

¿QUÉ TIENE DE SOCIAL-DEMÓCRATA LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EUROPEA? (*)

CHRISTIAN JOERGES

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LAS DIFERENTES VERTIENTES DE UN ACONTECIMIENTO HISTÓRICO.—II. ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA?: 1. *La economía social de mercado: un proyecto económico cristiano.* 2. *La Constitución económica: ¿un retorno al liberalismo autoritario?* 3. *El ordo-liberalismo en la Comunidad Europea: la desconexión entre la integración económica y el Estado de bienestar y sus políticas sociales.*—III. LA AMBIGÜEDAD DE LOS DESARROLLOS POSTERIORES A 1985?: 1. ¿«Invasiones del mercado. 2. ¿Erosiones del mercado? 3. ¿Derecho contra política? *La Unión Monetaria, la sentencia Maastricht y el Pacto de Estabilidad.*—IV. ¿ESTAMOS A PUNTO DE LLEVAR A JUICIO AL DERECHO? ALGUNAS PREGUNTAS ACERCA DEL «MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN»: 1. *El desarrollo del concepto.* 2. *La legitimidad de resultado.* 3. *Cuestiones normativas:* 3.1. ¿*Experimentalismo democrático?* 3.2. ¿*Trayendo los ochenta al momento actual?*—V. UN RESUMEN: 1. *El Tratado Constitucional.* 2. *Constitucionalización como proceso.*

I. INTRODUCCIÓN: LAS DIFERENTES VERTIENTES DE UN ACONTECIMIENTO HISTÓRICO

«What is Left?» (1) era el acertado título de una serie de artículos publicados en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* tras la caída del muro de Berlín. La

(*) Este artículo está elaborado a partir del texto preparado para la sesión introductoria de la Academia del Derecho Europeo (*Academy European Law*) dedicada al Derecho de la Unión Europea que tuvo lugar en el Instituto Universitario Europeo de Florencia el 5 de julio de 2004. Agradezco a Marc Amstutz, Milena Büchs, Damian Chalmers, Philip Manow, John McCormick, Rainer Nickel, Tommi Ralli, Florian Rödl y Stephen Weatherill sus alentadores comentarios y constructivas sugerencias. Traducción de Fernando Losada.

(1) Juego de palabras que puede indicar «¿Qué hay a la izquierda de?» o bien «¿Qué queda de?» (*N. del T.*).

serie fue fruto del impulso del sociólogo Stephen Lukes, por aquel entonces profesor en el Instituto Universitario Europeo de Florencia. Los diversos autores participantes reflexionaban en sus contribuciones acerca de las dimensiones históricas de este acontecimiento y de sus posibles repercusiones. ¿Propiciarían la caída del imperio soviético y el consiguiente fin del período de guerra fría el declive del pensamiento crítico hacia el capitalismo y el ocaso de la izquierda occidental? El título de la serie constituía, de hecho, una pregunta (2). Todos los autores invitados eran europeos occidentales, orientados ideológicamente a la izquierda y, por tanto, especialmente preocupados por el futuro de sus convicciones políticas y de los diferentes aspectos de la democracia social. *The Frankfurter Allgemeine Zeitung* consideró tan relevantes las cuestiones planteadas en estos artículos que las incluyó en su *Feuilleton* (3), traduciendo la serie completa, aunque sin encontrar un término alemán que reflejara fielmente el melancólico *leitmotiv* propuesto por Stephen Lukes (4).

El título del presente artículo insinúa que los interrogantes planteados en 1989 aún hoy siguen abiertos, y que forman parte de las cuestiones pendientes de ser resueltas por Europa. Este mensaje es, ciertamente, poco tranquilizador, pues no está en sintonía con los recientes y cruciales logros alcanzados por el proceso de integración, en particular con la «constitucionalización» de la Unión Europea y con la ampliación de ésta hacia el Este. Pero resulta, al mismo tiempo, una observación apenas sorprendente. ¿Puede el estado de bienestar sobrevivir a la globalización? (5). ¿Puede el modelo social europeo sobrevivir a la europeización? (6). La intensidad de los debates suscitados acerca de estas cuestiones es un indicador de la importancia de las mismas, algo sobre lo que existe un acuerdo general. ¿Implica esto que los esfuerzos por remediar las deficiencias democráticas del proceso de integración resultarán en todo caso insuficientes si no afrontan los problemas derivados del «déficit social» de la Unión Europea? Una cosa es estar simplemente de acuerdo con tal idea, como muchos lo están, y otra muy distinta es dar un paso más delimitando el

(2) El autor parece sugerir que, forzando el juego de palabras, sería posible proponer la traducción por «¿Qué queda de la izquierda?» (*N. del T.*).

(3) En alemán en el original. Se trata del suplemento cultural y de ideas del *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (*N. del T.*).

(4) El problema persiste, como vemos, al verter al castellano la expresión (*N. del T.*).

(5) Para una visión de conjunto reciente y sistemática, ver ST. LEIBFRIED y M. ZÜRN: «The Unravelling Golden Age State», en ST. LEIBFRIED y M. ZÜRN (eds.): *Transformations of the State?*, Cambridge University Press, 2005, disponible también en <http://www.sfb597.uni-bremen.de/transformations/>.

(6) *Cfr.*, entre otros muchos, C. OFFE: «The European model of “social” capitalism. Can it survive European integration?», *Journal of Political Philosophy*, 11 (2003), págs. 437 y sigs.

marco teórico adecuado que permita abordar ese problema desde una perspectiva constitucional. Con tal pretensión nace este artículo, que se apoya en tres premisas interdependientes entre sí.

La primera no es otra que la siguiente aseveración: el constitucionalismo debe fundamentarse tanto en el sistema económico como en el tejido social de la sociedad, pues de no hacerlo perdería todas sus referencias democráticas. Una afirmación tan radical como ésta ha de ser explicada con mayor detalle, para lo que acudiremos a tres referentes históricos. Un primer precedente puede encontrarse en el debate abierto en el seno de la *Staatsrechtslehre* (7) durante la República de Weimar (8). No tan esenciales, pero de todos modos significativas, fueron las ideas de la *Wirtschaftsdemokratie* (democracia económica) y de la *Sozialverfassung* (constitución social) propuestas por Franz Neumann, Hugo Sinzheimer y Ernst Fraenkel (9). Estas ideas fueron elaboradas tras la Segunda Guerra Mundial, bajo la influencia de la nueva Constitución alemana (10), pero ¿se trata simplemente de un *Sonderweg* (11) de la teoría constitucional alemana? Sin duda, es mucho más que eso, pues las tensiones entre derecho y justicia social, finalmente plasmadas en las leyes positivas, son de trascendencia general (12). Y podemos forzar aún más este ar-

(7) En alemán en el original. Hace referencia a la doctrina dedicada al estudio del derecho público, fundamentalmente a los profesores de los ámbitos constitucional y administrativo (*N. del T.*).

(8) Especialmente bien documentado y en inglés P. D. CALDWELL y W. E. SCHEUERMAN (eds.): *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, Boston, 2000; A. J. JACOBSEN y B. SCHLINK (eds.): *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley-Los Angeles-Londres, 2000; J. P. MCCORMICK (ed.): *Mass Democracy and Industrial Technology. Political and Social theory from Nietzsche to Habermas*, Durham, Londres, 2002.

(9) Sobre Franz Neumann véase el reciente M. ISER y D. STRECKER (eds.): *Kritische Theorie der Politik. Franz L. Neumann – eine Bilanz*, Baden-Baden, 2002. Acerca de Fraenkel, véase W. E. SCHEUERMAN: «Social Democracy and the Rule of Law: The Legacy of Ernst Fraenkel» (*ibid.*), págs. 74 y sigs.

(10) P. C. CALDWELL: «Is a Social Rechtsstaat Possible? The Weimar Roots of a Bonn Controversy» (*ibid.*, nota 7), págs. 136 y sigs.

(11) En alemán en el original. Podría significar «especialidad» o «camino propio», aunque aquí consideraríamos apropiada la traducción por «peculiaridad» (*N. del T.*).

