

# NEOCONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO FRENTE AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Agustín Menéndez

*Universidad de León*

## INTRODUCCIÓN

**E**s bien sabido que «neoconstitucionalistas» y «constitucionalistas democráticos» han debatido con notable intensidad acerca de cuál sea la concepción del derecho (y de constitución) con la que hayamos de afrontar la tarea de reconstruir, interpretar y aplicar las normas jurídicas. Este breve artículo se orienta a contribuir a ese debate mediante la «proyección» del mismo al derecho de la Unión Europea. Lo que sigue es en buena medida una defensa de la posición «legalista», caracterizada aquí como «constitucionalismo democrático» e identificada en gran medida con *El Imperio de la Ley* de Francisco LAPORTA<sup>1</sup>. Tal defensa deriva de la constatación de que la reconstrucción e interpretación del derecho de la Unión Europea actualmente vigente pone de relieve graves problemas estructurales del neoconstitucionalismo, menos visibles (al menos por el momento) cuando se aplica al derecho constitucional nacional. En particular, sostengo que la transformación reciente de la Unión Europea encaja de forma considerable en el paradigma neoconstitucionalista, al tiempo que conduce al desapoderamiento de las instituciones representativas y al divorcio entre voluntad democrática y contenido sustantivo del derecho. El «caso europeo» pone de relieve los graves riesgos estructurales asociados al neoconstitucionalismo, demostrando la estrecha relación entre concepción del derecho, concepción de la constitución, estructura institucional y grado de apertura normativa del ordenamiento.

## 1. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

### 1.1. La ambivalencia fundacional

Como es bien sabido, las Comunidades Europeas fueron establecidas sucesivamente en 1951 y 1957. Tanto las Comunidades en tanto que organización como el derecho comunitario en tanto que ordenamiento jurídico se caracterizaron por una

---

<sup>1</sup> Madrid, Trotta, 2007.

profunda ambivalencia. Por una parte, las Comunidades nacieron con una identidad formal *internacional*: como organizaciones internacionales no solo regionales sino también *sectoriales* (solo a partir del Tratado de Fusión de 1965 la estructura institucional se unificó, dándose un primer paso formal hacia la constitución de una organización con fines y propósitos universales). Las normas jurídicas constitutivas de las Comunidades fueron consecuentemente tratados internacionales. A un mismo tiempo, sin embargo, las Comunidades Europeas se fijaban metas que trascendían netamente las características de las organizaciones internacionales al uso, lo que se reflejaba en la asignación de competencias a las instituciones de la Unión y la fijación de contenidos del derecho de la Unión que afectaban a cuestiones centrales en la configuración política y socio-económica de los Estados europeos.

Esta ambivalencia ha marcado la evolución posterior del derecho de la Unión Europea. No solo en la medida en la que dejó abierta la identidad del derecho comunitario, sino en tanto en cuanto dejó absolutamente abierto el proceso de determinación de tal identidad. En ese largo proceso de *transformación* del derecho de la Unión, a los efectos de la cuestión objeto de análisis en este artículo, cabe distinguir tres periodos.

## 1.2. Atisbos de un estado constitucional democrático supranacional

En una primera fase, la estructura institucional, el proceso de toma de decisiones y las políticas de las Comunidades Europeas se definieron en gran medida asumiendo que las Comunidades constituyen una organización estatal *en construcción*. Las instituciones europeas, y en cierta medida, aún con reservas constantes y divergencias ocasionales, las institucionales nacionales defendieron el carácter constitucional del derecho comunitario. En esa transformación desempeñó un papel central el poder normativo que compartían Comisión y Consejo de Ministros. Las reglas contenidas en los Tratados fueron objeto de desarrollo concreto y preciso en regulaciones y directivas. En esta fase, y en buena medida en contra de la narrativa al uso, el papel de los jueces fue limitado. Es cierto que los principios estructurales básicos en los que se sustentará posteriormente la caracterización del derecho comunitario como ordenamiento constitucional (el efecto directo y la primacía) fueron afirmados claramente por el Tribunal de Justicia en la primera mitad de los años sesenta. Sin embargo, las consecuencias sustantivas de los mismos fueron extremadamente limitadas hasta finales de los años setenta. Fue el legislador comunitario quien tomó las decisiones fundamentales que condujeron al pleno funcionamiento del mercado común en julio de 1968, al reconocimiento de los periodos de cotización a la seguridad social en todos los países de las Comunidades Europeas, a la armonización del Impuesto sobre el Valor Añadido o la elección por sufragio universal del Parlamento Europeo, entre otras.

