
ESTUDIOS

Apogeo de racionalidad económica y disenso constitucional¹

Juan Ignacio Font Galán²

Resumen: La emergencia y paulatina hegemonía del paradigma de la racionalidad económica neoliberal coexisten con un constitucionalismo social cada día más relegado. El poder de la Escuela liberal del análisis económico del Derecho afirma una progresiva “economización del Derecho”. El autor pretende hacer consciente de este, imperceptible para muchos, cambio de paradigma que desemboca en un progresivo deterioro del paradigma del constitucionalismo social.

Después de presentar los dos modelos de Estado: liberal durante el largo siglo de la razón económica y Estado social en el siglo breve de la razón social, el artículo se detiene, especialmente a partir de la Constitución española de 1978, en el análisis del constitucionalismo social y su enfoque integrador de las dos racionalidades, el Estado social y la Economía de mercado.

Por último, el autor se refiere, con acentos fuertemente críticos, a la “revancha del mercado” que se realiza en buena medida por medio del llamado Estado regulador que actúa a través de “autoridades independientes”, y abre líneas de reflexión orientadas hacia un nuevo constitucionalismo.

Palabras clave: *economización del Derecho, Escuela liberal del análisis económico del Derecho, Estado regulador, paradigma del constitucionalismo social, paradigma de la racionalidad económica neoliberal, “revancha del mercado”, “siglo breve” de la razón social, “siglo largo” de la razón económica.*

¹

² Facultad de Derecho. Universidad de Córdoba.

Height of economic rationality and constitutional dissent

Abstract: The emergence and gradual hegemony of the neoliberal paradigm of economic rationality coexist with social constitutionalism increasingly more relegated. The power of the liberal School of economic analysis of the Law affirms a progressive “economization of the right”. The author aims to make aware, imperceptible to many, paradigm shift that leads to a progressive deterioration of the paradigm of social constitutionalism.

After presenting two models of State: liberal during the long century of economic reason and social status in the short century of social reason, the article stops, especially from the Spanish Constitution of 1978, in the analysis of social constitutionalism and its two rationales integrative approach, the welfare State and the market economy.

Finally, the author refers, with accents strongly critical, “revenge of the market” that takes place largely through the so-called State regulator that acts through “independent authorities”, and opens a new constitutionalism oriented lines of reflection.

Keywords: *economization of law, liberal School of economic analysis of Law, regulator State, social constitutionalism paradigm, neoliberal paradigm of economic rationality, market rematch, “short century” (social reason), “long century” (economic reason).*

Essor de la rationalité économique et divergence constitutionnelle

Résumé: L'émergence et l'hégémonie progressive du paradigme de la rationalité économique néolibérale coexistent avec le constitutionnalisme social de plus en plus relégué. La puissance de l'École libérale de l'analyse économique du Droit affirme la progressive «économisation du Droit». L'auteur vise à rendre conscient de cela : le changement du paradigme, imperceptible pour beaucoup, qui conduit à une détérioration progressive du paradigme du constitutionnalisme social.

Après la présentation de deux modèles d'État (l'État libéral au cours du siècle long de la raison économique et l'État social au cours du siècle bref de la raison sociale), l'article s'arrête, surtout après la Constitution espagnole de 1978, dans l'analyse du constitutionnalisme social et son approche intégrative des deux rationalités : l'État-providence et l'économie de marché.

Enfin, l'auteur se réfère aux forts accents critiques à «la vengeance du marché» qui se déroule en grande partie par le biais du soi-disant État régulateur qui agissant par l'intermédiaire des «autorités indépendantes», et finalement il ouvre des nouvelles lignes de réflexion orientées vers un nouveau constitutionnalisme.

Mots clé: *l'économisation du Droit, École libérale de l'analyse économique du Droit, État régulateur, paradigme du constitutionnalisme social, paradigme de la rationalité économique néolibérale, revanche du marché, «le siècle bref» (de la raison sociale), «le long siècle» (de la raison économique).*

Fecha de recepción: 10 de enero de 2013.

Fecha de admisión definitiva: 12 de junio de 2014.

Ha llegado la hora de construir juntos la Europa que no gire en torno a la economía, sino a la sacralidad de la persona humana, de los valores inalienables.

PAPA FRANCISCO, Discurso al Parlamento Europeo (25 de noviembre de 2014)

I. Relegación de la racionalidad social y declive del constitucionalismo social: la economía neoliberal como apócrifo ordenamiento de la vida social³

[1] En esta ponencia trato de ensayar desde el plano constitucional una reflexión sobre el alarmante fenómeno de la emergencia y hegemonía de la *racionalidad económica* como paradigma neoliberal de moralidad pública y, lo que no es menos grave, como sistema de ordenación de la vida social y económica de los países europeos en los que aún impera, al menos en el plano formal, el sistema de economía social de mercado correspondiente al modelo del llamado *constitucionalismo social* establecido en Europa occidental a mediados del pasado siglo fruto del conocido “consenso socialdemócrata de posguerra” (o también “consenso keynesiano”), al que se suma tardíamente España (1978), junto con Portugal (1976) y Grecia (1975). En los dos últimos decenios este fenómeno parece haber alcanzado la cima de su apogeo. El paradigma de la racionalidad económica neoliberal hoy imperante se enfrenta con el clásico paradigma de la racionalidad social en el que se venía sustentando el constitucionalismo social cuya vigencia efectiva y material queda ahora en buena medida enervada. Esto da cuenta de la grave crisis política y constitucional del Estado social que queda apenas sin sustancia dentro de una Constitución disyuntada y, a la postre, reorientada merced a ideologías y a grupos de poder carentes de legitimación democrática y legislativa. La crisis

³ Este artículo tiene su origen en la ponencia presentada por el autor en la 25 Reunión del Grupo Fomento Social (Madrid, noviembre de 2012). La publicación se inserta en el Proyecto de Investigación de Excelencia de la Junta de Andalucía (referencia SEJ-P10-6073) “La protección de los consumidores como ariete de la reforma de la empresa, del mercado y de la cultura empresarial” dirigido por el profesor Javier Pagador López.

de pensamiento, de cultura, de ideal de justicia y del imaginario de bienestar y felicidad propios de las Constituciones del Estado social ha provocado de modo determinante la crisis del modelo de Estado y de convivencia social, y con ello la quiebra o disolución de la función directora de la política y la ordenadora del Derecho. Todo esto trae como consecuencia la disolución –que no pocos interpretan como ruptura– del gran acuerdo jurídico–político de convivencia social sustentado en dichas Constituciones progresivamente vacías de contenido social efectivo y, por tanto, sin su singular sustancia política.

La opinión pública europea, y tanto más su base social trabajadora (con o sin trabajo), lo percibe como un ataque a las conquistas políticas y sociales representadas y reconocidas en un consensado modelo histórico de vida social que, aparte de las altas cotas de bienestar social alcanzadas durante buena parte de la segunda mitad del siglo XX, logró sobre todo sentar las bases, principios y acuerdos generales –elementos basilares de nueva cultura política y social– para garantizar el orden político y la paz social tras una larga centuria de enfrentamientos sociales y guerras mundiales en cuyo origen late con fuerza la dramática “cuestión social” que tiene en el constitucionalismo liberal su cooperador necesario.

Ahora bien, la mera constatación histórica del éxito socioeconómico del constitucionalismo social durante casi toda la segunda mitad de la anterior centuria –que para algunos solo fue coyuntural– no llega plenamente a servir de argumentación política, filosófica, jurídica, ni acaso tampoco económica, para la defensa de dicho modelo constitucional actualmente puesto en cuestión. La legitimación política, ética y jurídica del constitucionalismo social no se funda sólo en la experiencia histórica; ni en la anterior de corte liberal que vino a superar, ni tampoco en la experiencia que realiza el propio Estado social con sus logros económicos. Antes que esto las razones que legitiman el constitucionalismo social son sobre todo de orden cualitativo (no cuantificable), a saber, axiológico y político–jurídico, cuyos criterios son poco proclives a valorar el modelo económico y social y a regularlo únicamente con instrumentos de contabilidad nacional o transnacional, esto es, en términos de pura y exclusiva eficiencia económica del funcionamiento de la economía de mercado sin atender a la calidad ética y social de este. La perspectiva legitimadora del constitucionalismo social trasciende la visión capitalista de la sociedad, la economía y el Estado, en pos de la construcción y realización histórica de un “orden económico y social justo” (*vid.* Preámbulo de la Constitución española de 1978, en adelante CE). De tal forma que el ideal de justicia social que inspira este modelo de constitucionalismo no puede quedar excepcionado o desnaturalizado absolutamente por mor de la situación económica general, toda vez que el ideal de justicia de este modelo constitucional se asienta, como un *apriori* epistemológico y

con plena legitimidad jurídica, en un sistema de racionalidad política y social que en el plano jurídico-político prevalece –sin contradecirlo ni proscribirlo– sobre el clásico sistema liberal de pura racionalidad económica y eficientista. Desde esta perspectiva, las crisis económicas generales no pueden significar, como algunos pretenden, situaciones de excepción o exceptuación de políticas de igualdad social incluso si son reductoras, esto es, políticas de redistribución social de las pérdidas o mermas económicas sufridas por el conjunto de la sociedad. Antes bien, el constitucionalismo social propugna que en estas situaciones de crisis económicas generalizadas, y aún más si son persistentes, la justicia social está llamada a imperar en los programas de gobierno alentando así el diálogo social para encauzar las tensiones del cuerpo social que en los sectores más débiles y menesterosos se traduce en sufrimientos personales y grupales de consecuencias imprevisibles para el orden político y la paz social. Esto no significa en absoluto que la razón superior de justicia social prescindiera de toda racionalidad económica, sino más bien que esta no puede hegemoníicamente capturar ni enervar el entero modelo de justicia del constitucionalismo social. En el orden social y su correspondiente ordenamiento jurídico la razón económica no puede tener la última palabra, ni como regla de moralidad pública ni como ordenamiento jurídico.