(12) *Cfr.* el número especial de la *Canadian Journal of Law and Jurisprudence on Social Democracy* (editor invitado: COLIN HARVEY); para citar tan solo una contribución: R. BURCHILL: «The EU and European Democracy – Social Democracy or Democracy with a Social Dimension?», págs. 185 y sigs. En la página 186 afirma: «Al abordar los aspectos más amplios de la democracia, podemos ir más allá del ámbito político y asociarla con la organización social y económica de la sociedad. Una vez que avanzamos en esta dirección, el acuerdo inicial acerca de la naturaleza, el alcance y el contenido de la democracia se torna en un asunto controvertido. Si la finalidad general de la democracia consiste en “proporcionar las condiciones necesarias para el libre y completo desarrollo de las más esenciales capacidades humanas de todos los miembros de

gumento si tenemos en cuenta que este debate está relacionado con el proyecto mismo de modernidad, con la tensión y el conflicto «entre el proyecto de modernidad política definido como autodeterminación colectiva, y la modernidad económica definida como la determinación autónoma de los medios por los que las necesidades de los humanos son satisfechas» (13).

La segunda premisa puede ser sintetizada haciendo referencia a la famosa obra de Max Weber *Economía y sociedad*, cuyo objeto era la elaboración de una teoría social que incluyese la sociología del derecho. Este tipo de análisis no ocupa el lugar que se merece en la agenda de los constitucionalistas europeos. Por supuesto, el derecho de la economía, el de las relaciones industriales o la cada vez más profunda incidencia de la normativa comunitaria en las políticas sociales nacionales (14) no han pasado desapercibidos a los comunitaristas. Sin embargo, estos autores siguen primando los enfoques sectoriales y han

la sociedad” [refiriéndose a la definición proporcionada por M. LOUGHLIN: «Rights, Democracy, and Law», en T. CAMPBELL, K. EWING y A. TOMKINS (eds.): *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, 1992, págs. 42 y sigs.], (...) la democracia necesita ser algo más que la existencia de unos pocos procedimientos políticos. Así pues, al introducir la idea de “social” comenzamos a abordar esos aspectos más amplios de la democracia, incorporando los caracteres sociales y económicos de la sociedad a la concepción que de ella tenemos. Sin embargo, esto presupondría la legitimidad de la presentación de reivindicaciones normativas en relación con la democracia, lo cual forzaría en demasía esa concepción». Todavía hoy en día existe continuidad con las doctrinas de Weimar y se sostiene que la «constitucionalización» se ha convertido en una búsqueda que afecta cada vez a más esferas de derecho secundario, incluyendo el derecho privado, bajo la etiqueta de «constitucionalismo social». Véase G. TEUBNER: «Societal Constitutionalism. Alternatives to State-centred Constitutional Theory?», en CH. JOERGES, I.-J. SAND y G. TEUBNER (eds.): *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, 2004, págs. 3 y sigs. La persistencia de las discusiones en torno a las tensiones entre los objetivos políticos de la democracia social y del imperio de la ley en las democracias liberales parece particularmente relevante en el contexto de este artículo. Sin embargo, es evidente que no cubre de forma omnicompreensiva la relación entre constitucionalismo y sociedad y que no consigue especificar las razones por las que habríamos de incrementar nuestro interés por el «modelo social europeo».

Lo que resulta cierto para estas tradiciones y para la noción de «constitución económica» es también de aplicación, por supuesto, al «derecho económico». Este término no puede ser adecuadamente traducido al inglés [ni al español (*N. del T.*)], así como tampoco lo son sus concepciones ordo-liberal y crítica, representadas por títulos como *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts* (*Derecho económico como crítica del Derecho privado*), H.-D. ASSMANN, G. BRÜGGEMEIER, D. HART y CH. JOERGES, Königstein/Ts. 1980. *Cfr.*, brevemente, CH. JOERGES: «Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty», en R. DEHOUSSE (ed.): *Europe after Maastricht: an Ever Closer Union?*, Munich, 1994, págs. 29 y sigs., en especial págs. 30-32.

(13) F. BLOCK: «Towards a New Understanding of Economic Modernity», en CH. JOERGES, B. STRÁTH y P. WAGNER (eds.): *The economy as a polity. The political construction of modern capitalism – an interdisciplinary perspective*, GlassHouse, Londres, 2004 (en prensa).

(14) «Europeización progresiva» en el análisis de C. OFFE (nota 6).

delegado tales cuestiones a los expertos en las disciplinas jurídicas «sustantivas» (15). La teoría de la constitución económica europea a la que alude el título de este artículo constituye la gran excepción a esta práctica. Esta teoría ofrece una verdadera explicación constitucional del establecimiento de interdependencias entre el *Rechtsstaat* (16), la delegación de las competencias económicas en la esfera europea y la atribución de la política social a los Estados nación. En este sentido, la teoría de la constitución económica europea ha contribuido a discernir (*decoupling*) (17) entre política social y proyecto europeo (18), pese a que una objeción normativa como ésta debería estar relacionada, en principio, con una crítica más «sociológica» del proceso de integración europea. En la actualidad, el potencial de esta teoría para explicar este proceso está ya agotado y los esfuerzos por recuperarla han resultado del todo infructuosos o están destinados a no tener éxito.

El agotamiento de la teoría de la constitución económica, sin embargo, no puede ser considerado bueno o malo en sí mismo. Anticipando la tesis que defenderé en el epígrafe IV de este artículo, sostengo ya que la erosión de la constitución económica no ha allanado el camino hacia una «Europa social» o para la reconstrucción de una democracia social europea. Como tampoco contribuirán a ello ni las disposiciones del Tratado Constitucional referidas a la «economía social de mercado», ni la afirmación de nuevos derechos sociales, ni las «nuevas formas de gobernanza», dada la ambigüedad de todas ellas. De entre estas últimas, el «método abierto de coordinación» amenaza, en particular, la idea misma de constitucionalismo, al cuestionar fundamentalmente la idea de una forma de gobierno determinada a través del derecho y vinculada al

(15) Cfr. el artículo de J. P. MCCORMICK: «Democratic Theory Confronts the European Union. Prospects for Constitutional and Social Democracy in a Supranational *Sektoralstaat*» (de inminente publicación en *Political Theory*).

(16) En alemán en el original. El autor se refiere al *Derecho Público (N. del T.)*.

(17) F. W. SCHARPF: «The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity», *Journal of Common Market Studies*, 40 (2002), págs. 645 y sigs., concretamente en pág. 646.

(18) Una visión desde la ciencia política de esta idea es el conocido argumento de Fritz Scharpf según el cual las democracias que se demuestran incapaces de resolver problemas de estabilidad económica y social corren el riesgo de perder legitimidad (e.g., «Democratic Policy in Europe», *European Law Journal*, 2 (1996), págs. 136-155), una idea directamente relacionada con otro famoso análisis de Sharpf acerca del «déficit político» europeo: «The Joint-Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration», *Public Administration*, 86 (1988), págs. 239-278 («Die Politikverflechtungs-Falle. Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich», *Politische Vierteljahresschrift*, 26, 1985, págs. 323-356); para una actualización de estas tesis, cfr. «The European Social Model» (nota 17) y «Problem-Solving Effectiveness and Democratic Accountability in the EU», Ms. Colonia, 2004.

principio de legalidad. Esta tercera premisa, por tanto, se basa en un argumento «conservador», pues insiste en que las prácticas de gobernanza europeas no deben tomarse la idea misma de estado de derecho a la ligera.

En el desarrollo de este marco teórico tridimensional que tan sucintamente he expuesto, este artículo empleará un enfoque histórico. El siguiente epígrafe se ocupa en primer lugar de los orígenes de la teoría de la constitución económica y hace explícita la noción de constitucionalismo (II.1). Posteriormente, centraré mi atención en la Alemania posterior a la Segunda Guerra Mundial, con el objeto de describir la transformación de la herencia teórica de la constitución económica en la noción de «economía social de mercado» (*Soziale Marktwirtschaft*) (II.2). El último apartado de este epígrafe tiene por objeto especular sobre las razones por las que la teoría de la constitución económica proporcionó un modelo tan atractivo durante los primeros años del proceso de integración europea. No obstante, dejaré constancia de que la adaptación de esta teoría al proyecto europeo supuso la aceptación implícita de un gran coste, pues provocó el déficit social europeo que aun hoy en día resulta tan difícil de resolver (II.3).