El *pliegue* que tomó el derecho comunitario en esta primera fase explica la proclividad a caracterizar a las Comunidades Europeas y a su derecho como heraldos de la transformación de las relaciones internacionales y transnacionales en una dirección afín al constitucionalismo democrático. La *tendencia* del derecho comunitario hacía augurar su *transformación* en un ordenamiento supra-estatal modelado a imagen y se-

mejanza del Estado constitucional democrático<sup>2</sup>. El proceso distaba de ser completo o de preverse sencillo. Pues si bien cabía hablar de una organización del poder que en términos puramente descriptivos podía caracterizarse como una constitución material, la legitimidad democrática de la Unión era *derivada* de la nacional, y por ello, una reconstrucción constitucional del derecho de la Unión no podía sino concluir que el derecho constitucional profundo de las Comunidades estaba formado por el colectivo de constitucionales nacionales, en tanto que dotadas de la legitimidad democrática *fuerte* propia de las constituciones en sentido normativo<sup>3</sup>.

### 1.3. La transformación neoliberal y el giro neoconstitucionalista del derecho europeo

Sin embargo, la crisis monetaria de 1971 y las dos crisis económicas de 1973 y 1979 surtieron un profundo efecto desestabilizador. Los países miembros de las Comunidades Europeas habían avanzado considerablemente en el proceso de integración económica, pero carecían de una estructura institucional y de medios sustantivos con los que articular políticas que permitieran articular una respuesta colectiva al impacto marcadamente asimétrico de las citadas crisis. Al mismo tiempo, el grado de *consenso sustantivo* en torno a la estructura socio-económica comenzó a resquebrajarse. Paradigmático en tal sentido fue el *giro radical* en la política social y económica del Reino Unido, que se convirtió tras 1976, y de forma muy neta a partir de 1979, en ariete de lo que ha dado en denominarse neoliberalismo.

En este contexto, Comisión y Tribunal de Justicia impulsaron la recaracterización del modelo socio-económico al que se orientaba la integración europea. Mientras el ideal del *mercado común* característico del primer periodo se sustentaba en la *simetría* de integración política e integración económica, el nuevo ideal de *mercado único* asume que la integración económica precede a la integración política (actuando de “motor” del proceso de integración política). Esta transformación dio pie a dos decisiones fundamentales.

La primera consistió en la afirmación de las libertades económicas y del principio de competencia no distorsionada como *principios* fundamentales y fundacionales del derecho constitucional europeo, como *nuevo* meta-canon de constitucionalidad supranacional. Ello condujo a medio plazo a quebrar la concepción de los derechos fundamentales propia del constitucionalismo de posguerra (en particular, la indivisibilidad de los derechos fundamentales) al reafirmarse el carácter quasi-iusnatural del derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa, ahora «operacionalizados» a través de las cuatro libertades económicas, y muy especialmente, el derecho a la libre circulación de capitales.

La segunda fue la creación de una unión europea y económica sustentada en la doble premisa de la neutralidad de la moneda (en su carácter *apolítico*) y en la posibilidad de «divorciar» institucional, procesal y sustantivamente política monetaria y política

<sup>2</sup> LAPORTA, n. 2.

<sup>3</sup> L. HIERRO, *Estado de Derecho: Problemas Actuales*, México, Fontamara, 1998, 31-32.

fiscal. La fuerza constitucional del derecho no solo a la libre circulación de capitales, sino a la tenencia y acumulación de capitales se vieron reforzados no solo por la extensión de la libre circulación de capitales a países terceros, sino también por la sujeción de la imposición de la renuncia de los estados al control sobre los términos en los que los mismos se endeudan.

Es importante indicar que al mismo tiempo que la estructura y el contenido sustantivo del derecho de la Unión se alteraban sustancialmente, alejándose del modelo normativo del constitucionalismo democrático, las instituciones de la Unión Europea, con el Tribunal de Justicia y la Comisión a su cabeza, reivindicaban la fuerza y dignidad constitucionales del derecho de la Unión, y en particular, de los Tratados constitutivos (en concreto, de *algunas* partes de los mismos).

#### 1.4. ¿El fin de la ambivalencia?

La mutación de la Unión Europea y de su derecho se ha radicalizado desde 2007. La necesidad «funcional» de un «gobierno» europeo de las sucesivas crisis que han golpeado a la Unión desde esa fecha explica en buena medida esta aceleración del proceso de transformación constitucional de la Unión.

En primer lugar, la Unión Europea se ha convertido definitivamente en un Estado, si bien en un Estado peculiar (y desde una perspectiva democrática, cuando menos deforme). No solo se han centralizado competencias claves en materia de política fiscal y macroeconómica, sino que se ha creado una guardia europea de fronteras (lo que implica la asignación a la Unión de poderes tangibles sobre el territorio y las personas). Tal centralización ha conducido al reforzamiento del poder bien de instituciones de limitada o nula representatividad democrática (Banco Central Europeo, Comisario de Asuntos Económicos y Sociales) bien de instituciones formalmente representativas pero que operan de forma escasamente transparente y sujetas a un fuerte desequilibrio interno (el Eurogrupo o la llamada Cumbre del Euro)<sup>4</sup>.