En efecto, lo que caracteriza al modelo de constitucionalismo social es su complejo e indisoluble sistema de legitimación política, ética y jurídica fundado en un unitario orden político, económico y social enucleado en valores superiores de orden constitucional tales como “la libertad, la justicia y la igualdad” (artículo 1 CE). El núcleo axiológico de este sistema jurídico constitucional es unívoco e indisoluble y, por consiguiente, indisponible por el poder público, so pena de provocar una ruptura material de la propia Constitución y del pacto social subyacente merced a la manipulación abusiva de la tan predicada “elasticidad” de la Constitución económica con la ominosa finalidad de dar cobertura a ideologías y políticas económicas inspiradas en el paradigma de la racionalidad económica en detrimento de la social. De aquí el peligro que comportan ciertas interpretaciones y aplicaciones coyunturales, pretendidamente elásticas o neutrales, de la Constitución económica, sobre todo si confunden la flexibilidad del modelo constitucional con la exceptuabilidad de su modelo de justicia social (en absoluto “neutral” y aún menos exceptuable) según convenga a las circunstancias económicas y a los intereses en juego, olvidando que la Constitución es, toda ella, norma jurídica de obligado cumplimiento.

El problema más arduo y grave se plantea a raíz de la reciente –y estridente– constitucionalización de reglas contables para asegurar la “estabilidad presupuestaria” (vid. nuevo artículo 135 CE), la cual, si bien trata de embridar o racionalizar eco-

nómicamente la aplicación del modelo social típico del constitucionalismo europeo para prevenir resultados insostenibles de políticas sociales desbocadas, puede ilegítimamente desembocar en la ruptura de la unidad del sistema económico-social al desequilibrarse o incluso pervertirse la correlación jurídico-constitucional entre la racionalidad social y la económica merced a la enervación de su inherente función normativa político-social en favor de una apócrifa y hegemónica racionalidad económica con funciones de ordenamiento de la economía y de la sociedad, una vez abatida o “desmochada” la racionalidad político-social. Cabría hablar entonces, sin ambages, de Constitución fallida o, lo que es igual, de Estado social fallido.

[2] Esta persistente infiltración ideológica de racionalidad económica neoliberal en el *corpus* normativo y en la cultura interpretativa del modelo constitucional del Estado social fundado en el paradigma de la racionalidad social ha propiciado la disyunción cuando no enfrentamiento entre la *Constitución económica formal* (expresada en formulaciones de principios, poderes, derechos, obligaciones, responsabilidades y demás normas generales ordenadoras del sistema económico) y la *Constitución material* (desarrollada efectivamente en normas ordinarias y reglamentarias que implementan las concretas políticas económicas y sociales).

Ese contraste de voluntades políticas y normativas que pretenden, pese a sus divergencias internas, tomar como común base legitimadora la de la propia Constitución –ya sea en su expresión formal o en su desarrollo material– deja sentir un fuerte crujido institucional que nos alerta de que la actual crisis ampliamente denunciada como “sistémica” tiene su epicentro a más profundidad: en el Derecho y en la Ética. La divergencia entre Constitución económica formal y la material tiene su propia historia –historia de luchas– y sus particulares contendientes: de un lado, el Estado y el Derecho; y de otro, el Mercado y la Economía. El combate se libra también en la arena de los modelos del constitucionalismo moderno: uno, de carácter marcadamente social y, otro, extremadamente económico-eficientista. Aquí radica el epicentro del sismo institucional, político y social cuyo crujido se siente y sufre muy duramente en el tejido social y en la piel de muchas personas. Está en juego el contrato político y social que supone la Constitución y con ello la dignidad de las personas más menesterosas, el aseguramiento del bienestar de las grandes capas sociales y, a la postre, la paz social.

[3] Planteo esta reflexión desde la perspectiva jurídica constitucional, esto es, tomando el Derecho y la Constitución económica como “lugar hermenéutico”. En el debate público sobre el Estado social el análisis jurídico-constitucional suele quedar relegado a círculos de especialistas en Derecho. En los foros de opinión y en los

medios de comunicación los politólogos y economistas llevan la voz cantante, pero sin entrar en la cuestión constitucional de fondo. Naturalmente, por encima de ese debate de ideas está la lucha de intereses en torno al sistema económico del Estado social: aquí los contendientes son las fuerzas políticas y sindicales y sobre todo el poder económico sindicado con los mercados. En ese debate la voz de la ciudadanía –las mayorías sociales– se excluye o ignora. Es en las plazas públicas o en el entorno de los parlamentos u otros centros o foros de decisión donde la ciudadanía trata de hacerse escuchar.

2. Ominosa relegación del Derecho y de la Constitución económica en la ordenación de la vida social como criterio de racionalidad económica

[4] La relegación del Derecho y, en concreto, de la Constitución económica en el debate de ideas sobre el cuestionamiento del Estado social es una de las cuestiones más graves de lo que nos acontece. Es dramático ignorarlo y, aún más, sabiéndolo, no denunciarlo. Observaba José Ortega y Gasset al reflexionar sobre la realidad española de su tiempo que “lo que nos pasa es que no sabemos lo que nos pasa”. Acaso ya no basta con saber. Es preciso denunciar lo que nos pasa; a saber, que de modo impasible hemos dejado subordinar el Derecho y la Política a la Economía y a los Mercados. El diagnóstico es tan grave como lúcido; que no nos confundan con argumentos económicos tan frecuentemente introyectados de ideología.

Nos pasa que al haberse subordinado el Derecho y la Constitución económica a la Economía y a los Mercados se ha resquebrajado el consenso constitucional. Desde la gran plaza pública claman voces de protesta en favor de la apertura de un nuevo proceso constituyente. Se está rompiendo el histórico contrato político-social de 1978. La gravedad del diagnóstico es patente. La fiebre de los desahucios por impago de préstamos hipotecarios y la desvergüenza de la comercialización engañosa por las entidades bancarias de centenares de miles de extraños productos financieros como las participaciones preferentes son señales inequívocas de la subordinación del Derecho a los Mercados. La Política simplemente se ha dejado narcotizar por los Mercados y anda desconcertada. Por su parte, la Ética sigue su acelerado proceso de licuación. Y todo esto nos pasa, en parte, porque hemos renunciado a exigir y a defender la misión fundamental de la Constitución económica que no es sino la de establecer el *sistema jurídico de relación entre Derecho, Política y Economía*. En su conjunto, este orden de reglas gravita sobre el gran eje de la *Democracia*. ¿Cómo no reconocer y, tanto menos, denunciar

la crisis sistémica que aqueja a la organización social diseñada y acordada en las Constituciones económicas correspondientes al modelo del constitucionalismo social en declive merced a su apócrifa e ilegítima acomodación al modelo del constitucionalismo económico de corte neoliberal?

Todo esto (no es preciso recordarlo) forma parte del núcleo de identidad cultural de la Europa moderna –la modernidad– conformada por la Ilustración. De la “nomofilia” y la pasión por el Derecho se ha pasado a la “nomofobia” y a la relegación del Derecho, cuando no directamente a la “anomia”. De ahí el hundimiento de la ética pública y de los criterios de justicia para resolver los conflictos y ordenar la sociedad. Esta situación da que pensar si la Constitución económica no será uno más de los fracasos de la modernidad y un triunfo de la economía neoliberal y los mercados como nuevas instancias culturales y normativas de la posmodernidad. ¿Será también esto parte de lo que nos pasa? Más de un fallo se registra en la modernidad para que todo esto haya llegado a suceder; tampoco la subjetividad moral de los individuos queda exonerada de responsabilidad de cuanto nos ocurre: fallos como estos tienen su causa y reflejo en el pensamiento político y social, en la conducta de la clase política y de la empresarial, en el funcionamiento de las instituciones y, en fin, en la levedad del Derecho concebido como pura forma jurídica sin contenido real o material, sin función ordenadora efectiva, acaso solo decorativa.

[5] A principios de siglo Gregorio Peces Barba advertía que la pérdida de valor y protagonismo del Derecho merced a su desplazamiento por la hegemónica Economía neoliberal tenía la peligrosa finalidad de atribuir a ésta funciones de “moralidad pública”: de la “Economía moral” del mundo medieval de la que se emanciparon Adam Smith y los fisiócratas se ha llegado hoy a la “Economía como moralidad”, esto es, como “fuente suministradora de criterios éticos y de justicia fundados en pretendidos valores como la eficiencia, el lucro privado, la competitividad, el libre mercado, libre circulación de capitales, etc., a los que se sacrifican los valores éticos y los criterios de justicia que antes han correspondido al Derecho y a la Política.

En la misma comunidad científica del Derecho se han infiltrado desde Chicago una generación de “abogados–economistas” creadores de la Escuela Liberal del Análisis Económico del Derecho que propugna que las relaciones jurídicas entre particulares y sus conflictos se han de regular y resolver exclusivamente con criterios de eficiencia económica a la que subordinan cualquier otro criterio o regla de justicia. Esta teoría surgida en la década de los pasados años 70^o constituye el más claro exponente del proceso de economización del Derecho y la Justicia. Lo más

grave es que esta teoría se ha infiltrado también en el ámbito del Derecho público y constitucional: a partir de ese momento la orientación de fondo del sistema de ordenación de la sociedad cambió vertiginosamente. Apenas iniciada la pasada década de los años 1980 el liberalismo despierta de su medio siglo de hibernación y acelera los cambios de fondo: del “gobierno político y democrático de la Economía” se pasa al “gobierno económico de la Política”. Los nuevos déspotas ilustrados no dudan en cuestionar, por su ineficiencia económica, el sistema del Estado social (F. Galgano). El contrato social implícito en la Constitución económica de la segunda posguerra europea es así impugnado unilateralmente por los representantes del capitalismo que lo promovieron y aceptaron.

[6] En este proceso de economización del Derecho la Constitución económica es simplemente ignorada o desaplicada o, todo lo más, reinterpretada según convenga a la eficiencia económica de los mercados. Sin embargo, lo que ahora se discute no es la refundación del capitalismo (como frívolamente anunció el ex-presidente francés, Nicolás Sarkozy). Si el capitalismo en crisis teme por su supervivencia, bastaría –como hizo en la segunda posguerra mundial del pasado siglo– con sujetarse de nuevo al Derecho y a las reglas constitucionales del Estado social restaurando así el consenso socialdemócrata fundacional en el que ahora se rectificaran errores, excesos o disfunciones experimentados en el anterior consenso. Para algunos sería éste un paso plausible. Otros más escépticos y acaso realistas no esperan ya que el capitalismo rompa su complicidad con la dictadura de los mercados y vuelva a la casa común del Estado social y democrático de Derecho en la que se refugió cuando, atemorizado por el “peligro ruso”, temió por su supervivencia (J. Pérez Royo). En el seno del Estado social han convivido el capitalismo y los mercados con muy buena salud económica y excelentes resultados políticos hasta que a mediados de los años 1970 del pasado siglo esa convivencia constitucional dejó de serles rentable política y económicamente.