Los principales ideólogos de este enfoque renovaron la base teórica del mismo fundamentalmente en las décadas de los sesenta y los setenta, de modo que parecían perfectamente preparados para afrontar el nuevo rumbo que la integración europea seguiría a lo largo de los años ochenta (III.1). Sin embargo, esas nuevas dinámicas y el esfuerzo por alcanzar una «Unión cada vez más estrecha» en el Tratado de Maastricht dieron lugar tanto al refuerzo de las políticas reguladoras europeas, como a la ampliación de su ámbito de competencias, lo que no era compatible ni con el diseño teórico tradicional de la constitución económica europea, ni con la versión puesta al día del mismo (III.2). Por su parte, el apoyo a la teoría de la constitución económica proporcionado por la sentencia *Maastricht* del Tribunal Constitucional Federal Alemán ha resultado ser, con el paso del tiempo, una victoria pírrica, pues las obligaciones políticas que esta sentencia confirmó dañaron la viabilidad económica de Europa y profundizaron la brecha existente entre el proceso de integración europeo y los sistemas nacionales de protección social (III.3).

Las nuevas formas de gobernanza se presentan en la actualidad como la solución a esos problemas, habiéndose propuesto en la Convención Europea de Laeken su constitucionalización. Sin embargo, en el epígrafe IV argumentaré que el giro hacia la gobernanza dista de ser tan positivo como se afirma.

Podemos decir que, en definitiva, no nos queda mucho de la constitución económica y que en ella apenas había nada que pudiera ser considerado de izquierdas. Pero esta breve introducción no pretende anunciar un ejercicio de deconstrucción, sino que a lo largo de todo el artículo, y en cada uno de sus epígrafes, el objetivo último es hacer visible la existencia de una dimensión del

proceso de integración habitualmente ignorada. Los mercados, según argumentan los defensores de la teoría de la constitución económica, no son auto-suficientes, sino que para su creación y reproducción necesitan un respaldo institucional. Los mercados son, en suma, instituciones sociales que no pueden ser gobernadas mecánicamente, ni responden simplemente a una serie de necesidades funcionales. Son, en último extremo, comunidades políticas (19). Es por ello que la apertura de nuestras economías nacionales (*Volkswirtschaften*) requerida por la integración europea precisa reaccionar frente a la erosión del poder político de los estados nacionales y afrontar los riesgos inherentes a las decisiones adoptadas en nombre de la realización de la gobernanza transnacional, de cuyas consecuencias nadie parece ser formalmente responsable. Uno de los grandes logros de la teoría de la constitución económica es, precisamente, haber afrontado tales cuestiones, aunque sus respuestas se mantengan aún ancladas en una visión unidimensional que se limita a reclamar la institucionalización de los criterios de racionalidad económica en los niveles de gobierno transnacionales. Las constelaciones post-nacionales en las que nos encontramos requieren, sin embargo, respuestas más complejas y más atentas a la realidad social, pues sólo así será posible conciliar la apertura de las antiguas economías nacionales con la reproducción de las condiciones necesarias para que exista entre los Estados una solidaridad social. No tenemos aún respuestas precisas a estas cuestiones, y es muy probable que aún debamos reflexionar mucho antes de tenerlas. Sin embargo, una primera conclusión (que debe constituir el punto de partida de esas reflexiones) es que la constitucionalización de Europa necesita ser conceptualizada como un proceso en el que el Derecho ha de supervisar y disciplinar las prácticas etiquetadas como «gobernanza».

II. ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA?

Resulta imposible (o debería serlo) emplear el término «derecho constitucional» sin evocar modelos teóricos que habitualmente asignan funciones específicas y dotan de especial validez a las normas catalogadas como constitucionales. Por lo tanto, es insuficiente aludir a las doctrinas de la supremacía y del efecto directo o a la fuerza pasiva de los elementos esenciales del Derecho comunitario

(19) En el original «polities». El autor hace referencia a las ideas expuestas por Karl Polanyi en *The Great Transformation: The Political and Economical Origins of our Time* (1944) y posteriormente en *The Livelihood of Man* (1977). Puede encontrarse una actualización de esas ideas en FRED BLOCK: «One World or Three? Globalization and the Future of Welfare Capitalism», de inminente publicación en CH. JOERGES, B. STRATH y P. WAGNER (eds.): *The Political Construction of Modern Capitalism*, Glasshouse, Londres, 2005 (*N. del T.*).

para caracterizar a las normas comunitarias como constitucionales (20). Este tipo de catalogación es particularmente popular entre los juristas dedicados al estudio del Derecho comunitario porque les permite hablar de una constitución europea sin necesidad de discutir asuntos tan controvertidos como la juridificación de los procesos políticos, las cuestiones institucionales que ello implica o las deficiencias democráticas inherentes a las prácticas de gobierno europeas.

Que se haga uso de la palabra «constitución» en relación al derecho económico europeo no es, por tanto, de extrañar. Pero tampoco aporta gran cosa, pues una noción como ésta no nos proporciona información alguna acerca de las condiciones de validez de la constitución económica, ni mucho menos de su legitimidad (normativa) (21). Ésta y no otra es la aspiración de la teoría de la constitución económica, y solamente en razón de tales ambiciones puede reivindicar un status constitucional.

Para poder comprender dichas ambiciones, hemos de revisar rápidamente los orígenes y la evolución de la noción misma de constitución económica (22). Su origen se encuentra en la compleja mezcla de laboratorio intelectual y desorden social que fue la república de Weimar (23). En tales cir-

(20) Véase CH. MÖLLERS: «Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung», en A. V. BOGDANDY (ed.): *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundlagen*, Berlín-Heidelberg-New York, 2003, págs. 1 y sigs.

(21) «El derecho constitucional económico está compuesto por las normas constitucionales que tratan asuntos económicos». Esta definición, tomada de J. BAQUERO CRUZ: *Between competition and free movement: the economic constitutional law of the European Community*, Oxford, 2002, pág. 29 [aunque existe edición en castellano (*Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002), las citas están traducidas del original (*N. del T.*)], no es simplemente auto-referencial, porque el autor ha extraído con carácter previo una meta-positivista «noción de constitución» que se encuentra «inscrita en la tradición jurídica occidental» (*ibid.*, en pág. 12). Pero esto no parece lo suficientemente demostrado como para proporcionar una base que explique el especial reconocimiento del que en la actualidad gozan el mercado interior, sus cuatro libertades fundamentales y el derecho comunitario de la competencia.

(22) La literatura sobre el tema en alemán es abundante, pero en inglés no lo es tanto (pueden consultarse, como análisis recientes, D. J. GERBER: «Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the “New” Europe», *American Journal of Comparative Law*, 42 (1994), págs. 25 y sigs., y W. SAUTER: *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, Oxford, 1997, págs. 26 y sigs.). De forma exhaustiva, aunque con escasas referencias a la vertiente legal del Ordo-liberalismo y la *Ordnungstheorie*, puede acudirse a CH. MANTZAVINOS: *Individuals, Institutions, and Markets*, Cambridge, 2001. En francés, por su parte, parece que no existen muchas publicaciones sobre el tema. No obstante, véase L. AZOULAY: «L'ordre concurrentiel et le droit communautaire», en M.-A. FRISON-ROCHE (ed.): *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, París, 2003, págs. 277-310.

