal como ocurre con los que están bajo epígrafes como Solidaridad, Empleo, Economía social o, en general, política social. Inicialmente se podría pensar que, teniendo en cuenta lo anterior, se trata de una contradicción, pues dados aquellos supuestos y determinaciones económicas básicas no se entiende bien cómo podrían hacerse compatibles con estas otras de carácter social. Y ésta podría ser otra interpretación: entender que el Tratado está recorrido por esa doble tendencia contradictoria y que, si es así, ocurriría algo semejante a la contradicción antes señalada existente en el Constitucionalismo estatal (entre realidad y norma) y de la que también podrían derivarse posibilidades alternativas. Realmente no es así ni tiene la menor semejanza, no sólo en cuanto a su distinta naturaleza sino, sobre todo, porque no puede hablarse de contradicción. Para que haya contradicción tiene que darse una cierta igualdad entre los contrarios y en este caso no existe. La absolutamente distinta relevancia de la primera, tanto de objetivos centrales del Tratado como de sus diferentes papel fundamentante, fuerza y significado normativos o su distinta instrumentación técnica (me refiero a la debilidad que implica la exigencia de unanimidad en distintas materias de política social o su conversión final en principios a los que el mismo Tratado prácticamente anula su eficacia, parece que cautelarmente, en el artículo II.112.5 o la clara desjuridización que implica recurrir a «mecanismos de coordinación») hacen que no haya realmente contradicción y todo se resuelva en la

prioridad indiscutible de los supuestos que articulan y vehiculan la referida Ley del Valor.

Asimismo, el otro elemento que viene a completar y definir ese papel central prevalente y al que se relativizan todos los demás que aquí se viene atribuyendo al Mercado interior (de nuevo la Ley del valor) es el sentido y carácter de las normas reguladoras (y la práctica desarrollada conforme a ellas por la Unión Europea) de los Fondos de Cohesión. Sin perjuicio de que tengan inicialmente desde el punto de vista de los países que los reciben efectos positivos (si no fuera así no existirían, de forma que es un inevitable coste desde la perspectiva de los países contribuyentes) no es ése el aspecto que caracteriza y define su significado *principal*, sino que están más cerca de alinearse en formas relativamente nuevas de (aunque no sea una categoría muy precisa sí es una referencia clara) «colonialismo». Se trata de responder a aquellas exigencias que (se indicaba) demanda la construcción del Mercado interior en cuanto institución social. Su contribución al Mercado tiene lugar tanto directa como indirectamente.

Directamente, en cuanto los flujos europeos hacia los países o Estados receptores son inicialmente el precio de la soberanía y la invasión económica en beneficio del Mercado Único en su conjunto (en el que obviamente la participación es desigual) con el efecto inicial de generar oportunidades comerciales inmediatas favorables al capital más poderoso, productivo y competitivo y el subsiguiente (menos visible pero decisivo) de ir transformando las relaciones de producción en las que se registra un progresivo fortalecimiento del Capital y el correspondiente debilitamiento del Trabajo (el desarrollo desigual, el distinto nivel de las relaciones industriales, la fragmentación del Trabajo frente a la unidad Mercado-Capital, las posibilidades de deslocalización, etc. contribuyen poderosamente a ello). Pero ni siquiera algunos de los criterios que se manejan se imponen objetiva y generalmente, como ocurre con aspectos relacionados con la competitividad, en donde, de nuevo, la desigualdad se impone en ámbitos tan importantes como la política agraria a través del descarado proteccionismo de los países más poderosos ó lo que se deduce de las últimas negociaciones sobre las perspectivas financieras en el Consejo de Londres de 2005 con el resultado final de que la financiación de esos fondos de cohesión respecto de los países de la ampliación se acuerda de manera no proporcionada a la capacidad económica de los miembros de la Unión (lo que dio lugar a reacciones que, aun con el relativo valor que hay que atribuirles, en cuanto se trata de fuentes relevantes sí son ilustrativas: el representante español señaló ante el resultado de la negociación que «el problema para España no era tanto la cantidad que tuviera que aportar sino su escasa capacidad para recuperarla en forma de competitividad»; y todavía de más claridad resulta la declaración de la vicepresidenta de la Comisión: «los Fondos de Cohesión no son caridad sino inversión, por lo que debemos crear una «ambición compartida»).