En segundo lugar, se han producido cambios sustantivos. En particular, los que fueran tres *medios* con los que lograr los fines de la acción estatal en materia de política fiscal y macroeconómica (estabilidad financiera, integridad de la deuda pública, crecimiento económico) han sido recharacterizados como *fines* de la acción estatal y convertidos en meta-principios del derecho constitucional europeo, ahora redefinidos como liquidez financiera constante, equilibrio presupuestario y competitividad<sup>5</sup>. De este modo se ha hecho muy patente que el derecho de la Unión Europea no se corresponde al propio de un Estado Social sino al de lo que podríamos denominar un Estado Amortizador.

En tercer lugar, el gobierno de la crisis ha conducido a aumentar la *densidad normativa* de las reglas fiscales, al tiempo que el número de las mismas aumentaba. La

<sup>4</sup> A. J. MENÉNDEZ, «A European Union in Constitutional Mutation?», *European Law Journal*, 2014, 20, 127-141.

<sup>5</sup> A. J. MENÉNDEZ, «The Crisis of Law and the European Crises», *Journal of Law and Society*, 2017, en prensa.

disciplina y el control supranacionales se extienden desde la política fiscal al equilibrio macroeconómico (nacional) mediante la determinación de una serie de indicadores macroeconómicos. Es quizás pertinente añadir que se prevé introducir *reglas jurídicamente vinculantes* en lo que se refiere a las políticas sociales nacionales<sup>6</sup>. De este modo, el gobierno de la crisis parece haber conducido a la juridificación de ámbitos de toma de decisiones en los que predominaban la gobernanza como modo de configuración de la estructura institucional y el proceso de toma de decisiones y normas de acción comunes de limitada o dudosa juridicidad (*soft law*).

## 2. NEOCONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO A LA LUZ DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

*La mutación* sustantiva y estructural del Derecho de la Unión Europea sustenta una crítica estructural del neoconstitucionalismo.

En primer lugar, el «caso europeo» pone de relieve los límites estructurales del *neoconstitucionalismo*. La proporcionalidad es una mera gramática de la decisión, no una *alternativa* a la decisión. El contenido final de la decisión depende de las asunciones (fácticas y normativas) con las que se «cargue» al principio de proporcionalidad. Resultados bien distintos se derivan partiendo de la indivisibilidad de los derechos fundamentales (como han hecho tradicionalmente los tribunales constitucionales nacionales) o de la superioridad normativa del derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa, como hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Al mismo tiempo, la jurisprudencia europea pone de relieve que un giro *neoconstitucionalista* puede conducir a la reafirmación del derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa *decimonónicos*, lo que redundaría no en la creación de mercados europeos, sino en *rentas* para específicos y concretos *capitalistas*<sup>7</sup>. De este modo, el *neoconstitucionalismo* se demuestra desde una perspectiva sustantiva una variante de *constitucionalismo clásico*, o lo que es lo mismo, de un pseudo-iusnaturalismo al servicio de una concepción del *terrible derecho* a la propiedad privada<sup>8</sup>.

En segundo lugar, el «caso europeo» pone de relieve la afinidad estructural entre neoconstitucionalismo y cognitivismo moral «robusto». La afirmación de las libertades fundamentales como canon de constitucionalidad implica una ruptura del cordón umbilical entre derecho de la Unión y el colectivo de derechos constitucionales nacionales, a una *supremacía* «autónoma» del derecho de la Unión. Se pone así de relieve la medida en la que el giro neoconstitucional puede favorecer la ilusión de la trascendencia de la política democrática<sup>9</sup>.

Al mismo tiempo, el «caso europeo» exige profundizar en la relación entre reglas y principios en el constitucionalismo democrático.

<sup>6</sup> *Completing Europe's Economic and Monetary Union*, Brussels, European Commission, 2015, 7.

<sup>7</sup> M. AMATO y L. FANTACCI, *The End of Finance*, Oxford, Polity, 2013; *Saving the Market from Capitalism*, Oxford, Polity, 2014.

<sup>8</sup> S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna, Il Mulino, 1981.

<sup>9</sup> Ch. JOERGES, «Between Jürgen Habermas and Carl Schmitt: Flaws, old and new, in the project of European integration», 23, *European Law Journal*, 2007, núm. 1, *forthcoming*.