(23) En opinión de J. BAQUERO CRUZ (*op. cit.*, nota 21, pág. 26) el significado que esta tradición otorgó al concepto «confunde y se vuelve contra ciertas concepciones y funciones básicas

cunstancias, no resultaba nada descabellado afirmar que la crisis económica y las tensiones sociales de la Alemania de la primera posguerra estaban fuera de

del constitucionalismo». Esta severa valoración está dirigida solamente hacia «la versión original del ordo-liberalismo definida en *The Ordo Manifesto of 1936*» (firmada por FRANZ BÖHM, WALTER EUCKEN y HANS GROBMANN-DOERTH), en la que detecta un «fuerte regusto Schmittiano». Es difícil comprender, sin embargo, la razón por la que hemos de asignar el estatus de documento fundacional al *Manifesto* de 1936 y obviar otros escritos, algunos de ellos mucho más conocidos (véanse las notas 26 y 27 *infra*). Parece igualmente problemático no tomar en consideración cómo sucesivas generaciones de pensadores han desarrollado esta teoría, adaptándola a las diversas fases del proceso de integración europea. El comentario realizado de pasada por J. Baquero Cruz acerca del regusto Schmittiano, sin embargo, suscita interesantes adhesiones (véase nota 34, más abajo), aunque también es problemático por dos razones. En primer lugar, porque por obvias razones históricas es probable que evoque las connotaciones morales y políticas equivocadas. Los ordo-liberales fueron un grupo claramente opuesto a la Alemania nazi. Sirva como prueba de ello su común preocupación (religiosa) por lo acontecido durante la *Reichskristallnacht* [en alemán en el original. «Noche de los cristales rotos» (*N. del T.*)], que mantuvo al grupo unido. Además, Franz Böhm y Walter Eucken fueron miembros de la *Bekennende Kirche* [en alemán en el original. «Iglesia confesional», rama de la Iglesia protestante que se rebeló contra el Nacionalsocialismo (*N. del T.*)]; algunos miembros de la Escuela de Friburgo arriesgaron sus vidas en su resistencia contra Hitler; Großmann-Doerth, que en el año del *Manifesto* (1936) contaba con cuarenta y dos años, se unió a la *Wehrmacht* [en alemán en el original. Las Fuerzas Armadas alemanas (*N. del T.*)] en julio de 1939 y falleció en 1944; y Alexander Rüstow y Wilhelm Röpke abandonaron Alemania (sobre todos estos casos, véase D. HASELBACH: *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft. Gesellschaft und Politik im Ordoliberalismus*, Baden-Baden, 1991, y, más recientemente, PH. MANOW: «Ordoliberalismus als ökonomische Ordnungstheologie», *Leviathan*, 2001, págs. 179 y sigs. y su todavía no publicada *Habilitationsschrift* [en alemán en el original. Escrito de habilitación (*N. del T.*)] «Social Protection and Capitalist Production. The Bismarckian Welfare State and the German Political Economy, 1880-1990», Colonia, 2004, págs. 76 y sigs., págs. 93 y sigs.); y, en segundo lugar, Baquero Cruz parece malinterpretar ese «regusto Schmittiano». El «estado fuerte» que los ordo-liberales propugnaban no era, ciertamente, una democracia pluralista (véase K. W. NÖRR: *Die Leiden des Privatrechts. Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung bis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, 1994, pág. 174). Pero esto no significa que estuviesen promoviendo el mismo tipo de estado «cualitativamente fuerte» al que Carl Schmitt invocaba en su famoso discurso de 1932 [«Starker Staat und gesunde Wirtschaft. Ein Vortrag vor Wirtschaftsführern» («Un estado fuerte y una economía sana. Una conferencia para los líderes de los negocios»), dictado el 23 de noviembre de 1932 y publicado, por ejemplo, en *Volk und Reich. Politische Monatshefte*, 1933, págs. 81 y sigs.]. El estado fuerte concebido por Schmitt proclamaba la primacía de la política sobre la economía, mientras que los ordo-liberales pretendían establecer un marco legal estable sobre la economía que el sistema político, por su parte, había de respetar (*cfr.*, R. WIETHÖLTER: «Franz Böhm (1895 - 1977)», en B. DIESTELKAMP y M. STOLLEIS (eds.): *Juristen an der Universität Frankfurt a.M.*, Baden-Baden, 1989, págs. 208 y sigs.). Sin embargo, ninguna teoría económica permanece inalterada durante décadas. Acerca del desarrollo de la teoría económica del ordo-liberalismo *cfr.*, por ejemplo, el muy lúcido CH. MANTZAVINOS: *Wettbewerbstheorie. Eine kritische Auseinandersetzung*, Berlín, 1993; y más recientemente su *Individuals, Institutions, and Markets*, Cambridge, 2001.

todo control y que la República se encontraba amenazada por fuertes e implacables oponentes desde las esferas radicales, tanto a la derecha como a la izquierda del espectro político. El ordo-liberalismo ofreció una salida liberal a la crisis, que implicaba distanciarse de la idea de *laissez-faire*, desacreditada por Alexander Rüstow en tanto que «paleo-liberalismo» (24). Dos famosos manifiestos, habitualmente mencionados como los fundacionales del ordo-liberalismo, fueron publicados en 1932, coincidiendo con los momentos en los que la crisis económica se acentuó. Se trata del «*Staatliche Strukturwandlungen und die Krise des Kapitalismus*», de Walter Eucken (25) y del «*Interessenpolitik oder Staatspolitik*» del propio Alexander Rüstow (26). Otros ordo-liberales, que posteriormente adquirieron gran reconocimiento, siguieron su ejemplo en ese mismo año (27). La monografía esencial de Franz Böhm *Wettbewerb und Monopolkampf* (28) fue publicada un año más tarde. Las ideas centrales de todos estos trabajos eran liberales en la medida en la que rechazaban las concepciones estatistas que proponían dos de las visiones competidoras contemporáneas, la Escuela Histórica de la Economía y la socialista, articulada por el movimiento obrero (29); al tiempo que, como se indicó, los ordo-liberales trascendían el *laissez-faire* en cuanto asignaban al Estado la tarea de asegurar el *ordo* (30) de la esfera económica. Para caracterizar esta función pública, Walter Röpke empleó el acertado oxímoron «intervencionismo liberal» (31). El

(24) «Paläoliberalismus, Kollektivismus und Neoliberalismus in der Wirtschafts- und Sozialordnung», en K. FÖRSTER (ed.): *Christentum und Liberalismus – Studien und Berichte der Katholischen Akademie in Bayern*, vol. 13, págs. 149-178; véase, asimismo, su «Interessenpolitik oder Staatspolitik?», en *Der Deutsche Volkswirt*, 6 (1932), págs. 169 y sigs.; IDEM: «Freie Wirtschaft – starker Staat», en FRANZ BOSSE (ed.): *Deutschland und die Weltkrise* (Schriften des Vereins für Socialpolitik 187), Munich, 1932, págs. 62-69.

(25) En *Weltwirtschaftliches Archiv*, 36, págs. 297-321, publicado nuevamente en *Ordo*, 48 (1997), págs. 5-25.

(26) En *Der Deutsche Volkswirt*, 6 (citado a partir de su inclusión en W. ENGELS y H. FROELS (eds.): *Querschnitte*, Düsseldorf, 1986, págs. 66-71).

(27) A. MÜLLER-ARMACK: *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus. Ökonomische, geschichtstheoretische und soziologische Studien zur modernen Wirtschaftsverfassung*, Berlín, 1932. Sobre la biografía y la obra de MÜLLER-ARMACK, véase D. HASELBACH: *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft. Gesellschaft und Politik im Ordoliberalismus*, Baden-Baden, 1991, págs. 117 y sigs.

(28) Berlín, 1933.

(29) W. ABELSHAUSER: *Kulturkampf. Der deutsche Weg in die neue Wirtschaft und die amerikanische Herausforderung*, Berlín, 2003, págs. 158 y sigs.

(30) En latín en el original. Se refiere a la doctrina social católica (*N. del T.*).

(31) Véase W. RÖPKE: *German Commercial Policy*, Londres, 1934, págs. 40 y sigs.; y, asimismo, *Die Lehre von der Wirtschaft*, Viena, 1937. Acerca del propio Röpke, *cfr.*, M. GLASMAN: *Op. cit.*, págs. 52 y sigs.

viejo y paleo-liberal estado guardián (*Nachwächterstaat*) tenía que dejar paso a un «Estado fuerte» (32). Y el principal representante de la izquierda constitucionalista de Weimar lo comprendió inmediatamente. Así, Herman Heller afirmó que el ordo-liberalismo es un liberalismo *autoritario* (33). Su respuesta puso el dedo en la llaga, hasta tal punto que tan sólo recientemente William E. Scheuerman ha retomado la línea argumental expuesta por Heller y la ha aplicado a las propuestas institucionales del principal representante de la segunda generación de ordo-liberales, el economista paleo-liberal y filósofo social Friedrich von Hayek (34).