Indirectamente porque se trata de contribuir a restaurar un cierto equilibrio, a configurar un conjunto en el que se corrija el desarrollo desigual ex-

tremo y produzca un desarrollo mínimo generalizado como elemento necesario para que el conjunto funcione, tratándose de homogeneizar no sólo mecanismos estructurales y directamente económicos (vertebración básica de los países a través de inversiones favorecedoras de la productividad y dinámica comercial, transportes, comunicaciones, etc.) sino hasta formas de vida y desde luego de la modernización, eficacia y mayor garantía de las administraciones y del Estado (se coincide así finalmente con las últimas aportaciones de la teorización «neo-cons» que propugna ya más que el dominio directo o intervención sobre los países menos desarrollados la consecución de desarrollos mínimos en todos los campos y desde luego y sobre todo su articulación a través de Estados e instituciones más eficientes. Es como se sabe la tesis de F. Fukuyama en su último libro de bien significativo título «La construcción del Estado» y aún más significativo subtítulo «Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI»).

En definitiva, se trata de un sistema de relaciones supranacionales que se está generalizando en la actual fase de globalización y que se puede apreciar también en el comportamiento de la Unión Europea en la cumbre ministerial de la Organización Mundial del Comercio celebrada en Hong Kong (2005) en la que ofreció un tipo de ayudas a los países «en vías de desarrollo» (fue la terminología utilizada) «a cambio» (literalmente) de que los países emergentes y pobres faciliten (a través de diversas medidas entre las que figura de manera destacada la reducción o supresión de aranceles) la penetración de productos y servicios occidentales (la técnica utilizada no difiere sustancialmente de las que siguen el F.M.I. o el B.M., prestando ayudas a cambio de privatizaciones en aspectos incluso tan básicos como, últimamente, el agua). Y hay que añadir que la ayuda europea (por otra parte menos de lo que gasta Europa en una semana en ayudas agrícolas) estaba también condicionada por la exigencia de eludir las denuncias por competencia desleal en virtud de la política agraria comunitaria, uno de los mayores obstáculos para lograr un acuerdo de liberalización comercial, consiguiéndose así la llamada «cláusula de paz comercial»; pero, a la vez, se insistía en que con esas ayudas se intentaba una mejora en otros ámbitos con vistas a adquirir un nivel garantista, de Administración, Sanidad, etc. que diera seguridad a las mutuas interrelaciones.

IV. Pero, supuesta la inexistencia en el Tratado del principio del Estado social (y aun su configuración sobre las bases contrarias al mismo) las consecuencias siguen. Porque, como antes se indicó, el Constitucionalismo del Estado social se asienta en la estructura Estado social-Democrático-de Derecho, que, en cuanto estructura, implica que sus elementos están interrelacionados, con la peculiaridad de que esta interrelación aunque naturalmente implica una complejidad de interinfluencias, no es, estrictamente, equilibrada, ya que uno de sus elementos, el Estado social en cuanto procede de componentes más profundos (el pacto Capital-Trabajo) es un condicionante (y respecto de ciertos contenidos constitucionales mínimos hasta determinante) de los otros dos. Y esto es justamente lo que ocurre y se manifiesta ahora: la inexistencia en el Tra-

tado constitucional europeo del principio del Estado social condiciona también, en este caso *negativamente*, al principio democrático y al principio jurídico o del Estado de derecho.