[7] Ahora bien, tras cuanto ha acontecido en las dos últimas décadas y aún más tras la crisis económica global que surge en 2006, no resulta extraño que buena parte de los hasta ahora defensores del Estado social rehúsen ya ese eventual reencuentro constitucional del capitalismo en una especie de nuevo pacto socialdemócrata. Esta fórmula histórica se descarta sobre todo por la inviabilidad ecológica y ética del sistema de economía capitalista (con su modelo de producción industrial) subyacente y de la cultura o “modo de vivir” que promueve: aspectos nucleares de una nueva identidad cultural y cívica fundamentada en una sólida ética individual y social de muy difícil conciliación con la economía capitalista y financiera; dificultad que ya algunos extienden incluso a la propia Economía social de mercado que es el sistema económico que, como mucho, estaría dispuesto a

volver a tolerar el capitalismo, tal como se aprecia en el Tratado de la UE, en la versión de Lisboa de 2007 (*vid.* artículo 3.3).

Este posicionamiento de superación del sistema del Estado social –incluso en su versión moderada de Economía social de mercado– (típico de los movimientos sociales alternativos) puede hacernos recordar la admonición de Benedetto Croce al advertir que “la Historia no es la maestra de la vida, sino la liberación del pasado”. Acaso está brotando en muchos ambientes sociales –donde la ética social y la moralidad personal se toman muy en serio– la necesidad de dar ya un paso adelante en la Historia ofreciéndole a ésta la oportunidad de liberarnos de un presente neoliberal que debiera embarcarse cuanto antes en el pasado. [Cada vez son más visibles las nuevas realidades y formas “alternativas” de organización social y de modos de vida que están surgiendo en ambientes críticos y comprometidos con la ética social y personal: “otro modo de vivir”, “otra forma de emprender”, “otra forma de financiar e invertir”, “otro sistema de organizarnos en grupos o en red”, “otra forma de consumir”, “otra concepción de la responsabilidad personal para el bien común”; en fin, “otro sistema económico y social” y, desde luego, “otro Derecho que no sea pura forma, sino contenido que realiza la justicia”; “hay alternativas” y “otro mundo es posible”]. Con su visión optimista y liberadora de la Historia, Croce parece confiar en la creatividad de los pueblos y civilizaciones para emanciparse del pasado alienante. Sin embargo, no siempre la Historia avanza. A veces se detiene o retrocede. Este es su drama. Quizás por eso Croce nos advierte que “la Historia no es la maestra de la vida”. Solo lo será cuando realicemos con justicia el futuro superando el pasado inaceptable.

[8] No lo interpretó así Friederich von Hayek, el más acérrimo defensor del liberalismo, el más férreo crítico del sistema del Estado social y el adversario intelectual más notable de John Maynard Keynes. En 1944 este economista austriaco publica en Gran Bretaña su libro *“Camino de servidumbre”* con el que el liberalismo recobra su voz y su influencia dominante. En su libro Von Hayek sostiene la extraña tesis de que el sistema económico del Estado de Bienestar propugnado por la socialdemocracia (y que tiene su máximo valedor intelectual a Keynes) conduce al totalitarismo, esto es, a la falta de libertad. La intervención del Estado en la economía desembocaría en la servidumbre, esto es, en la esclavitud. (La extraña ironía del título de la obra se alarga, con un punto de acidez, en su dedicatoria: “A todos los socialistas de todos los partidos”). No es fácil reprimir una contestación teñida rabia, vista la experiencia histórica de sufrimiento social tanto en el pasado liberal como en el presente neoliberal : el camino que Von Hayek y sus epígonos propugna, esto es, el de la disolución del constitucionalismo social en favor de un neoconstitucionalismo económico de libre mercado es, por contra, un

“camino de regresión a otras servidumbres”; de vuelta atrás en la Historia, a un pasado de servidumbre, sí, pero muy diferente de la denunciada por Von Hayek: la esclavitud del desempleo masivo, del despido libre, del desahucio masivo de viviendas, de la pobreza extrema, de la lacerante desigualdad entre clases, del enfrentamiento social, de la emigración forzada, de la desnudez creciente ante la recurrente menesterosidad social contemporánea, etc. (I. Sotelo).

Este “camino de regresión a otras servidumbres” comporta una responsabilidad histórica y global muy seria: ya advirtió Tony Judt que esto arrastraría a una dramática pérdida de esperanza a buena parte de la humanidad que, desde lugares de subdesarrollo, opresión y muerte, viene mirando a Europa con el legítimo anhelo de una vida colectiva y un orden económico y social justo como el que en los países europeos ha logrado realizar el Estado social. Si la desesperanza se extrema hasta la desesperación las consecuencias para todos serían imprevisibles.

De esta enorme preocupación se ha hecho eco el Papa Francisco en su Discurso al Parlamento Europeo (25 de noviembre 2014) al exhortar a los legisladores europeos “a custodiar y hacer crecer la identidad europea” y a “trabajar para que Europa redescubra su alma buena” (...) “preciso punto de referencia para toda la humanidad”.

3. La Constitución económica del Estado liberal: el siglo largo de la razón económica

[9] Adentrémonos ya en este camino de regresión que supone la disolución antidemocrática del constitucionalismo del Estado social. Para captar la trazabilidad histórica de esta evolución social regresiva que supone el tránsito del constitucionalismo social al neoconstitucionalismo económico es preciso remontarse al primer constitucionalismo decimonónico del Estado liberal cuyo modelo vuelve a servir de inspiración al que actualmente se impone.

[10] Puede resultar extraño hablar de Constitución económica en el Estado liberal. Ciertamente el concepto de Constitución económica está vinculado a la definición del sistema de ordenación de las relaciones económicas del Estado social. En realidad, el de Constitución económica es uno de esos grandes conceptos jurídicos “epocales” porque inauguran un tiempo nuevo. En el mundo del Derecho este concepto constitucional abandera una filosofía sobre el hombre y la sociedad cuya comprensión no puede ya ni política, ni ética, ni jurídicamente desvincularse de la

idea de Estado. En este sentido, la Constitución económica –en su idea prístina– ha sido un concepto jurídico “revolucionario” por incorporar a la clásica configuración de la Constitución política algo enteramente nuevo e insólito en ellas: unos valores y principios éticos y sociales fuertemente comprometidos con la justicia social y con el bienestar colectivo.

Todo esto comienza a desarrollarse en la República Weimar a raíz de la célebre y malograda Constitución prusiana de 1919. Nunca antes las Constituciones políticas se ocuparon directamente de la vida de la gente corriente, de sus necesidades económicas, del sufrimiento de las clases o grupos sociales más necesitados de asistencia pública, de la “cuestión social”, de la orientación y ejercicio de las libertades económicas, etc. Hasta entonces las Constituciones liberales se habían blindado como estrictas Constituciones “políticas” en las que no tenían cabida el establecimiento del “sistema de relación entre Política y Economía”. Se limitaban a salvaguardar la esfera económica y el libre mercado, impidiendo todo intento de comprensión e interferencia por parte del Derecho (A. Cantaro).

[11] No por ello, sin embargo, las Constituciones liberales renuncian a identificar en su seno un sistema económico propio: establecen principios para garantizar la “razón económica” con la clara finalidad de conseguir, (frente a la Constitución económica del Antiguo régimen), la despolitización y privatización total de la Economía; de modo que ya es la misma sociedad y no el Estado la que controla el funcionamiento del mercado con solo proteger la propiedad privada (y la herencia), las libertades económicas de industria y comercio y la libertad de contratación: esta es la función primordial para la que se crea, precisamente, el Estado de Derecho, en realidad, al servicio de los intereses de la burguesía triunfante en la Revolución francesa. En opinión de Von Humbolt “la médula del Estado de Derecho radica en la búsqueda de la seguridad y no en la promoción de la felicidad” (entiéndase hoy, el “bienestar social”).

Los ordenamientos jurídicos liberales se han limitado a confiar al Estado la función meramente “negativa” de asegurar la autorregulación espontánea del mercado. Se trata, pues, de Constituciones económicas “negativas”, en modo alguno proactivas ni tampoco comprometidas con la justicia social, ni con la libertad y la igualdad reales, ni siquiera con el bienestar colectivo. Al Estado liberal le basta con asumir como Constitución económica el Derecho privado liberal y autónomo, esto es, los Códigos civil y de comercio que constituyen, en realidad, la auténtica Constitución económica material de la sociedad civil burguesa (A. Menéndez). La misión de la Constitución económica liberal –que solo establece principios de orientación para el de Derecho privado– es la de garantizar las dinámicas naturales del mercado

en contraste con el sistema reglamentista del soberano en la anterior época del mercantilismo (s. XVI y XVII). Es así como se constitucionalizan la propiedad privada, el contrato, el mercado y la libre competencia (F. Galgano, A. Cantaro).

[12] Las Constituciones económicas liberales responden a una concreta filosofía política y social, y a una consecuente antropología: para Carl Schmidt “las Constituciones liberales han asumido la ‘ratio económica’ como centro de referencia dominante, sustituyendo a otras dimensiones de la vida social predominantes en el pasado” (por ejemplo, la religión). A este respecto, observa Cantaro que uno de los logros históricos del individualismo moderno y del constitucionalismo liberal es haber elaborado e impuesto una antropología hegemónica, y a continuación haber creado las estructuras institucionales que han permitido a la racionalidad económica emanciparse de otros tipos de racionalidad (la ética, la religión, la tradición, etc.). También hoy la Economía neoliberal se consagra como racionalidad dominante; pero ahora ya incluso como la única racionalidad jurídica que merece constitucionalizarse.

[13] ¿Pero qué tipo de racionalidad dominante? ¿Cuál es su código? ¿Cuáles son sus presupuestos para tamaña hegemonía?

La racionalidad dominante propia del individualismo liberal radica en el *cálculo* (el “*incubo contable*” como mordazmente lo calificó Keynes): existe racionalidad económica cuando las actividades humanas están sujetas a cálculo contable. No se trata ahora del cálculo “aristotélico” de la suficiencia propio de la era premoderna (la *conservatio vitae*). Para el código calculador moderno la racionalidad económica radica en el logro de la máxima eficiencia con vistas a la máxima ganancia monetaria. Para ello es imprescindible el mercado: pero un mercado libre donde productores y consumidores no tengan entre ellos ningún vínculo político-social. Ni el medievo ni las monarquías absolutas con su sistema mercantilista conocieron mercados libres.