1. *La economía social de mercado: un proyecto económico cristiano*

Pero esto no es más que un esbozo de algunos aspectos a los que habré de retornar en este artículo (35). Más importante para explicar el impacto del ordo-liberalismo en la Alemania de la primera postguerra es el estudio de su dimensión protestante, que Philip Manow ha documentado en una fascinante serie de trabajos (36). Las cuestiones sociales, que provocaron gran inestabilidad en la época del primer capitalismo, suponían un reto a los valores promovidos por las Iglesias cristianas. Ello quizá explica que tal temática, y diversas soluciones institucionales a tales problemas, se viesen reflejados en las distintas variantes institucionales del estado de bienestar en Europa. La relación entre valores religiosos y política social es bien conocida en lo que concierne al

(32) A. RÜSTOW en 1932 antes de *Verein für Socialpolitik*: «Einen starken Staat, einen Staat oberhalb der Wirtschaft, da, wo er hingehört» («un estado fuerte, un estado situado en un nivel superior al de la economía, como debe ser»), nota 24 *supra*; *cf.*, W. ABELSHAUSER: *Op. cit.* (nota 29), pág. 159.

(33) H. HELLER: «Autoritärer Liberalismus», *Die Neue Rundschau*, 44 (1933), págs. 289 y sigs.

(34) W. E. SCHEUERMAN: «The Unholy Alliance of Carl Schmitt and Friedrich A. Hayek», *Constellations*, 4 (1997), págs. 172 y sigs.; véase nota 71 *infra*.

(35) *Infra* epígrafe III.

(36) PH. MANOW: «Modell Deutschland as an interdenominational compromise», *Minda De Gunzburg Centre for European Studies, Working Paper* 003/2001; IDEM: «Ordoliberalismus als ökonomische Ordnungstheologie» *Leviathan*, 2001, págs. 179 y sigs.; IDEM: «“The Good, the Bad, and the Ugly”». Esping-Anderson’s Sozialstaatstypologie und die konfessionellen wurzeln des westlichen Wohlfahrtsstaats», *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 54 (2002), págs. 203 y sigs. (versión inglesa disponible en http://www.mpi-fg-koeln.mpg.de/people/pm/download_de.html) y su ya citada y todavía no publicada *Habilitationsschrift* acerca de la «Social Protection and Capitalist Production. The Bismarckian Welfare State and the German Political Economy, 1880-1990», Colonia, 2004.

catolicismo político. Pero lo es menos en lo relativo al protestantismo social, por lo que la historia que Manow relata es nueva (37), lo que resulta de particular importancia para los estudiosos de la «constitución económica». *Ordo* es una noción católica. Sin embargo, los ordo-liberales que la adoptaron (Walter Eucken, Alexander Rüstow, Wilhelm Röpke) estaban todos fuertemente ligados al protestantismo (38). A mi juicio, lo que tanto protestantes como católicos vislumbraron fue una tercera vía alternativa al capitalismo y al socialismo. La convergencia de la visión católica y protestante sentó las bases de la economía social de mercado de la Alemania de posguerra. Surgió así un proyecto social ecuménico, compartido por los miembros protestantes y católicos de la Unión Cristiano-Demócrata de Alemania (CDU).

2. *La Constitución Económica: ¿un retorno al liberalismo autoritario?*

La alianza entre los representantes políticos protestantes y católicos en los primeros años de la posguerra pronto se extendió a los sindicatos. El proyecto común de todos ellos era la creación de la economía social de mercado, que resultó todo un éxito político, social y económico (39). Sin embargo, esta amplia alianza social no duraría mucho. Alemania nunca ha superado la secularización ni la división política en facciones que ha cultivado desde el fin del *Kaiserreich* (40). Como Manow documenta, la herencia de desconfianza del catolicismo social contra el liberalismo económico resurgió, y las antiguas alianzas entre el catolicismo, el corporativismo económico y el estado de bienestar Bismarckiano fueron reconstruidas (41).

Los ordo-liberales protestantes no prestaron la atención que debían a este

(37) «Nuevo» es, por supuesto, un concepto relativo. En el crucial Capítulo 3.5 de su *Habilitationsschrift*, «Social Protestantism and the Redefinition of Social Reforms», Manow no señala simplemente fuentes primarias, sino también un impresionante elenco de estudios históricos.

(38) PH. MANOW: «Social Protection...» (*op. cit.*), en pág. 76 (especialmente en nota 5). También lo era el gran portavoz de la economía social de mercado en la etapa inicial de la República de Bonn, Alfred Müller-Armack; acerca de su bagaje religioso, véase D. HASELBACH: *Authoritärer Liberalismus* (nota 27), pág. 119.

(39) Para un sucinto análisis, véase M. GLASMAN: *Unnecessary Suffering. Managing Market Utopia*, Londres-New York, 1996, especialmente en págs. 50 y sigs. (respecto del ordo-liberalismo) y págs. 56 y sigs. (en relación a la Alemania de posguerra).

(40) En alemán en el original. El autor se refiere a Imperio del Kaiser, al que puso fin la derrota alemana en la Primera Guerra Mundial (*N. del T.*).

(41) PH. MANOW: «Social Protection...» (*op. cit.*), págs. 84 y sigs.; W. ABELSHAUSER: *Kulturkampf...* (nota 29), págs. 93 y sigs.

restablecimiento de unos modelos aparentemente muy similares a los que ellos mismos habían intentado superar ya en los años veinte. Ahora, en la nueva República de Bonn, los ordo-liberales protestantes gozaban de nuevo de una prestigiosa reputación. La influencia de sus ideas aumentó, llegando a dominar buena parte de la vida académica, de la opinión pública y de las comunicaciones oficiosas del gobierno cristiano demócrata. Con coherencia y confianza en sus postulados, el ordo-liberalismo revitalizó su programa. Un elemento central de su mensaje, elaborado en perspectiva constitucional, era la teoría de la «constitución económica», la tesis de que la constitución debía respetar la interdependencia del sistema de libre competencia sin restricciones, las libertades individuales y el estado de derecho, protegiendo tan valioso equilibrio de la influencia de la política discrecional (42).

La ruptura de la alianza entre catolicismo político y ordo-liberalismo renovó un viejo cisma, así como diversas controversias históricas. En sus estudios acerca de la historia del derecho privado alemán durante las Repúblicas de Weimar y de Bonn, Knut Wolfgang Nörr (43) distingue dos grandes conceptos en la historia (alemana) del derecho económico: la «economía organizada» y la «economía social de mercado». Nörr resta importancia a las tensiones en el interior del segundo ámbito, pero adecuadamente subraya que la coexistencia de la tradición de la «economía organizada», de una parte, y del ordo-liberalismo de la otra, supondría la institucionalización de una paradoja. Alemania cultivaba el credo ordo-liberal y sus conceptos al tiempo que la mayoría de sus *Staatsrechtslehrer* (profesores de derecho constitucional y administrativo) no se tomaban en serio la «constitucionalización» ordo-liberal de la economía (44).

(42) Cfr., de entre la rica literatura existente, por ejemplo, G. BRÜGGEMEIER: *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, vol. 2, Frankfurt a.M., 1979, págs. 322 y sigs. (las razones de la calculada indiferencia hacia este libro por parte de la *Rechtswissenschaft* [en alemán en el original. Jurisprudencia (N. del T.)] alemana son uno de sus secretos mejor guardados); o F. KÜBLER: «Wirtschaftsrecht in der Bundesrepublik – Versuch einer wissenschaftshistorischen Bestandsaufnahme», en D. SIMON (ed.): *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt a.M., 1994, págs. 364 y sigs.

(43) *Die Republik der Wirtschaft. Teil I: Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition*, Tübingen, 1999, págs. 5 y sigs.; cfr., su anterior *Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik*, Tübingen, 1988, y su *Die Leiden des Privatrechts. Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung bis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, 1994.