— Al principio democrático

No se ha subrayado suficientemente la clara relación tanto teórica como histórica entre Democracia y Reformismo social. Porque si bien esta relación se acentúa y adquiere características y fundamentos específicos con el Estado social, no es exclusiva de esta fase histórica. Por el contrario, la vinculación Democracia y reformas sociales está no sólo inscrita en la naturaleza dinámica de la democracia (en el orden teórico por tanto) en cuanto que necesariamente hay que reconocer, en la lógica de su desarrollo, una vocación de realización progresiva de los intereses de la mayoría, lo que implica el consiguiente reformismo, sino que así ha ocurrido históricamente empezando porque su aparición no ya como práctica teórica sino como práctica política tiene un origen de clase; si se puede poner a la Democracia, desde esta perspectiva, un comienzo material y un momento histórico de nacimiento, éste no puede ser otro que la lucha y conquista del sufragio universal que protagoniza el movimiento obrero desde su primera lucha en París y junio de 1848. Por tanto, vincular Democracia a planteamientos de clase no es improcedente; lo que ocurre es que, como antes se decía, con la aparición del Estado social la vinculación entre Democracia y Reformismo se refuerza y se especifica históricamente en dos niveles:

- 1.º En el origen del Estado social: es decir, en el fundamento democrático nuevo que adquiere el poder y el proceso constituyentes en cuanto basados en aquel Pacto que incorpora la totalidad social como nuevo Soberano expresión de esa totalidad, con las prácticas institucionales en que se tradujo (la italiana con la inclusión del referéndum previo sobre la forma de gobierno es la referencia más habitual).
- 2.º En su funcionamiento, en cuanto el Pacto entra en la Constitución y en este sentido puede decirse que el Soberano entra en la Constitución, de manera que se trata de Constitución con Soberano que se configura como garantía y legitima los derechos de participación de esa totalidad social, lo que hace que nada sea ajeno al principio democrático y por tanto también al control, a la responsabilidad, a la regla de la mayoría, etc.

De ahí que cuando se produzca la crisis del Estado social por la desaparición de las circunstancias que permitieron su aparición, se produzca también la correspondiente erosión de la Democracia (imposible de mantener en los términos anteriores, con el protagonismo de la mayoría cuando había que tomar decisiones perjudiciales para esa mayoría) pasándose a la denominada «Democracia de baja intensidad» con el protagonismo de los nuevos objetivos de la

«gobernanza», los eficientes «diseños electorales», la unificación de modelos eliminando lo que se ha llamado la Demodiversidad, etc.; aunque, como también se indicaba, manteniéndose en el orden constitucional formal.

Pues bien, el Tratado Constitucional Europeo elimina de nuevo la diacronía que se da en los Estados entre el constitucionalismo del Estado social que permanece en los textos constitucionales y la realidad de la crisis del Estado social, llevando esa realidad al texto del Tratado. Y es que, se decía antes, la especificidad democrática del constitucionalismo del Estado social se mostraba en dos aspectos:

- 1.º En el del origen, en el sentido del nuevo fundamento y carácter democrático del poder y proceso constituyente y su práctica institucional. No es necesario mayor análisis para concluir que si se toman como referencias los procesos constituyentes europeos y se obtiene un cierto modelo, el Tratado no lo satisface ni en la fase de la decisión sobre la iniciativa ni en la formación del órgano constituyente ni en su práctica institucional, ni en la fase final, con formas tan dispares en su realización, formulación, temporalidad (acentuándose la fragmentación del sujeto constituyente) que, aun con toda la singularidad que se atribuya a la Unión Europea respecto del constitucionalismo de un Estado, pueda concluirse que reúna las exigencias democráticas del nivel constitucional en el que el Tratado se quiere situar. Tampoco parece necesario explicitar la importancia de estas carencias tanto desde el punto de vista de la legitimación como de su repercusión en los aspectos materiales o de contenido y en los formales, es decir la inmediata repercusión del principio democrático en el jurídico que, en este caso afecta a una categoría tan básica y rigurosamente construida y exigida por la dogmática desde la teoría de las fuentes como es la *validez* de la norma, categoría que difícilmente se puede aplicar a la que (como en el caso que nos ocupa) prescinde, desconoce y aun contraría el procedimiento y surge sin el cumplimiento de los requisitos debidos.
- 2.º En el funcionamiento, sobre el que más se ha insistido (el llamado déficit democrático) y por ello tampoco es necesario repetirlo aquí. Únicamente señalar que ese déficit gira en torno a estos tres aspectos:
 - a) Que pese a que ciertamente se trata de una organización superestatal, en cuanto se pretende darle forma constitucional sigue registrando un predominio prácticamente absoluto de los estados y de los gobiernos sobre los ciudadanos.
 - b) Que aun admitiendo las dificultades de una organización tan singular como la Unión Europea, debe manifestarse la defectuosa incorporación del principio democrático a la toma de decisiones a través de vías como la unanimidad o la compleja articulación de ponderaciones y mayorías cualificadas.