Son las Constituciones liberales de los s. XVIII y XIX las que crearon las condiciones para el desarrollo de los mercados libres: con solo unos cuantos principios todos ellos tendentes a configurar el individuo como un *a priori* a la sociedad (P. Barcellona) y al poder político como “una entidad moral y jurídica que tiene por sí misma derechos inviolables por el Estado” (Neumann), ya están creadas las bases filosóficas y antropológicas para los mercados libres en los que sus protagonistas –liberados ya de toda otra certeza o vínculo ético, religioso o de tradición– se confían plenamente a la certeza mundana de la racionalidad formal del cálculo, a sus reglas impersonales y totalmente desentendidas de la política y de lo social.

“El cálculo exacto –dirá M. Weber– solo es posible si hay libertad, esto es, si hay mercado libre”. Esta libertad y esta igualdad meramente formales es todo lo que concede el Estado liberal (A. Cantaro).

[14] Todo ello conduce a la configuración de la propiedad y libertad económica como derechos fundamentales e inviolables. Es con ellos con los que se limita el poder estatal. Esto explica que las Constituciones liberales tengan por destinatarios reales a los propios poderes públicos, con el fin de sujetarlos a un “principio de neutralidad o de abstención” en el ordenamiento de la economía. Solo les será permitido intervenir cuando la autonomía privada no disponga de un reglamento de intereses y, por vía subsidiaria, allí donde la iniciativa privada no alcance a cubrir las necesidades. El bienestar de los ciudadanos es cosa remitida al albur de las oportunidades del mercado. Esto es lo único que garantizan estas Constituciones económicas del Estado liberal. Por eso son Constituciones “negativas” típicas del llamado Estado mínimo o inhibido.

[15] Bien, todo esto es ya muy conocido. Pero me he permitido recordar algunos de los aspectos capitales del pensamiento liberal plasmados en las Constituciones económicas inspiradas por él, por la sencilla razón de que desde hace algún tiempo este pensamiento está rebrotando en una especie de *neoconstitucionalismo económico liberal* que está batiendo en retirada el sistema constitucional del Estado social arraigado en Europa occidental desde la malograda Constitución de Weimar de 1919.

Conviene no olvidar el pasado al que ahora se pretende regresar: su ideología imperante, su modelo antropológico, su ética, su racionalidad, su (no-)Derecho. A la conciencia de cada cual hay que remitir el juicio histórico sobre los errores y las tumbas fechadas en la primera mitad del siglo XX. Tal vez en esto sí “la Historia es maestra de la vida”; su magisterio estriba, como decía Croce, en convencernos de la necesidad de liberarnos del pasado inaceptable.

4. La Constitución económica del Estado social: el siglo breve de la razón social (1920–1980)

En ese pasado de humanidad herida está la razón histórica del cambio epocal que supuso el tránsito del Estado liberal al Estado social en Europa occidental: *camino de liberación* –no de “servidumbre”– que ha supuesto la instauración del *Estado social y democrático de Derecho* superador, pese al temor de Von Hayek, de todos

los totalitarismo y tantas veces liberador de las esclavitudes experimentadas en la Revolución industrial.

[16] Repasemos los perfiles más generales y las claves más sustanciales del sistema económico del Estado social:

La primera clave se refiere a la misión encomendada a las Constituciones económicas del Estado social; a saber, la de abolir la hegemonía de la *razón económica* típica del constitucionalismo económico liberal y la de constitucionalizar, en cambio, la *razón o vínculo social* estableciendo así límites sociales, éticos, jurídicos e institucionales a la razón económica siempre refractaria a todo vínculo que pudiera obstaculizar el libre despliegue de su sistema de racionalidad. Lo que se impugna y rechaza del sistema económico liberal es la idea de que las relaciones reguladas por el mercado producen resultados que la sociedad reputa justos, y que un ordenamiento que solo establece y protege derechos individuales y no derechos sociales (ni tanto menos políticas sociales) es un “orden aceptable” (A. Cantaro).

Como se ve esta misión del ordenamiento del Estado social se sustenta en otra ética completamente diferente: importa el bienestar de las personas y no ya solo la *conservatio vitae* del pensamiento liberal. Para ello es preciso que el Estado intervenga con políticas sociales que compensen las situaciones de desigualdad material injustas y que proteja a las personas frente los riesgos propios de una sociedad dominada por el mercado (derechos sociales). Llama la atención hoy que en el Reino Unido el Plan *Beveridge* presentaba el Estado del Bienestar como el tránsito del Estado de Derecho al “Estado de Justicia” (I. Sotelo).

Característico de las Constituciones económicas europeas de posguerra es la vinculación del sistema económico a la forma de Estado (social). Así, el art. 1 de la Constitución francesa de 1946 define la República como indivisible, laica, democrática y social. La Constitución italiana de 1948 basa la República en el trabajo y en la igualdad real, al tiempo que establece la función social de la iniciativa económica privada (art.41). La Constitución de Bonn de 1949 establece que el Estado federal es “democrático y social” (art. 20). Por su parte, el art. 1 de la Constitución española de 1978 establece rotundamente que “España se constituye en Estado social y democrático de Derecho”. No se trata de declaraciones políticas retóricas vacías de contenido material, como se ha llegado a interpretar desde posiciones conservadoras. Esas formulaciones que vinculan el principio social a la forma de Estado son auténticas *normas jurídicas* con las que se sancionan de modo terminante y rotundo la superación de la Constitución económica del Estado liberal. Así lo ha confirmado la jurisprudencia de los países antes mencionados

(y en nuestra doctrina la autoridad de E. García de Enterría y de M. Herrero de Miñón).

El principio del Estado social, vinculado ya a la forma de Estado Social y Democrático de Derecho, significa que la nación hace valer con fuerza jurídica un conjunto de valores, principios e intereses compartidos colectivamente. En el art. 1.1 CE se establecen tres: “la libertad, la justicia y la igualdad”. Por su parte, el art. 9.2 –que hace funciones de “turbo” del art. 1.1– obliga a los poderes públicos a velar activamente para que “la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas”, debiendo “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”, llegando incluso a exigir a los poderes públicos “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

La Economía no será ya el ordenamiento autónomo de la sociedad, ni tampoco su fuente ética. Antes bien, la Economía ha de dialogar y en su caso subordinarse a la Política y al Derecho constitucional. El Estado social supone el fin de la autonomía absoluta de la Economía respecto de la Política, el Estado y el Derecho. El Mercado ya no se regulará solo por “sus propias leyes”.

Es cierto, sin embargo, que las Constituciones económicas liberales comienzan a declinar tempranamente en el último tercio del s. XIX por que la implantación y financiación de la Revolución industrial requería cada vez más de la colaboración del Estado, incluso convertido éste en empresario, sobre todo en la construcción de las grandes obras públicas. No pocas estatalizaciones y municipalizaciones de obras y servicios públicos se conocieron ya (correos, telecomunicaciones, ferrocarriles, gas, electricidad, etc.). Todo esto ya anticipaba la decadencia de la Constitución económica liberal (F. Galgano).

La experiencia *weimeriana* del período de entreguerras abre ya de par en par la puertas al constitucionalismo social con una noción solidaria de Constitución económica cuyo núcleo central ya no estaba constituido por la propiedad, la libertad económica y el contrato, sino por un conjunto de valores, principios que aseguran la cooperación y la solidaridad social para ayudar a los grupos más desfavorecidos, reequilibrar el poder entre capital y trabajo y conseguir un bienestar colectivo, legitimando para todo ello al Estado para programar y ejecutar políticas públicas adecuadas. Esta Constitución económica del Estado social es el resultado de una decisión global y consciente de la comunidad político-económica (Böhm, Eucken, Reich). Esto es muy importante, porque es así como se confiere plena legitimidad democrática a esta Constitución económica.

Se ha dicho que la Constitución económica, como expresión de valores metalegislativos vincula el contenido de las normas a la realización de la justicia material (Mengoni). Ahora la Economía pierde su autogobierno; su racionalidad económica ya es controlable por la Política, la Ética y el Derecho público. En palabras de Carl Schmitt, “todos los problemas sociales y económicos se transforman inmediatamente en problemas estatales y no hay nada que no sea potencialmente, al menos, estatal o político”. El orden económico y el orden político ya no están separados. Ya no existen esferas de la vida social sustraídas a la soberanía popular, zonas intangibles gobernadas por el mercado. No se dirá ya que “*le monde va de lui-même*”, sino de la mano del Estado social. Fin del *laissez faire*.

Ahora bien, como advierte Cantaro, se confunde quien piense que Estado social rechaza la racionalidad económica; solo su hegemonía. Lo que no se acepta es que una racionalidad económica y calculadora dejada de la mano del Estado, esto es, exenta de freno o *indirizzo* político, ético y social, tenga que aceptarse como paradigma del obrar humano y social, esto es, como ordenamiento común y general para regular la sociedad, controlar a los poderes públicos y administrar justicia._

A demostrar la fragilidad de esa racionalidad puramente economicista y calculadora y a desenmascarar el carácter metafísico de los principios del liberalismo dedicó Keynes su enorme talento. Él es tenido por el gran propiciador del consenso social-demócrata para mantener el capitalismo, sí, pero sujeto a racionalidad política, ética y social. En esto consistió el “paradigma keynesiano”: en el compromiso de compatibilizar la racionalidad económica con la político-social; el mercado y la libre competencia con la intervención pública y los derechos sociales; la creación de riqueza y su justa distribución social.

La misión histórica del constitucionalismo social es la de “acoger el conflicto” heredado de la época anterior entre el capitalismo liberal y los socialismos. De ahí el carácter tensionado y complejo del sistema de reglas de equilibrio interno típicas de las Constituciones económicas del Estado social. Son Constituciones pacticias y, por ello, plenamente democráticas (P. Font Oporto). Lo contrario sucede con el emergente neoconstitucionalismo económico ajeno a toda voluntad de pacto entre capitalismo y socialdemocracia (post-democracia).

[17] Pero es preciso descender de estas apreciaciones quizás demasiado generales o abstractas y detenernos en la sustancia material de la Constitución económica del Estado social. Sobre su pantalla podremos luego apreciar mejor los contrastes con el anunciado nuevo constitucionalismo económico neoliberal que se va imponiendo.

Tomaré como documento-base nuestra Constitución económica de 1978 por ser una de las más representativas del constitucionalismo social avanzado de nuestro entorno europeo occidental. Comenzaré, sin embargo, por hacer algunas breves acotaciones al propio concepto de Constitución económica que creo necesarias para comprender el alcance y relevancia de lo que en ella se establece.