(44) Y viceversa: los ordo-liberales predominaban en el campo del derecho económico y privado, permaneciendo ajenos a la corriente principal de los *Staatsrechtslehre*; ni siquiera el rechazo explícito de la teoría de la «constitución económica» por el *Bundesverfassungsgericht* [en alemán en el original. Se refiere al Tribunal Constitucional Federal Alemán (N. del T.)] (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 7, pág. 377 (1958) – relativo a ayudas a la inversión) les llevó a reconsiderar su postura.

Por ello Nörr concluyó que «un fenómeno esencial en la historia de la emergencia de la República de Bonn (...), [es el trazado de] una línea divisoria entre la política económica y el derecho constitucional» (45).

¿Paradoja o *List der Vernunft*? (46). La estructura dual que Nörr encuentra tan contradictoria en la teoría ha resultado ser, sin embargo, muy exitosa en la práctica. La dimensión social de la economía de mercado alemana de posguerra no sólo sobrevivió a la división, sino que gozó de gran salud (47). Esto es bien conocido y explica por qué la referencia a «una economía social de mercado altamente competitiva» figura ahora en el artículo I-3 del Tratado Constitucional como uno de los objetivos de la Unión Europea (48). Las esperanzas de que exista una armonía estable entre competitividad económica y solidaridad social tienen un sólido fundamento. Según el análisis del caso alemán de Manow, el éxito de la economía social de mercado está directamente relacionado con que las políticas de la República de Bonn no se hayan inspirado ni en el *laissez-faire* ni en el liberalismo autoritario. Alemania institucionalizó, en cambio, «un sistema de intervencionismo descentralizado y funcional» (49). Tal y como fue brillantemente resumido por Glasman, «nadie “diseñó” la Alemania de posguerra, sino que su planta fue alzada sobre materiales morales y éticos mucho más resistentes y sofisticados que aquellos proporcionados por la teoría económica o por la metodología de cualquier otra ciencia social» (50).

3. *El ordo-liberalismo en la Comunidad Europea: la desconexión entre la integración económica y el estado de bienestar y sus políticas sociales*

El compromiso social realmente existente, consistente en la promoción de

(45) K. W. NÖRR: *Die Republik der Wirtschaft...* (nota 43), pág. 84.

(46) En alemán en el original. Literalmente denota «razonamiento astuto», por lo que pondríamos la traducción de la interrogación por «¿Paradoja o astucia argumentativa?» (*N. del T.*).

(47) W. ABELSHAUSER: *Die Langen Fünfziger Jahre. Wirtschaft und Gesellschaft in Deutschland 1949 - 1966*, Frankfurt a.M., 1987.

(48) Véase CH. JOERGES y F. RÖDL: «The “Social Market Economy” as Europe’s Social Model?», *EUI Working Paper Law*, No. 2004-8 (<http://www.iue.it/UB/law/04-8.pdf>) respecto del proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, CONV 850/03, Bruselas, 18 de julio de 2003. La enmienda al artículo I-3 realizada por la Conferencia Intergubernamental el 22 de junio de 2004 (Anexo 3, doc. 82/04), está disponible en <http://www.statewatch.org/news/2004/jun/constitution-amendments-june22.pdf>.

(49) PH. MANOW: «Social Protection...» (*op. cit.*) Ch. 3.6, pág. 96.

(50) M. GLASMAN: *Unnecessary Suffering...* (*op. cit.*), pág. 55.

una *Wirtschaftsverfassung* (51) con fuertes elementos corporativistas, combinado con la aspiración por parte del catolicismo político de alcanzar una *democracia económica* y la reconstrucción del estado de bienestar bismarckiano bajo el gobierno del canciller católico Adenauer, suponían verdaderos sacrilegios para los ordo-liberales. En su opinión, Alemania avanzaba de nuevo por el «camino de la servidumbre», si se me permite la paráfrasis hayekiana. La *Verhandlungsdemokratie* (52) alemana (53) frustró en numerosas ocasiones sus principales objetivos institucionales, es decir, la creación de instituciones robustas dedicadas a la defensa de la libre competencia, aisladas tanto del pluralismo de los grupos de intereses como de las insinuaciones políticas gubernamentales. Por esta razón no es de extrañar que apoyasen el proyecto de integración europea con todas sus energías (que eran más que considerables) y trataran de influir sobre las entonces emergentes instituciones europeas.

La fase formativa de la Comunidad Económica Europea ha sido estudiada desde distintas disciplinas (especialmente por juristas, politólogos e historiadores) (54), y siempre desde perspectivas nacionales y lingüísticas diversas. La historia de la constitución económica europea está, por tanto, muy bien documentada (55). Yo mismo he publicado diversos estudios en varias ocasio-

(51) En alemán en el original. Constitución económica (*N. del T.*).

(52) En alemán en el original. Literalmente «democracia negociadora», con lo que el autor parece referirse al carácter contrapuesto al ideal ordo-liberal de la democracia alemana de aquel momento (*N. del T.*).

(53) La *Kartellgesetz* [en alemán en el original. Se trata de la Ley contra las prácticas comerciales restrictivas (*N. del T.*)] no fue promulgada hasta 1957 bajo la cancillería de Konrad Adenauer con Ludwig Erhard, el más fuerte aliado político de los ordo-liberales, actuando como su promotor. Fue presentada como «la ley básica de la economía social de mercado» pero en ningún modo comprendía de forma exhaustiva los ideales ordo-liberales. Véase la reconstrucción de todo el proceso en G. BRÜGGEMEIER: *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, vol. 2, Frankfurt a.M., 1979, págs. 383 y sigs.

(54) De forma magistral, en el campo del derecho, por J. H. H. WEILER (véanse sus «Transformation of Europe», *Yale L.J.* 100 (1991), págs. 2 y sigs.; y *The Constitution of Europe. Do the new Clothes have an Emperor?*», Cambridge, 1999, págs. 10 y sigs.). Para la ciencia política por A. MORAVCSIK (*The Choice for Europe. Social Purpose/State Power from Messina to Maastricht*, Ithaca, New York, 1998, págs. 86 y sigs.) y para la historia por ALAN S. MILWARD (*The European Rescue of the Nation-State*, 2.ª ed., Londres-New York, 1999). De forma particularmente interesante, la historia legal ha tratado a Europa con deliberada indiferencia, e igualmente revelador resulta que ninguno de los relatos citados tome nota de la existencia del ordo-liberalismo ni de su «constitución económica» (para mayor explicación, acúdase a nota 55).

(55) M. E. STREIT y W. MUSSLER: «The Economic Constitution of the European Community. From “Rome” to “Maastricht”», *European Law Journal*, 1 (1995), págs. 5-30; W. MUSSLER: *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel. Von Rom nach Maastricht*, Baden-Baden, 1998; P. BEHRENS: «Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeins-

nes (56), por lo que quizá se me pueda permitir remitirme aquí a lo ya expuesto en otros lugares. Las afinidades entre el ordo-liberalismo y el proyecto de integración europea eran múltiples. En términos conceptuales, el ordo-liberalismo parecía particularmente adecuado para fundamentar la legitimación y orientación del proyecto de integración. Las libertades garantizadas en el Tratado