- c) Que, de nuevo, en un constitucionalismo democrático no cabe admitir el protagonismo esencial de los órganos ejecutivos sobre los representativos y de participación ciudadana.

— Al Estado de derecho

Finalmente, la ausencia del principio del constitucionalismo del Estado social y aun la configuración del Tratado sobre criterios contrarios al mismo, se refleja negativamente en el contenido propio de lo que es precisamente una de las señas de identidad europea, de la cultura europea, como es la del Estado de Derecho.

Antes de entrar en otras consideraciones debe indicarse que frente a la afirmación generalizada en la doctrina de que es en el Estado liberal en el que se traduce el momento culminante del Estado de derecho, se sostiene aquí y de ella se parte la de que, por el contrario, ésta es su forma inicial, más simple y menos precisa y que es el Estado social el que por sus requerimientos múltiples y necesarios (derivados de las demandas recíprocas de garantía de las partes que intervienen en el pacto en el que se basan, de la formalización de ese pacto, de su desarrollo a través de un Estado con nuevas tareas y necesariamente intervencionista) es el momento de mayor formalismo, complejidad y de un enorme crecimiento cuantitativo y cualitativo, en cuanto la ampliación de competencias se traduce en nuevas funciones y transformaciones del Derecho.

En consecuencia, la crisis del Estado social produjo el efecto contrario: la desformalización, desjuridización y, por consiguiente, el empobrecimiento del Estado de derecho, con su manifestación más grave en el Derecho constitucional, en cuanto se traduce en la erosión del anterior nivel de Normatividad (la propia del Estado social, según se indicó antes) transformándose en buena medida la Constitución, que, de Norma pasa a ser «referencia», con un protagonismo cada vez menor, un alejamiento cada vez mayor y cuando se hace presente con una utilización e influencia más que de los preceptos, de las «interpretaciones» y, en consecuencia, de los Tribunales. Es lo que se ha llamado constitucionalismo o constitución débil.

El Tratado expresa, acentúa y cristaliza este último momento, naturalmente sin la dificultad de una Constitución previa, sino con la facilidad que supone que el proceso de implantación del Derecho Comunitario se haya hecho desde el comienzo no sólo sin ajustarse sino contradiciendo supuestos básicos del Estado de Derecho, al mismo tiempo que este verdadero antimodelo se presentaba como el patrón al que debía irse ajustando el modelo, conjugando adecuadamente el principio de atribución de competencias con los de efecto directo y primacía (sobre todo hasta Maastricht).

Como es conocido, la organización de la Unión Europea, desconoce la División de Poderes y la subsiguiente distinción orgánica de poderes y funciones, porque, como se sabe, la División de Poderes junto al significado político de garantía de la libertad y técnico de organización del Estado, supone en el orden jurídico la diferenciación entre producción, ejecución y aplicación del de-

recho, lo que permite, a partir de la Constitución como norma suprema y su función básica de fuente (de las fuentes), organizar las normas de manera que a través de los principios de jerarquía y competencia se integran unitaria y coherentemente, es decir, se configura el Ordenamiento jurídico. Nada de esto ocurre en el Tratado, acentuándose incluso por las características y pretensiones de que se rodea, especialmente por presentarse como culminación y punto de llegada.