A) Como concepto es uno de los menos pacíficos del Derecho constitucional. Para empezar se polemiza sobre la licitud de su empleo porque se temía que la Constitución económica ocasionara una fragmentación de la unidad jurídico-política de la Constitución estatal, única como tal, lo que supondría dejar fuera del control del Estado a la Economía. Aún no se ha pacificado del todo esta discusión que sostuvo en su origen en la doctrina alemana de entreguerras (*vid.* en G. Maestro Buelga).

Fue en Weimar donde se sitúa la génesis del concepto. Este origen explica su enorme carga político-social: J. Pérez Royo lo califica de “concepto de combate” político, sobre todo en la tremenda etapa histórica abierta por la Revolución bolchevique (1917) y la República de Weimar (1919). Sin embargo, fue en la segunda posguerra europea cuando el concepto se desarrolla sobre todo gracias al enorme esfuerzo de la doctrina jurídica alemana enmarcada en la Escuela del *ordoliberalismo* de Friburgo, cuna de la llamada “Economía Social de Mercado”.

La naturaleza altamente política del concepto de Constitución económica explica su función normativa: establecer un *sistema de relaciones jurídico-políticas entre Política, Economía y Derecho*. Este fue el mayor mérito de la Constitución de Weimar: abrir de par en par la Constitución política para dar entrada a las grandes cuestiones económicas y sociales que el liberalismo no quería ni podía resolver. Eso supuso una novedad histórica fenomenal respecto del constitucionalismo liberal que se abstuvo de regular las relaciones económicas y sociales.

B) Sucede, sin embargo, que la doctrina iuspublicística parece “atemorizarse” y, así, sortea la politización del concepto dándole un significado meramente descriptivo o formal, operando así la neutralización política e ideológica de la Constitución económica y, por tanto, enervando su alta función política y normativa.

Para esta concepción elástica o neutralista (acaso, mejor, neutralizadora) de la Constitución en sentido descriptivo o formal sería simplemente “el conjunto de normas de contenido económico y social establecidas en el texto constitucional vigente”; solo esto: sin que ningún principio político-jurídico de orden superior (como lo es la forma de Estado social) irradie esas normas ni siquiera en su interpretación. Más claro: serán las normas ordinarias en cada momento vigentes

las que establezcan el sistema económico y social que haya de imperar. No hay principios, ni modelos preestablecidos. La Constitución económica no consagra, pues, un sistema económico cerrado, sino flexible y abierto como corresponde –se alega– al carácter compromisorio de las constituciones europeas de posguerra.

En esta interpretación neutralista o elástica de la Constitución económica se vislumbra claramente el temor a que las Constituciones económicas de posguerra abrieran paso al socialismo por la puerta de la forma del Estado social. De aquí que se propugnara la desconexión de la Constitución económica respecto de la forma de Estado social: así, E. Forsthoff explica y propugna con cierta vehemencia argumentativa que el Estado social no constituye una forma concreta del Estado contemporáneo. Se niega a reconocerlo como concepto jurídico constitucional. Mantiene que Estado social no es jurídicamente constitucionalizable ni puede conformar sustancial o constitutivamente el Estado. Insiste Forsthoff en que la “cláusula del Estado social” solo legitima al Gobierno para emprender políticas sociales en ayuda de los más pobres y para subvenir a las necesidades colectivas. El Estado social es solo dispensador de asistencias sociales. Nada más.

Para la doctrina crítica, Forsthoff, después de haber elaborado una potente doctrina acerca del Estado social, teme que éste evolucione hacia el Estado socialista y lo desactiva políticamente; esto es, lo “administrativiza” (P. Font Oporto). Esta visión conservadora del Estado social propugnada por Forsthoff tendrá consecuencias determinantes para futuro del constitucionalismo social. Desde entonces se sabe “sentenciado” bien a desnaturalizarse o bien a desaparecer. He aquí la primera grieta por donde con el tiempo va a golpear el ariete de la racionalidad económica que inspira el neoconstitucionalismo económico.

El temor político de una posible evolución del constitucionalismo social hacia otro socialista se manifestó tempranamente en la jurisprudencia constitucional de la República Federal Alemana (*vid.* sentencia de 20 de julio de 1954) que declara la neutralidad político-económica de la Ley Fundamental de Bonn (1949). En la misma senda se posiciona 30 años más tarde el Tribunal Constitucional español (sentencia 1/1982):

nuestra Constitución económica no sanciona ni garantiza necesariamente un sistema económico único y determinado, sino que más bien permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajusten a los parámetros constitucionales; solo excluye aquellos programas de gobierno que sean contradictorios con éstos.

Observa Maestro Buelga que esta concepción neutralista de la Constitución económica produce efectos perversos en la desnaturalización del constitucionalismo

social y su involución hacia el neoconstitucionalismo económico que se inicia en la década de los años 80^a del pasado siglo. Ahora bien, el carácter pacticio de las Constituciones económicas del Estado social no significa que sean en tal grado neutrales o abiertas como para legitimar la desnaturalización de sus principios y valores superiores. Al final, la pretendida neutralidad constitucional acaba diluyendo el sistema de relación entre Política, Economía y Derecho que es, como dije, la fundamental función normativa de la Constitución económica.

C) En contraste con el concepto formal y neutralista de Constitución económica, el concepto sustancialista “remite a un modelo constitucionalmente recibido que actúa con función normativa, esto es, disciplinando y dotando de coherencia a las normas económicas y sociales” (Maestro Buelga); tanto las establecidas en la Constitución formal como en la Constitución material: de tal modo que toda la Constitución económica es en sí una misma “vértebra” del entero sistema jurídico de Estado.

Esta concepción sustancialista de la Constitución económica (que ya apareció en el debate weimeriano) rebrota con fuerza y éxito en la segunda posguerra y tiene como referencia principal la llamada corriente ordoliberal de la Escuela de Friburgo. Si en el debate suscitado en Weimar se vinculaba la Constitución económica a la forma del Estado social, en Friburgo el modelo de referencia es la Economía social de mercado dentro de cuyo sistema habían de encontrar sentido y aplicación todas las normas que regulan la economía. De los dos modelos de ordenación de la economía –el centralizado o estatalizado y el de mercado– es solo éste el que se acomoda a los principios del Estado social y democrático de Derecho. La mayor aportación que hace el ordoliberalismo es conceder al Estado un papel fundamental en la ordenación de la economía que ya se concibe, en contraste con el liberalismo, como un problema político, es más, un problema constitucional. Bien entendido que en este sistema el centro es el mercado; pero ese centro ya no se abandona a sus propias leyes reguladoras, sino que superando la concepción iusnaturalista y liberal, es objeto de protección y regulación por el Estado que vela por su buen funcionamiento (así, la legislación protectora de la libre competencia).

En coherencia con la centralidad del mercado y la libertad de empresa, el sistema de Economía social de mercado propuesto por el ordoliberalismo no asume mayores compromisos ni con el empleo y ni con la distribución de la renta. Los avances en estas cuestiones tan nuclearmente sociales se remiten al funcionamiento eficiente del mercado. Tampoco el ordoliberalismo se llevaba bien con los sindicatos considerados como agentes limitadores de la competencia y, por tanto, obstaculizadores del buen funcionamiento del mercado. La ordoliberal Friburgo al conceder la primacía

al mercado y la libre competencia se separa de la socialdemócrata Weimar en la que el trabajo era parte sustancial del Estado social (Maestro Buelga).

Es bien conocida la atención que la Revista de Fomento Social ha dedicado al sistema de Economía social de mercado en un reciente artículo editorial de su núm. 265 (marzo de 2012) con ocasión de una reflexión amplia y profunda de un documento de la Comisión de los episcopados católicos de la UE (COMECE) (*“Una comunidad europea de solidaridad y responsabilidad”*) en el que los obispos reflexionan sobre el objetivo del Tratado de la UE (Lisboa, 2007) de establecer “una economía social de mercado altamente competitiva”. La oportunidad de remitir a este artículo–editorial a cuantos puedan estar interesados en profundizar en el sistema Economía social de mercado me permite dar un salto y ponerles a Vdes. delante de la Constitución económica española de 1978.

Es oportuno, sin embargo, señalar aquí que el pensamiento económico ordoliberal, más conocido como el de la Economía social de mercado ha tenido una influencia determinante en el constitucionalismo europeo de segunda posguerra y, más acusadamente, en la configuración del sistema económico de la UE desde sus orígenes.

[18] La vigente Constitución económica española se alinea en el llamado constitucionalismo social tardío de los pasados años 1970 junto la Constitución portuguesa de 1976 y la griega de 1975, todas ellas promulgadas en esos años una vez sucumbidas las largas dictaduras que sufrieron durante decenios precedentes. Formalmente, como viene proclamado en su art. 1. 1, la española es una Constitución del Estado social y democrático de Derecho. Pero esta definición constitucional de España como Estado no aclara del todo lo que somos o, mucho mejor, lo que debemos llegar a ser en marcha histórica. La cincelada fórmula constitutiva del Estado español envuelve uno de los conceptos jurídico políticos más complejos y controvertidos del último siglo. La misma noción de Estado social está lejos de tener un solo significado. Esa complejidad no es menor en cuanto a determinar cuál deba ser el sistema económico del Estado social y democrático de Derecho que es cuestión que aquí más nos interesa. Pero, al menos, cabe extraer algunas conclusiones generales al respecto:

A) La constitucionalización formal del principio del Estado social en el frontispicio de la CE (art. 1. 1) expresa voluntad de la nación española de construir y desarrollar un sistema económico compromisorio entre las fuerzas económicas enfrentadas, esto es, el capital y el trabajo; entre el mercado, la libre competencia y los derechos sociales; resultando el Estado obligado a intervenir para resolver ese conflicto.

Nuestra Constitución tiene un doble compromiso inestable: el compromiso con el mantenimiento de la economía capitalista centrada en el mercado y la libre competencia (vínculo económico) y el compromiso de hacer valer el llamado vínculo social y público en la economía mediante la intervención proactiva del Estado (derechos sindicales y sociales, políticas sociales y mecanismos de defensa del interés general). La nuestra es una Constitución económica tensionada por esos dos vínculos tan aparente como realmente enfrentados, pero que, en cuanto constitucionalizados, tienen necesariamente que compatibilizarse.