En primer lugar, es necesario poner de relieve que las nuevas *reglas fiscales* se definen mediante referencia a un concepto radicalmente indeterminado: el de «déficit estructural». Definido como el déficit que resulta de «descontar» los efectos (positivos o negativos) del ciclo económico sobre el déficit «efectivo». De este modo, cuál sea el déficit estructural es algo que depende del modelo del «ciclo económico» por el que se opte<sup>10</sup>. Hay tantos posibles cálculos del déficit estructural como modelos del ciclo económico. A ello se añade que la *corrección* del modelo depende de la evolución futura de la economía. Todo ello implica que si bien el concepto de déficit estructural puede ser muy útil en lo que concierne al diseño de la política fiscal nacional, es un concepto absolutamente inadecuado cuando se trata de determinar la eventual responsabilidad de un estado, a resultas de la cual pueden acabar imponiéndose sanciones económicas. El uso de un concepto radicalmente indeterminado confiere a la Comisión *un vasto poder* no sujeto a límite y control, al ser la Comisión Europea quien *decide* el modelo económico en el que se basa el cálculo del déficit estructural.

En segundo lugar, el *fracaso* del modelo constitucional de Maastricht (sustentado en unas reglas destinadas a ser incumplidas) pone de manifiesto que la relación entre *estructura socio-económica* y estructura del derecho es compleja. Aunque cabría discutir hasta qué punto esto es cierto *incluso* en la concepción de capitalismo en Max WEBER<sup>11</sup>, lo cierto es que ciertamente la realidad es más compleja en los sistemas capitalistas *realmente existentes*. A la necesidad de predicibilidad de las reglas se contraponen la necesidad de estabilización del sistema económico en su conjunto. Pese a que los pensadores neoliberales sostienen que el sistema capitalista tiende a la auto-estabilización, la historia económica pone de relieve que la historia del capitalismo es una sucesión de *desequilibrios*. Solo la acción política es capaz de estabilizar el sistema socio-económico, evitar que el mismo deje de ser funcional en términos sociales. Esa acción de *estabilización* debe consistir (y en ello llevan parcialmente razón los *ordoliberales*) en un adecuado diseño, mediante *reglas*, de las estructuras institucionales del sistema socio-económico. Pero esa *estabilización* no puede limitarse exclusivamente a *reglas*, sino que requiere la asignación de poderes discrecionales enmarcados por principios y sujetos a responsabilidad política, pero que no pueden *programarse* mediante reglas si se quiere retener la capacidad necesaria para hacer efectiva la acción de *estabilización*. La introducción de *reglas* en ámbitos donde es *necesaria la discrecionalidad* provoca la oscilación entre la inacción, la acción manifiestamente inadecuada (al buscarse medios alternativos con los que realizar los mismos fines) y la declaración de una situación de emergencia *desvinculada* de toda regla. De este modo, lejos de limitarse la discrecionalidad, se fomenta la arbitrariedad.

En tercer lugar, el caso europeo pone de relieve que el giro neoconstitucionalista puede no solo ser compatible con la proliferación de las reglas, sino que las mismas

<sup>10</sup> B. LEMOIN, *L'Ordre de la dette*, Paris, Découverte, 2016.

<sup>11</sup> WEBER distingue netamente el capitalismo «aventurero» (inclinado a la irracionalidad y la especulación) del genuino capitalismo que implica una organización racional-capitalista del trabajo (por ejemplo *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2002, 54-55, 59). Sobre el mito de las reglas del libre comercio, *vid.* J. ROBINSON, «What are the questions», *Journal of Economic Literature*, 1977, 15, 1318-1339. Sobre el mito de la relación entre reglas y el patrón oro, el sistema monetario del capitalismo clásico, *vid.* el fundamental M. DE CECCO, *Money and Empire*, Oxford, Blackwell, 1974.

pueden ser fundamentales en el mismo. No hay contraposición sino continuidad entre la proliferación de la *gobernanza* y el *soft law* en materia de política fiscal y social. Principios, reglas y *soft law* contribuyen a la pulverización del poder político, al limitar la posibilidad de la acción colectiva en pro de la realización efectiva de la igualdad material, al tiempo que *refuerzan* la capacidad de decisión de quienes pueden valerse del poder económico que resulta de la tenencia de capital (que es fundamentalmente una cuestión de *crédito* en el sistema socio-económico actual). Esa continuidad nos alerta acerca de lo fundamental que es el *propósito* y objetivo de las reglas, la relación en la que las mismas se encuentren con el ideal regulador de Estado Social y Democrático de Derecho. Y es que principios, reglas y *soft law pueden* servir para *sustraer* el poder de decisión sobre cuestiones socio-económicas fundamentales al proceso político, para *despolitizar* la política socio-económica. El *constitucionalismo democrático* debe ser vigilante y poner de relieve los riesgos de *judicialización* de la política. Pero ese riesgo es solo una de las posibles manifestaciones de la *despolitización*. No solo la judicialización, sino también la *pseudotecnocratización* presenta gravísimos riesgos, al enervar (en el sentido literal y no metafórico) la posibilidad de toma de decisiones democráticas, sujetando las mismas a *pseudo-reglas* como las reglas fiscales o las propuestas reglas sociales.