chaft», en G. BRÜGGEMEIER (ed.): *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Baden-Baden, 1994, págs. 73-90; para una visión general reciente, véase A. HATJE: «Wirtschaftsverfassung», en A. v. BOGDANDY (ed.): *Europäisches Verfassungsrecht*, op. cit. (nota 20), págs. 683 y sigs. Apreciables reconstrucciones en inglés son las de W. SAUTER: *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, Oxford, 1997, págs. 26 y sigs.; D. J. GERBER: «Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the “New” Europe», *American Journal of Comparative Law*, 42 (1994), págs. 25 y sigs. ¿Pero cómo se relacionan todas estas visiones con el mundo real? Damian Chalmers afirma que «siempre he pensado que Francia, Bélgica e Italia se mantuvieron indiferentes frente al ordo-liberalismo en razón del artículo 86 TCE (ex artículo 90 TCE), al que veían como una derogación de sus estructuras para todo su sector público (particularmente en su segundo apartado). Por supuesto, esta interpretación fue hecha añicos por Höfner, pero una interpretación plausible de los primeros quince años de integración era la que se guiaba por el modelo francés. Ninguna de las disposiciones de los Tratados poseía eficacia directa. Los desarrollos normativos en materia agrícola, de política comercial externa, en el sector del transporte, o en el del carbón y el acero (en conjunto una parte sustancial de los regímenes comerciales de los seis) se aprobaban todos siguiendo la armonización legislativa. Fue tan sólo en el período desde mediados de los setenta a mediados de los noventa en el que constataría que un modelo ordo-liberal (con el desarrollo de los artículos 30 y 86 TCE) comenzó a ser hegemónico. Por supuesto, durante ese período tan sólo se daba una armonización limitada. Es más, a finales de la década de los setenta fue contrarrestada por la legislación sustancial en los ámbitos del derecho laboral y medioambiental. Mi argumento es que siempre ha habido distintas visiones contrapuestas del Tratado de la Comunidad que han intercambiado su predominio a lo largo del tiempo». Una buena apreciación que puede ser complementada por una pregunta: si el ordo-liberalismo es tan importante, ¿por qué prácticamente ningún politólogo ni nadie de fuera de Alemania le prestó la debida atención? (Philip Manow, en el trabajo citado en las notas 18 y 30, no estudia el conjunto de Europa; pero véase, recientemente, PH. MANOW, A. SCHÄFER y H. ZORN: «European Social Policy and Europe’s Center of Gravity, 1957-2003», Colonia, 2004; véase, asimismo, PH. GENSCHEL: «Markt und Staat in Europa», *Politische Vierteljahresschrift*, 39 (1998), págs. 55 y sigs. La respuesta fácil sería decir que poca gente lee alemán. Una respuesta un poco más compleja es que los politólogos no se toman suficientemente en serio las teorías normativas. El ordo-liberalismo, sin embargo, nunca se ha impresionado por la indiferencia demostrada hacia él. Después de todo, en las juntas consultivas e instituciones alemanas juristas y economistas tienen mayor relevancia que los politólogos. Lo que es cierto para los economistas alemanes trabajando y asesorando en la tradición ordo-liberal no es, en ningún modo, aplicable para los economistas en general. Libros tan importantes como el de M. MOTTA: *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge, 2004, no hacen mención alguna ni de la primera, ni de la segunda, ni de la tercera generación de ordo-liberales, ni de sus defensores entre los juristas o los economistas.

(56) Empezando por «Markt ohne Staat» («The Market without the State? The “Economic Constitution” of the European Community and the Rebirth of Regulatory Politics», *European Integration online Papers* (EIoP), vol. 1 (1997), No 19; <http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-019a.htm>).

CEE, la apertura de las economías nacionales, la existencia de una serie de normas que prohibían las políticas discriminatorias, y la aceptación de un sistema de libre competencia fueron interpretados como una «decisión» que apoyaba una constitución económica que encajaba con las concepciones ordo-liberales (al menos en un grado considerable, que hacía posible considerar como excepciones aquellas normas que no se adecuaban a la concepción ordo-liberal y, por supuesto, ignorando o haciendo la vista gorda —no podía ser de otro modo— sobre el pecado original que suponía la creación de una Política Agrícola Común). El hecho de que Europa haya iniciado su integración como una mera comunidad económica otorgó plausibilidad a los argumentos ordo-liberales e incluso los hizo necesarios. Desde el punto de vista ordo-liberal, la Comunidad gozaba de una legitimidad independiente de la propia de las instituciones constitucionales y democráticas del Estado, en la medida en la que las disposiciones del Tratado prescribían un orden basado en el derecho cuya función consistía en garantizar las libertades económicas y proteger la libre competencia mediante instituciones supranacionales. Al tiempo, ello implicaba la imposición de límites a la propia Comunidad. Sus eventuales políticas económicas discrecionales serían consideradas ilegítimas y no ajustadas a derecho (57).

Así pues, las perspectivas de institucionalización de una constitución económica de corte ordo-liberal parecían óptimas gracias al proceso de integración europea. Pero ¿qué sucedía con la economía social de mercado alemana? En uno de los más recientes de sus siempre pertinentes análisis, Fritz Scharpf especula sobre el «camino que no fue seguido» en la década de 1950. «¿Dónde estaríamos ahora», se pregunta, «si en 1956 las negociaciones relativas al Tratado de Roma y a la creación de la Comunidad Económica Europea el Primer Ministro francés, el socialista Guy Mollet, hubiese impuesto sus ideas? Mollet, con el apoyo de la industria francesa, había intentado hacer de la armonización de las regulaciones sociales y de las cargas fiscales una condición previa para la integración de los mercados industriales. ¿Podrían haber tenido éxito los intentos de armonizar las políticas sociales o habrían bloqueado el conjunto de la integración europea?» (58). Se trata de

(57) Significativo es, a este respecto, A. MÜLLER-ARMACK: «Die Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes», en *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, Freiburg i.Br., 1966, págs. 401 y sigs. Para un nuevo planteamiento ajustado a la actualidad acúdase a J. DREXL: «Wettbewerbsverfassung», en A. v. BOGDANDY: *Op. cit.* (nota 20), págs. 747-802.

(58) F. W. SCHARPF: «The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity», *Journal of Common Market Studies*, 40 (2002), págs. 645-670, especialmente págs. 645 y sigs.; véase, además, PH. MANOW, A. SCHÄFER y H. ZORN: «European Social Policy and Europe's Centre of Gravity, 1957-2003» (nota 55), en particular las págs. 16 y sigs. y su referencia a A. MILWARD: *The European Rescue* (nota 54), págs. 213 y sigs.

una cuestión interesante, pero que, como el propio Scharpf añade, nunca podrá ser respondida.

Simplemente podemos saber lo que ha sucedido en la realidad, es decir, la divergencia entre la dimensión social y la institucionalización de un «sistema de libre competencia sin restricciones» europeizado, lo que era bastante del gusto de los ordo-liberales. Desde su punto de vista, el nivel de gobierno europeo no podía (y de hecho, no debía) asumir tareas políticas que requiriesen de una legitimidad equiparable a la proporcionada por sus instituciones a las democracias constitucionales. Al margen de la simpatía que uno tenga con las premisas normativas del argumento, no cabe duda de su coherencia y compatibilidad con el orden institucional de la Comunidad Económica Europea tal y como fue originalmente concebida (59). La comunidad política ordo-liberal europea ha de tener una doble estructura: en el nivel supranacional está orientada hacia la racionalidad económica y un sistema de libre competencia, mientras que es en el ámbito nacional en el que han de ser concebidas y desarrolladas las políticas redistributivas.

Resumiendo, Europa habría sido constituida como una comunidad política dual. Su «constitución económica» era apolítica en el sentido de que no estaba sujeta a intervenciones políticas. Ésta era su *raison d'être* constitucional-supranacional. La política social era tratada como una materia categóricamente distinta, constituía un dominio de la legislación política y, por tanto, debía permanecer en el ámbito nacional. Así pues, el enraizamiento del mercado en la sociedad podía y debía ser llevado a cabo por los Estados miembros de manera diferenciada. Y, durante aproximadamente una década, esa dualidad fue estable (60).

(59) E.-J. Mestmäcker, considerado, sin oposición en la actualidad, el más destacado intelectual de la tradición ordo-liberal, acaba de publicar recientemente sus ensayos más importantes acerca de la constitucionalización de la economía en la Unión Europea (*Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union. Beiträge zu Recht, Theorie und Politik der europäischen Integration*, Baden-Baden, 2003). El lapso de tiempo que estudia abarca desde 1965 hasta 2001, por lo que todas las etapas del proceso de integración son tomadas en consideración y los grandes temas debatidos. Menos impresionante en términos de construcción teórica, sin embargo, resulta ser la nueva edición de su *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Munich, 1974; E.-J. MESTMACKER y H. SCHWEITZER: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2.^a ed., Munich, 2004.