B) La cuestión que más interesa es saber cómo se han conciliado en nuestra Constitución el Estado social y la economía de mercado; esto es, la racionalidad social y la racionalidad económica. La respuesta no puede ser unívoca, porque habría que distinguir entre lo que proclama la Constitución formal y lo que realmente desarrolla en cada momento la legislación ordinaria y la acción de Gobierno y de la Administración pública (Constitución material). Nuestra Constitución formal refleja claramente el espíritu del consenso socialdemócrata o keynesiano de posguerra: de un lado, el Estado social (razón social) (art. 1.1) y, de otro, la economía de mercado (razón económica) (art. 38). Pero es preciso indagar más de cerca los términos de esa conciliación de racionalidades y modelos socioeconómicos diferenciados. No siempre en los acuerdos las partes ganan lo mismo, sobre todo cuando sus fuerzas o posiciones son dispares. Veamos:

– La Constitución se abre con un Preámbulo prometedor: en él se habla de la “ciudad de las maravillas”; de la justicia, la libertad, el bien común, el orden económico y social justo, la digna calidad de vida y, en fin, de una sociedad democrática avanzada.

– Con este hermoso horizonte, expresivo del anhelo constitucional de un orden político, social y jurídico más libre y justo, el art. 1.1 proclama el establecimiento formal del Estado social, pero con la particularidad de que, a continuación, el art. 9.2 vincula esta forma de Estado a la Constitución económica material para garantizar así, en contraste con lo sucedido en el Estado liberal, que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se insertan serán reales y efectivas, y no meramente formales, asegurando así su disfrute en plenitud.

– El arranque “socializante” de nuestra Constitución es espectacular: el art. 1.1 y su “turbo” particular, el art. 9.2, constitucionalizan formalmente el núcleo del *vínculo social* de la Constitución económica; esto es, la racionalidad social del sistema económico constitucional.

– Aún más, el importante y audaz art.9.2 obliga a los poderes públicos a materializar real y efectivamente ese “vínculo social” con las políticas económicas y sociales diseñadas en el Capítulo III del Título I (“*De los principios rectores de la política social y económica*”, arts. 39 a 52) y de conformidad con las atribuciones y pautas establecidas en el Título VII (“*Economía y Hacienda*”, arts. 128 a 131): aquí están las bases y directrices de la llamada Constitución económica material que los poderes públicos está obligados a programar y ejecutar, si bien esta obligación y esta responsabilidad solo se impone como criterio político y, por tanto, sin garantizar su efectivo cumplimiento a los poderes públicos (Pablo Font Oporto).

– De forma más discreta y sobria, pero con igual relevancia y eficacia jurídicas, se constitucionaliza el “vínculo económico” de la Constitución económica (su racionalidad económica); a saber: “*la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*” (art. 38). Ahora sí se obliga jurídicamente a todos los poderes públicos a su respeto y garantía, por cuanto el derecho-libertad de empresa goza de especial protección en la Constitución (vid. art.53.1: “contenido esencial”). La centralidad del mercado y la libre empresa en nuestra Constitución económica es inapelable y con ello la de la racionalidad económica.

– De esta manera, la tensión entre el vínculo social y el económico –es decir, entre Estado social y Mercado– se resuelve en favor de este, porque la superior y más eficaz tutela jurídica de la libertad de empresa y la economía de mercado (racionalidad económica inherente al vínculo económico de nuestra Constitución) confiere al sistema económico constitucional una *elasticidad* tan acusada como para consentir, sin mayores reparos de nuestro Tribunal constitucional y de nuestro Consejo de Estado, políticas económicas y sociales extrañas o adversas al Estado social. Por eso se ha procedido sin sobresalto institucional alguno a la reforma exprés del art. 135 para introducir la llamada “regla de oro” de la estabilidad financiera. Se ha dicho con autoridad y audacia que este principio, tal como se ha establecido supone un claro bloqueo del “vínculo social” de la Constitución económica, facilita el despliegue unilateral de la racionalidad económica y maniatada la acción política, todo ello con desprecio de la democracia. Ya tempranamente nuestro Tribunal Constitucional avaló de esta elasticidad de la Constitución económica (Sentencia 1/1982) al declarar que ésta no garantiza ni sanciona un solo sistema económico, sino que dentro de los límites constitucionales cabe el funcionamiento de todos los sistemas. La cuestión es que el único límite fijamente establecido y jurídicamente protegido es el de la economía de mercado, la libertad de empresa y la libre competencia. En estas condiciones el “vínculo social” de la Constitución se disuelve en su propia *elasticidad*, con el aval de nuestro Tribunal constitucional.

– Es por ahí por donde los representantes de los mercados y sus aliados políticos europeos nos han “colado” de forma tan fácil y antidemocrática la mencionada “regla de oro” del principio de estabilidad financiera que en buena parte enerva la racionalidad social que abanderan el art. 1.1 y 9.2 de la CE. Este es el “certificado de defunción” del constitucionalismo social español. No son pocos los que piensan que, *de facto*, ya estamos en el inicio de una nueva etapa post-constitucional. La Constitución económica de 1978 en este momento está ausente en la vida de los ciudadanos españoles. Unos lo aplauden sin escrúpulos; otros sienten nostalgia; y no son pocos los que avizoran y desean un horizonte nuevo y se aprestan animosos a tantear “caminos de comunión” convencidos de que hacer historia es, como pensaba Croce, liberarnos de un tiempo que, aunque presente, merece ser pasado.

– Sucede, sin embargo, por ironía de la historia, que es el pasado el que otra vez se hace presente y el que además se prevé como futuro. ¿Un futuro que regresa al pasado? ¿Cabe pensar que esto tiene futuro? No otra cosa que ésta es la “revancha del mercado” que ya está perpetrando el nuevo constitucionalismo económico. Veamos.

5. El nuevo constitucionalismo económico: La “revancha del mercado”

[19] He tratado de trasladar, aun de forma muy elemental, una idea más o menos precisa de lo que supone el nuevo constitucionalismo económico que, de modo creciente, intenta batir en retirada lo que queda de constitucionalismo social en nuestra Carta magna. En realidad, basta con una atenta observación de lo que en los últimos años nos ha venido sucediendo en nuestra realidad económica y en nuestra vida social. Todos podemos aportar una experiencia, una observación, una inquietud, una denuncia, un prisma para caracterizar este nuevo constitucionalismo económico como fenómeno cultural y político, y como nueva reglamentación de las relaciones económicas y sociales.

Aquí, en esta ponencia, cabría decir que se trata de un replanteamiento o reorientación del sistema de economía de mercado tal como se consagra y contempla en la Constitución Económica del Estado social, en el sentido de establecer y garantizar la primacía constitucional del ordenamiento de la economía mercado como racionalidad normativa, frente a las políticas sociales y las exigencias éticas propias del constitucionalismo social. El valor constitucional del libre mercado y la

eficiencia económica serían, así, indisponibles o intangibles por el poder político democrático. ¡Esto suena a Maastricht! Este nuevo constitucionalismo económico toma cuerpo, primeramente, en continuos cambios en el amplio tejido normativo que conforma la llamada Constitución económica material. Pero también, finalmente, exige introducir reformas en el texto de la Constitución formal –como las relativas a las cláusulas para limitar el gasto público, para asegurar el equilibrio fiscal, para introducir límites automáticos y cuantitativos a decisiones presupuestarias del Gobierno y del Parlamento (art. 135 CE), etc. A través de cláusulas económicas como estas se limita inevitablemente la discrecionalidad de la Política: los representantes del pueblo están ya de antemano amordazados y maniatados. Todo esto comenzó en Maastricht (1992).

Apuntaré solo lo fundamental del aludido cambio de orientación constitucional:

A) La Constitución económica del Estado social acoge a las personas en su circunstancia de necesidad asistencial; y acoge, es más, a los grupos en los que éstas se inserten (discapacitados, menores en riesgo de exclusión, mayores sin recursos, personas sin techo, etc.). Reluce en ella el principio del humanismo o personalismo solidario. El constitucionalismo social –dirá Hermann Heller– parte de la idea de que “el hombre concreto vive en situaciones naturales y culturales que le vinculan (...) con el sentimiento y la voluntad a su ambiente, a su familia, a la educación, religión, nación, clase, partido.....”. En otras palabras: el constitucionalismo social afronta el conflicto entre capital y trabajo, entre mercado e intervención pública en la economía, entre Economía y Política, entre las razones del mercado y las de la sociedad civil; esto es, el constitucionalismo social baja a la realidad social y se faja con ella para establecer pautas y cauces de solución del conflicto político-social de un modo justo y con procedimientos democráticos. Esta es la función primordial de la Constituciones sociales en Estados pluriclase y con ciudadanos desiguales: “resolver el conflicto social en favor de la justicia y la democracia” (Böhm).

B) En sentido opuesto, el neoconstitucionalismo económico solo mira por las razones de la economía y precluye las razones de la sociedad y de las personas. Su norte no es otro que el cálculo económico y la máxima eficiencia del funcionamiento del mercado libre, esto es, la competitividad relativizando los límites éticos, sociales y ecológicos. Esta sería su decisión política y ética fundamental. Keynes la calificó como el “incubo contable”. Lo inquietante es que Keynes se refería a la obsesión calculadora como residuo del “siglo liberal”, en tanto que ahora ese residuo es el que se impone como “decisión política fundamental” de la nueva Constitución económica de los Estados post-nacionales y también –como veremos– de la Unión Europea en el siglo XXI.

[20] ¿Cuáles son las causas de este retroceso histórico? ¿Por qué el presente en vez de liberarse del pasado para avanzar se encadena a él? No es preciso resaltar que la crisis del constitucionalismo social es consecuencia del declive del Estado social. Aun no siendo éste el tema de esta ponencia, es insoslayable apuntar al menos algunas causas que estimo más relevantes de este “camino de regresión y servidumbre” que traza el neoconstitucionalismo económico :

No es preciso abundar más en las causas de naturaleza ética. Solo añadiría que estas no pueden entenderse sin calibrar la baja o pobre subjetividad moral de los sujetos del cambio de modelo constitucional. Empecemos por el *subiecto*; no lo/nos desresponsabilicemos.