Por de pronto hay que señalar el mantenimiento no ya poco riguroso, sino deforme, del «Nomen iuris» que ha jugado un papel importante en la construcción jurídica en cuanto se utilizaba para identificar con precisión categorías jurídicas también precisamente formuladas. Ésta ha sido una de las características del Derecho Comunitario en su evolución anterior y cuya corrección se presentaba como uno de los objetivos del Tratado en aras de mayor rigor, simplificación e inteligibilidad. Naturalmente que el hecho no era inocente sino que precisamente por la trascendencia del «Nomen iuris» en cuanto designaba categorías o instituciones a las que se atribuía una determinada naturaleza jurídica y a partir de ella unas determinadas consecuencias y un determinado régimen jurídico, es por lo que se eludía su utilización (durante mucho tiempo el ejemplo más citado fue el de Servicio Público).

El Tratado no ha supuesto una rectificación. Así, se empieza utilizando para designar las (supuestamente) normas producidas, o, en la terminología del Derecho comunitario, las distintas formas que puede adoptar el Derecho derivado, la expresión «Actos Jurídicos de la Unión» (artículo 1-33). Sorprende que se mantenga la expresión anterior al Tratado, fuertemente criticada en su momento, cuando se buscaba la depuración técnica del sistema. Es algo bien conocido y no hay que extenderse en ello pero, como se sabe, la construcción de la teoría de los «actos jurídicos» tiene lugar en la moderna pandectística o dogmática alemana que, a partir de la conceptualización de hecho jurídico y de acto jurídico llega a la fundamental construcción de Negocio Jurídico, que deviene a partir de entonces y de su general recepción por la doctrina europea, una categoría básica que cumple distintas finalidades (la articulación Derecho objetivo-Derecho subjetivo, formalizar abstractamente el intercambio, etc.) pero que, en todo caso, pasa a ser una categoría fundamental del *Derecho Privado*, en cuanto referida al ámbito y efectos jurídicos de la autonomía de la voluntad. También en este caso no debe entenderse como ligereza o imprecisión, pues no puede olvidarse que se está ante la cultura jurídica más decantada y formalizada del mundo. Por el contrario, de nuevo hay que entender que se trata de eludir el Nomen iuris, muy probablemente el de Norma y, también muy probablemente, porque el término tiene tras de sí toda una «Teoría de la Norma» con unos elementos y caracteres muy precisos (como son la determinación del supuesto de hecho, la estructura lógica, ámbito, obligatoriedad, alteridad, etc. y que forma parte de uno de los capítulos básicos de la Teoría General del Derecho). Y, a partir de aquí, esta peculiaridad se proyecta en los distintos «actos jurídicos» que incluye el Tratado. Así ocurre justamente en un supuesto que introduce como novedad respecto de la situación anterior, la utilización de un clá-

sico «nomen iuris» como es el de Ley. Pero precisamente la utilización de un «nomen» que tiene no ya o no sólo en la Historia del Derecho sino de la cultura europea y desde luego de la cultura democrática la «Majestas» que tiene el término Ley, es un buen supuesto para comprobar lo que antes se afirmaba. En efecto, si se tiene en cuenta que la Ley es la expresión jurídica directa y primera del principio democrático (pluralista) y dada la trascendencia y fuerza fundamentadora y legitimadora del mismo, se deduce también que el principio democrático sea el único factor decisorio en la producción de la ley. El análisis de lo que ocurre en el «acto jurídico ley» que establece el Tratado (la carencia de iniciativa del órgano representativo, el no perfeccionarse con la voluntad de ese órgano, la necesaria intervención del Consejo, la configuración del procedimiento con posibilidades externas al mismo de paralización, incluso la admitida participación en ocasiones de institutos como el Banco Central y hasta el Tribunal Supremo de Justicia) muestran una adulteración tal que invalidan la categoría.

Junto a ello aparece lo que puede llamarse la «indiferenciación normativa», que impide asimismo la configuración de un régimen jurídico diferenciado a los distintos «actos jurídicos» con vistas a la atribución de rango y fuerza también específicos; porque ya no es sólo la repetida referencia que se hace a «la ley o Ley Marco» (lo que pone en duda el criterio material que pueda distinguir a la ley europea de la Ley Marco) sino que se habla también de «ley, o ley marco o reglamento» (artículo III.172.4 y 5), de «Leyes o Reglamentos» así como de «reglamentos o decisiones» (para aplicar las «Leyes europeas» (artículo III.160) lo que hace que el reglamento pierda su especificidad que en este caso parece degradarse en relación con la capacidad que se le atribuye de desarrollar directamente «la Constitución»). Si a ello se añade el desorden orgánico en cuanto diferentes órganos —junto a la antes señalada codecisión en materia legislativa— pueden dictar diferentes «actos» («reglamentos o decisiones») de manera indistinta, se puede concluir que no es posible ordenar a este conjunto de actos con los principios de jerarquía y competencia básicos del sistema de fuentes y necesarios para configurarlo como Ordenamiento Jurídico. A lo que hay que añadir la falta del supuesto previo de la Norma suprema originaria (Constitución) para configurar un ordenamiento y que no posee el Tratado que sólo posee «las competencias que se le atribuyan» (artículo I.1) lo que, por otra parte determina que sea el principio de competencia el único (capaz de dar contenido a la «Primacía» proclamada del Derecho comunitario frente a la primacía como jerarquía) utilizable para establecer la relación entre ordenamientos constitucionales estatales y ese Derecho comunitario.

Pero el análisis sería incompleto si no se hiciera referencia a un supuesto que es una tendencia observable de carácter general. Me refiero a lo que puede llamarse «la huida del derecho», la extensión cada vez mayor de espacios no juridizados. Porque en todo caso, lo anterior es el espacio juridizado de la Unión Europea; pero junto a él hay que situar las previsiones que se contienen en el Tratado en virtud de las cuales toda una serie de cuestiones y materias se sustraen a esos «actos jurídicos» y se tratan y resuelven a través de «procedi-

mientos» que concluyen en «orientaciones generales» o «recomendaciones» así como las posibilidades que abre lo que (desde la reunión del Consejo de Lisboa 2000) se conoce como «método abierto de coordinación» y que recogido en el Tratado, elude, de nuevo, el ámbito del Derecho. La importancia que tiene se deduce no sólo de esa desjuridización, sino de que esos procedimientos comprenden un sinfín de comisiones, subcomisiones, ponencias, etc. que permiten asociar con facilidad (también en los «actos jurídicos» deformados antes vistos aunque de forma distinta) a los grupos de presión, favorecido todo ello por la opacidad que revisten (no puede olvidarse que según los últimos datos hay más de 500 sedes de Multinacionales y grupos de presión en Bruselas incluidas las iglesias sin claras razones que lo justifiquen).

V. De ahí que la cada vez más visible expansión de la Unión Europea a través de distintos mecanismos y prácticas (con la escasa defensa que desarrollan los sistemas constitucionales) puede entenderse como un potencial destructor de las conquistas del Estado social y democrático de derecho ante las distintas formas globalizadas que adquiere la Lex mercatoria.

Y, sin que se la pueda responsabilizar de manera exclusiva, lo cierto es que el desempleo, la disminución del gasto social y, en definitiva, la crisis del Estado social sigue acentuándose. Y alguna toma de conciencia acerca de esa responsabilidad supone el hecho de que, según los estudios empíricos del proceso, la clase trabajadora o se ha desentendido o ha votado contra el Tratado pese a la fuerte presión favorable.

* * *

ABSTRACT. *In the recent constitutionalism of the social and democratic State, subject to the rule of law, the basic item is the first one, the social State. Nevertheless, in the Treaty of the European Union the Social State does not appear, it is constructed against this principle.*