En el plano objetivo, es bien conocido que las causas del declive del Estado social son múltiples y complejas. Señalaré solo tres significativas y comúnmente admitidas por los estudiosos del tema:

a) La primera es bien conocida: Es opinión común que el cambio se inicia en 1971 a raíz de la decisión del Gobierno USA de desvincular el dólar del patrón oro como sistema de cambios fijos. Se impuso así un sistema de liberalismo financiero internacional que aboca en la creación de un mercado incontrolable de capitales. En esta situación los Estados pierden su soberanía monetaria y fiscal que se traslada a los mercados financieros. Sucumben así los acuerdos de *Brenton Woods* (1944) que establecieron las bases y presupuestos de orden internacional que sirvieron de base para el desarrollo del Estado de bienestar en occidente. Fue el fin del llamado “capitalismo embridado” que había permitido a cada país financiar sus políticas de desarrollo económico y social participando con cierta autonomía en los mercados financieros internacionales dentro de un marco de estabilidad monetaria.

b) El segundo factor de cambio se refiere a la crisis del modelo fordista de producción y consumo que sirvió de base económica para el desarrollo de Estado social: esto es, el conocido “círculo virtuoso” keynesiano caracterizado por la creciente producción industrial en masa, la mayor productividad basada en una economía de escala, el incremento de rentas de las personas y de beneficios de las empresas, mayores salarios de los trabajadores, mayores inversiones y cotas próximas al pleno empleo. Esto se vino abajo por un conjunto de causas complejas y acaso entre ellas por razones de fondo político y ético.

c) La ruptura del “círculo virtuoso” da paso a la emergencia del “círculo vicioso” antikeynesiano. A causa de la dificultad en acceder en condiciones asequibles al crédito financiero: disminuye la inversión; decrecen la producción, los beneficios

empresariales, las rentas de capital, los salarios, el empleo y el consumo. En estas condiciones el Estado social ingresa menos y se endeuda excesivamente para hacer frente al sobregasto en prestaciones asistenciales, de desempleo, etc.

[21] Los mercados financieros desconfían de los gobiernos con sistemas económicos propios del Estado social y les imponen condiciones leoninas para financiarse. Inmediatamente los programas sociales se reducen y los derechos sociales quedan suspendidos. En estas condiciones, el espíritu del Estado social se apaga: retrocede la ética solidaria y la igualitaria, el humanismo y, así, en este tiempo frío y crepuscular se arrían las banderas de la justicia social izadas con el esfuerzo de tantas generaciones desde Weimar. En su lugar se izan por doquier estandartes del mercado. Se ha consumado la revancha. Pero el mercado no nos ha “liberado” del pasado: nos lo ha “hurtado”. El regreso al mercado no hace historia, sino “contrahistoria”. Croce tiene razón.

[22] Sin embargo, la instauración del constitucionalismo económico no encuentra como única explicación el declive del Estado social. Hay otra causa que resulta insoslayable: la globalización económica.

Maestro Buelga lo explica con lucidez: “La mayor erosión de la Constitución económica del Estado social proviene de la serie de transformaciones que la globalización –el postfordismo– inflinge a esta forma de Estado: este nuevo modelo de Estado postfordista carece de capacidad política para tomar decisiones soberanas en el ámbito de la economía globalizada. Se rompe la relación entre Estado, Política y Economía. El Estado postfordista, en materia económica, es impotente”. En estas condiciones quiebra la Constitución económica como norma fundamental del Estado que establece la definición pública del sistema económico: solo podrá sobrevivir a costa de su subordinación pública a los mercados globalizados”.

Me adhiero a quienes piensan que el proceso globalizador tiene un marcado carácter ideológico: el modelo actual de globalización responde a un proyecto político que persigue la acumulación capitalista en la fase postfordista tendente a imponer la organización capitalista de la sociedad y la política.

[23] Ahora bien, esta estrategia política requiere, paradójicamente, la intervención pública: pero ahora se trata de una intervención al servicio de la desregulación de todo aquello que siendo propio del Estado social pueda obstaculizar el desarrollo de la nueva estrategia acumuladora. La desregulación que ahora se predica exige la colaboración reguladora del Estado, pero ahora con otra cultura, otra racionalidad reguladora muy diferente a la racionalidad social y ética del Estado

social. En el nuevo constitucionalismo económico el modelo de “Estado regulador” ya no interviene en la dirección de la economía, sino que se limita a establecer reglas para velar por el funcionamiento eficiente de la economía de mercado y por tanto de la libre competencia.

Se ha dicho que, en realidad, este modelo Estado regulador no es ninguna novedad. Se corresponde con el modelo de Estado que ya proponía el *ordoliberalismo* de la escuela de la Economía social de mercado de Friburgo: esta doctrina propugna la centralidad del mercado, de modo que la intervención pública en la economía se ha de limitar a garantizar su autonomía y el buen funcionamiento del sistema de libre competencia. Significa esto que la tutela del mercado (– entendido como una forma de organización de la sociedad–) funciona como límite al *indirizo* político del gobierno (M. Passaro). En suma, en el modelo de Estado regulador se rechaza la intervención política en la economía de mercado, lo que significa que el Estado está en posición subalterna respecto al mercado

[24] Es bien conocido que el instrumento de intervención más emblemático del Estado regulador es, sin duda, el de las Autoridades Independientes, esto es, los organismos reguladores de la actividad económica general o sectorial. Se ha dicho que son el auténtico paradigma del Estado regulador. Simbolizan el tránsito del constitucionalismo social al neoconstitucionalismo económico. En fin, el modelo de *Estado regulador* es la expresión del paradigma impuesto por la globalización en el sistema de relaciones entre Estado y Economía. El Mercado, su funcionamiento autónomo, desbanca a la Política (G. Maestro Buelga).

[25] Pues bien, finalmente, hete aquí que es este conjunto de rasgos del nuevo constitucionalismo económico ha servido de inspiración para la construcción de la “Constitución económica europea”. Veamos someramente las líneas generales que G. Maestro Buelga traza con claridad:

Si bien es cierto que no cabe hablar de “Constitución europea” en sentido propiamente político y formal, sí es aceptable hablar de Constitución económica en sentido material formada por el ordenamiento europeo que se construye tomando la economía como fuente de irradiación. Es comúnmente reconocida la fuerte inspiración del pensamiento ordoliberal de la Escuela de Friburgo en la creación de la CEE. Hay que reconocer que la “Constitución económica europea” tiene como modelo de referencia doctrinal la Economía social de mercado.

Sin embargo, la eclosión del pensamiento neoliberal en la década de los años 90 y su fuerte incidencia en la reforma del Tratado de Roma –me refiero singular-

mente el de Maastricht– abrió el debate acerca del modelo de constitucionalismo resultante de las reformas. Tres posturas al respecto: a) para unos, la Constitución económica europea sigue respondiendo a la doctrina de la Economía social de mercado de Friburgo; b) para otros, Maastricht con su propuesta neoliberal –de clara inspiración hayekiana– ha hecho girar la Constitución económica europea hacia la racionalidad económico–eficientista de todas las políticas; c) otros, en cambio, subrayan la neutralidad constitucional del ordenamiento comunitario y rechazan la rígida subordinación de todas las políticas al mercado.

Al decantarse las ideas de este debate queda una opinión mayoritaria: el modelo de referencia de la Constitución económica europea es el ordoliberalismo, esto es, el de la Economía social de mercado. Es más en la evolución de los Tratados se ha recuperado las formulaciones originales de la Escuela de Friburgo (vid. el art. 3.3 Tratado de Lisboa de 2007). Ahora bien, conviene advertir que el modelo de constitucionalismo de la Economía social de mercado no siempre es compatible con el constitucionalismo del Estado social. Merece la pena una breve aproximación al tema:

a) El Tratado de Roma (1957) constitucionaliza claramente el sistema de economía de mercado: su sello inconfundible es el establecimiento de las cuatro libertades económicas básicas todas al servicio de la libre competencia como motor del mercado. Es claro que los padres de la CEE bebieron directamente de la fuente doctrinal de la Economía social de mercado: así lo revelan los instrumentos públicos de intervención en sectores como la agricultura donde la lógica del mercado quedaba y aún queda relegada.

b) El Acta Única Europea (1986), como también posteriormente el Tratado de Amsterdam (1997) someten la Constitución económica europea a una gran tensión interna al establecer principios contradictorios con los originales de Roma (economía de mercado): El Acta Única introduce el principio y las políticas de cohesión económica y social. Con ello se legitima el intervencionismo y dirección política de la economía. Se produce un giro de aproximación parcial hacia el constitucionalismo social en la línea de la Economía social de mercado.

c) El Tratado de Maastricht (1992) supone un golpe de timón hacia el neoconstitucionalismo económico que abre una nueva fase de la construcción europea dominada por la centralidad de la política monetaria y con el instrumento–“ganzúa” del euro. Todas las políticas nacionales y comunitarias se funcionalizan ya plenamente en orden a la unificación monetaria. A partir de entonces tanto las políticas nacionales como las europeas se subordinarán al sacro–principio de estabilidad monetaria.

Las más importantes políticas económicas (monetaria, fiscal, presupuestaria) se remiten a Autoridades Centrales e Independientes que son los nuevos soberanos de Europa y de sus ciudadanos. La estabilidad económica y la disciplina fiscal se imponen como la nueva Constitución material de la UE.

d) El Tratado de Amsterdam (1997) introduce como novedad una nueva definición de objetivos de la UE que permite pensar en un cierto “guiño al constitucionalismo social al sancionarse el principio de neutralidad de los Tratados, sobre todo en determinadas materias significativas. Lo llamativo del Tratado de Amsterdam estriba en que en la nueva definición de los objetivos de la UE no se establecen prioridades, como tampoco en los instrumentos a emplear. Además se amplían los ámbitos de intervención comunitaria en cuestiones sociales, de empleo y de ciertas formas de intervención para la cohesión social. Con ello se impulsan mecanismos de integración positiva y no solo de integración negativa como en Maastricht.

Es verdad que con Amsterdam cobra viabilidad el principio de solidaridad (art. 16), pero no lo suficiente como para acreditar que la cohesión social suponga un límite al mercado, ni que la lógica de éste deje ser la dominante. En el fondo el Tratado de Amsterdam no es neutral. Tampoco el Tratado de Niza. Es cierto que el Tratado de Ámsterdam incorpora referencias a los derechos sociales, pero en modo alguno se trata de una consagración de estos derechos. Se trata solo de normas de coordinación entre la Comunidad europea y los Estados miembros en esta materia. No existe aún en la UE un Ordenamiento sociolaboral. Esto prueba la desvinculación de la Constitución económica material de la UE respecto del constitucionalismo social. En todo caso, como línea de principio, los derechos sociales estarían subordinados al objetivo prioritario de la competitividad.

e) Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales (2000, pero vinculante desde 2009) integra con “el mismo valor jurídico que los Tratados” (art. 6.1 Tratado de Lisboa) el sistema económico–constitucional europeo reorientándolo con voluntad de concreción en sujetos–personas (no ya “individuos”) y en situaciones reales y responsabilidades históricas frente a la “comunidad humana y las generaciones futuras”– hacia un constitucionalismo de las personas y de las necesidades. Así lo proclama en su Preámbulo: “La Unión al instituir la ciudadanía y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación” (S. Rodotà).

f) Finalmente, el Tratado de Lisboa (2007), así como el frustrado Tratado de Constitución para Europa (2005), recogen expresamente la formulación de un concreto sistema económico; a saber: la “economía social de mercado altamente competitiva”

(vid. respectivamente arts. 3.3 y 1-3.3). La novedad y el carácter híbrido de su formulación ha dividido a los intérpretes: unos piensan que en el Tratado de Lisboa prima la racionalidad social frente a la económica y, por consiguiente, se posiciona en la senda del constitucionalismo social o, cuando menos, en la del primer ordoliberalismo; otros, en cambio, piensan que esta fórmula híbrida solo viene, en realidad, a decorar una Constitución económica escasamente comprometida con la racionalidad social, de ahí su escepticismo respecto a su función normativa.

La explicación de esta llamativa formulación jurídica (“economía social de mercado altamente competitiva”), en opinión de Maestro Buelga, parece ser consecuencia de los debates internos del Grupo de trabajo que redactó sendos proyectos de Tratado: de un lado, el Grupo de la Europa social apostó por la formulación expresa del sistema de economía social de mercado en la integración europea; de otro, el Grupo para la Gobernanza Europea banalizaba dicha formulación como mero brindis al sol que solo venía a aplacar a la ciudadanía europea muy enfadada por los continuos excesos de políticas neoliberales. Pero, “por si acaso” esta formulación pudiera dar alas a la racionalidad social del sistema económico europeo, este Grupo logra frenar o complicar esta posibilidad mediante la compleja integración de una especie de cuña o contra-fórmula de clara racionalidad económica relativa a la alta competitividad del sistema (“economía social altamente competitiva”).

Ciertamente se ha optado por una formulación compleja, de carácter pacticio, jalonada por dos principios inicialmente contrapuestos; a saber, el de socialidad (razón social) y el de competitividad (razón económica). Ambos principios cumplen la función normativa de establecer, uno respecto del otro, contenidos y límites de las políticas inspiradas en esa doble racionalidad. Significa esto que las políticas de fomento y de defensa de la productividad o competitividad de la economía de mercado no puede asfixiar las políticas sociales; como, a la inversa, tampoco las políticas sociales pueden obstaculizar las de fomento de la competitividad. Pero no se trata solo de una cuestión de límites y de equilibrios entre principios enfrentados y políticas contrapuestas, sino también, más ambiciosamente, de una exigencia normativa de integración recíproca de fines y contenidos de ambos principios y ambas políticas: las políticas sociales deben asumir e integrar como propios los fines y contenidos de las políticas de competitividad y, a la inversa, las de competitividad deben asumir e integrar como propios los fines y contenidos de carácter social. Ahora bien, esta recíproca integración política y ética de racionalidades y políticas contrapuestas llamadas a conciliarse solo será posible si se dan las condiciones de base para que la democracia política y económica sancione y garantice ese hermanamiento ético y político entre competitividad económica y

justicia social. Sin democracia política y económica la construcción de Europa y de su sistema de economía social de mercado altamente competitiva será solo mera retórica, alimentando así la decepción de la ciudadanía. Hoy por hoy esta es la mayor debilidad del sistema económico europeo, tan huérfano de democracia y tan desajustado socialmente (cfr. el editorial del CONSEJO DE REDACCIÓN (2012) “Un sistema de economía social para Europa”).

[26] Conclusión: los sucesivos Tratados europeos establecen una Constitución económica en sentido formal que se completa con el abundante Derecho derivado. Tomando en consideración todos sus elementos me adhiero a la opinión mayoritaria según la cual el modelo de referencia de la Constitución Económica Europea es el de la Economía social de mercado formulado por la Escuela de Friburgo. Siguiendo a G. Maestro Buelga esta conclusión se basa, además de en su constitucionalización formal introducida en el art. 3.3 del Tratado de Lisboa, en los siguientes elementos fundamentales: a) centralidad del mercado y su autonomía normativa; b) intervención pública de coyuntura; c) cierta intervención en materia social, siempre subordinada a la competitividad económica; d) libre competencia como principalísima regla de mercado, acompañada de ciertas excepciones en tutela de ciertos intereses públicos, sociales o colectivos; y e) acogida del modelo de Estado regulador.

Si consideramos estos postulados típicos de la Economía social de mercado parece que la Constitución económica de la UE se caracteriza por ocupar una firme posición de equilibrio en el tenso combate entre el constitucionalismo social y el neoconstitucionalismo económico con vistas a construir un mundo mejor dentro y fuera de una comunidad de solidaridad y responsabilidad, como reclama la Comisión de los Episcopados Católicos de la UE (COMECE) en el documento ya aludido. Esperemos que esta apuesta europea por la racionalidad social venga a sostener el constitucionalismo social (constitucionalismo–post) para no ser fagocitada por la más poderosa racionalidad económica del constitucionalismo–neo tan presente en el Tratado de la UE. ¿Podrá esta vez David vencer a Goliat?

6. Hacia un nuevo constitucionalismo de las necesidades de las personas y de los pueblos

[27] En el cambio de época (no sólo época de cambios) que supone el fenómeno de la globalización quizás no lleguen a ser estos sujetos históricos las instancias de poder que protagonicen el nuevo constitucionalismo universalista que desde

muchos lugares sociales del mundo se reclama ya con insistencia: ni el David del Estado social, ni el Goliat del Mercado. ¿Acaso no son visibles los signos y audibles las voces de una inmensa marea de personas, muchas privadas de su misma humanidad, que reunidas en una nueva conciencia colectiva y global de “familia humana” claman contra el injusto sufrimiento social que causa la creciente e indignante desigualdad y reivindican un nuevo constitucionalismo sustentado en la dignidad de la persona y en sus necesidades?

Es preciso, como nos ha recordado Ronald Dworkin, que los derechos de las personas sean “tomados en serio”, entre ellos también el “derecho a tener derechos” (S. RODOTÀ); de modo que los derechos sociales no sean vistos o tratados como un elemento de desorden “en un mundo que sin ellos sería gobernado con más armonía”, tal como lo percibe la racionalidad económica precisamente porque la racionalidad humanitaria y social propugna otro modelo de globalización distinto al actual: una globalización de los derechos fundamentales y sociales regido por un constitucionalismo universalista.

En el mundo globalizado de hoy la histórica apelación *jheringiana* a la “lucha por el Derecho” se conjuga como “lucha por los derechos” (S. Rodotà). Es así como se expresa la racionalidad social y humanitaria del *constitucionalismo de las necesidades* que no pocos anhelan como “signo de contradicción y de esperanza” para una humanidad que sufre y espera. Lo que la humanidad espera de los gobernantes y legisladores es –en palabras del Papa Francisco al Parlamento europeo– que se responsabilicen con la gran misión a la que están llamados: “Preocuparse de la fragilidad de los pueblos y de las personas en medio de un modelo funcionalista y privatista que conduce inexorablemente a la “cultura del descarte” (...); hacerse cargo del presente en su situación más marginal y angustiante, y dotarlo de dignidad”.

Resuena en las palabras de Francisco el empeñado impulso renovador acometido por la Unión Europea en el año 2000 con la proclamación de la *Carta de los Derechos Fundamentales* en la que se rediseñan los principios y valores fundacionales del sistema constitucional europeo: la dignidad humana de la persona, la libertad y seguridad, la igualdad y la solidaridad. Si esta es la “roca granítica” sobre la que la Unión Europea se construye, también los derechos sociales –que participan igualmente de la *indivisibilidad* de los derechos fundamentales– se sustentan en una estructura fuerte (no son “derechos débiles” o infrajerarquizados) y no pueden dejarse al albur de los mercados, ni a la discrecionalidad de los jueces. ¿No constituye esto una nueva sistemática jurídicamente fundada y fundante para alentar la propuesta de un nuevo *constitucionalismo de las personas y de las necesidades*?

7. Bibliografía

ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. Y DOEHRING, K. (1986) *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

BARCELONA, P. Y CANTARO, A. (1987) "Lo Stato Sociale tra crisi e ristrutturazione", ponencia en el Congreso Mundial Vasco (inédito).

CANTARO, A. (1997) "El declive de la Constitución económica del Estado Social", en GARCÍA HERRERA, M. Á. (dir.) *El constitucionalismo en la crisis del Estado Social*, Universidad del País Vasco, 153-178.

COCOZZA, F. (1992) "Riflessioni sulla nozione de Costituzione Economica": *Il Diritto dell'economia*, núm. 1.

CONSEJO DE REDACCIÓN (2011) "Vivir de otra manera. Una ética para la sostenibilidad": *Revista de Fomento Social*, 66, pp. 5-26.

— "Un sistema de economía social de mercado para Europa", *Revista de Fomento Social*, 67, 5-29.

DWORKIN, R. (1995) *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel.

FONT OPORTO, P. (2012) "Ruptura del consenso socialdemócrata y crisis del modelo de Estado", *Revista de Fomento Social*, 67, 211-250.

— (2013) "El artículo 9.2 CE, entre el valor igualdad y el Estado social. Estudio histórico y sistemático", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 16.

— (2006) "Materiales para el estudio del concepto del Estado social en el marco de una investigación sobre el artículo 9.2 de la Constitución española de 1978" (inédito).

GALGANO, F. (1999) *El gobierno de la sociedad global*. Lección magistral en el acto de investidura de Doctor *honoris causa* de la Universidad de Sevilla, Sevilla.

JUDT, T. (2010) *Algo va mal*, Madrid, Taurus

MAESTRO BUELGA, G. (2002) "Constitución económica e integración europea", *Revista de Derecho Político*, núm. 54, 35-111.

— (2000) “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, 123–154.

— (2007) “Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, 227, 43–73.

— “El Tratado de Lisboa y la Constitución económica”: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 9, 37–68.

— “Constitución económica y modelo social europeo”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho*, nº 15, 49–82.

MICCU, R. (1996) “Economia e Costituzione, una lettura della cultura giuspublicistica tedesca”, *Quaderni del Pluralismo*, núm. 1.

PECES-BARBA, G. (2001) “La importancia y el valor del Derecho”, <http://www.abc.es/hemeroteca/historica-19.03.2001>.

REICH, N. (1985) *Mercado y Derecho*, Barcelona, Ariel.

RODOTÀ, S. (2014) *El derecho a tener derechos*, Madrid, Trotta.

SOTELO, I. (2010) *El Estado Social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid, Trotta.