(60) Merece ser señalado que la construcción por completo posee afinidades estructurales, o al menos es compatible, con el análisis de J. H. H. Weiler acerca de la coexistencia de y la interdependencia entre el supranacionalismo legal y el intergubernamentalismo político en la Comunidad Económica Europea (véanse la nota 54 *supra* y el revolucionario escrito «The Community system: the dual character of supranationalism», *Yearbook of European Law*, 1 (1981), págs. 257 y sigs.).

III. LA AMBIGÜEDAD DE LOS DESARROLLOS POSTERIORES A 1985

El Libro Blanco sobre el Mercado Interior presentado por la Comisión De-lors en 1985 (61) es generalmente visto, y con razón, como un paso decisivo en el proceso de integración europea, al tiempo que como uno de sus verdaderos puntos de inflexión. Después de años de estancamiento, el proyecto europeo recuperó su dinamismo gracias a que todas las energías políticas fueron dirigidas hacia la consecución de un único objetivo: el mercado interior. Las valoraciones que merecieron la iniciativa de la Comisión y los procesos que desencadenó fueron, por supuesto, diversas y, en muchos casos, contrapuestas. Ante esta propuesta, los defensores de la constitución económica europea respondieron muy positivamente en un principio (1). Sin embargo, el Tratado de Maastricht de 1992, que pretendía transformar la Comunidad en una «Unión cada vez más estrecha», se topó con sólidas críticas vertidas desde este sector precisamente por la ampliación de las ambiciones europeas que implicaba (2). La Unión Monetaria, tal y como fue acordada en Maastricht y posteriormente interpretada (de forma constitucionalmente afirmativa) por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, supuso el comienzo de una nueva etapa (3).

1. ¿«Invasiones del mercado»? (62)

La iniciativa de la Comisión acerca del mercado interior puede ser interpretada como un esfuerzo por consolidar y dar prioridad a la institucionalización de la racionalidad económica en el proyecto de integración europea (63). Por supuesto, esta fue la interpretación compartida y promovida por aquellos observadores más comprometidos con la tradición ordo-liberal, cuyas razones fueron expuestas en pertinentes publicaciones que constituían los baluartes de esa corriente de pensamiento, como la del *Consejo Asesor del Ministerio Federal de Economía* (64) o la de la *Comisión de los Monopolios* (65).

El Libro Blanco supuso el rechazo de la tradicional estrategia de armoniza-

(61) Comisión Europea, *La plena realización del mercado interior: Libro Blanco de la Comisión a la atención del Consejo Europeo*, COM (85) 310 final, de 14 de junio de 1985.

(62) En referencia al texto de S. Lukes (véase nota 70, *infra*) (*N. del T.*).

(63) CH. JOERGES: «Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty» (nota 12), págs. 37 y sigs.

(64) Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, *Stellungnahme zum Weißbuch der EG-Kommission über den Binnenmarkt* (Schriften-Reihe 51), Bonn, 1986.

(65) Monopolkommission, «Achstes Hauptgutachten der Monopolkommission 1988/1989», BT.-Drucksache 11/7582 de 16 de julio de 1990, 401.

ción de políticas como consecuencia de la ya por aquel entonces legendaria sentencia *Cassis de Dijon* (66) y del apoyo general que suscitaba la implantación del nuevo enfoque derivado del principio de reconocimiento mutuo en ella reconocido. Si a ello le añadimos el reforzamiento de las cuatro libertades económicas que propugnaba, podría interpretarse que el marco proporcionado por el Libro Blanco habría de fomentar los procesos de competencia entre regulaciones y que, por tanto, expondría la legislación nacional a controles reiterados de racionalidad económica. La disposición demostrada por el TJCE a la hora de revisar la «constitucionalidad» de la legislación nacional desde la perspectiva del artículo 30 TCE (ahora 28 TCE) se vio complementada por nuevos desarrollos en la política y el derecho de la competencia. De este modo, la atención se centró en los fallos normativos en lugar de en los de los mercados, pasándose del control de las prácticas anticompetitivas de los actores privados a la promoción de la regulación anticompetitiva y contraria a las ayudas de estado. Y, partiendo de esas premisas, la consecuencia natural fue el incremento de las demandas de desregulación y privatización.

¿Cómo encajaba esta reorientación sufrida por el proceso de integración europea con la constitución económica ordo-liberal? En principio podríamos decir que era difícilmente compatible. Pero el ordo-liberalismo tradicional había sido ya concienzudamente revisado a finales de la década de los sesenta por sus principales exponentes, cuya lealtad teórica pasó de estar supeditada al pensamiento de Walter Eucken al de Friedrich A. von Hayek. El «*Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*» (67) de este último se convirtió en el manifiesto y credo de una nueva generación de pensadores que trabajaban siguiendo la tradición ordo-liberal (68). Las implicaciones políticas y legales de la teoría revisada, que por cuestiones de espacio no pueden ser tratadas aquí, fueron analizadas con gran detalle, primero en el ámbito nacional y poco después en el

(66) Sentencia TJCE *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntweil*, de 20 de febrero de 1979 (as. 120/78).

(67) «La competencia como procedimiento de descubrimiento» (Competition as discovery procedure), Kiel, 1968, reeditado en F. A. VON HAYEK: *Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze*, Tübingen, 1969, págs. 249-265.

(68) El principal economista de la Escuela de Friburgo durante ese período fue Erich Hoppmann, mientras que el más importante y fascinante de entre los muchos juristas fue Ernst-Joachim Mestmäcker, un discípulo de Franz Böhm. Merecedora también de ser mencionada en el presente contexto es su contribución a la Convención Europea: véase el «Report to the European Convention on Economic Liberties», enviado por E.-J. Mestmäcker el 29 de octubre de 2002, disponible en la página web de la Convención (aunque aparentemente no llamó la atención del Grupo de Trabajo Working Group VI, dedicado a la Gobernanza Económica / *Ordnungspolitik* (al respecto, véase epígrafe 5.1 *infra*).

europeo. Pero esta segunda generación siguió siendo, al menos en buena medida, respetuosa con la tradición ordo-liberal. Según aquélla, el marco teórico en el que se supone que el proceso de integración europea se desarrolla es apolítico, en el sentido de que no está sujeto a debate o deliberación política alguna; es por ello que este marco teórico parece institucionalizar las libertades económicas y la racionalidad económica. Y lo hace de una manera mucho más flexible, pero también más exhaustiva, que la prevista originalmente por la escuela ordo-liberal. Por tanto, la propuesta defendida aun merece ser llamada «Constitución económica» (69).

Las esperanzas que articularon los más destacados exponentes de la escuela en torno a la nueva orientación del proceso de integración se correspondían con los recelos que levantaba en muchos otros críticos. El cisma entre defensores y opositores de esta orientación forma parte de un debate más amplio sobre los costes y beneficios que presenta este modo de gobernar el mercado (70). Esta querrela, por supuesto, resulta del todo relevante para la correcta evaluación del proyecto del Mercado Interior, pero no es «directamente aplicable» a la misma, simplemente porque su implementación incumplió las esperanzas de sus proponentes en la misma medida que demostró lo exagerado de las ansiedades de sus críticos. Lo que tenía como objetivo reforzar la competitividad europea y cumplir el objetivo del mercado interior a través de nuevas estrategias (desreguladoras), propició muy pronto la acción de la Unión Europea en ámbitos cada vez más abiertamente políticos y el desarrollo de una

(69) Este cambio desde del pensamiento de Walter Eucken al de Friedrich A. von Hayek, y, en particular, la modificación del énfasis desde las distorsiones de la competencia privadas a las públicas afecta al papel del Estado y de las instituciones estatales. W. E. Scheuerman argumenta en un ensayo reciente («Carl Schmitt and Friedrich A. Hayek», *Constellations*, 4 (1997), págs. 172 y sigs.) que las diferencias no son tan significativas como muchos estudiosos dan por supuesto. De hecho, von Hayek compartía la desconfianza ordo-liberal y, en este caso, schmittiana, en las instituciones de comunidades políticas pluralistas, así como en su actuación. Pero esta convergencia en el diagnóstico no implica la coincidencia en la respuesta. Ambos podían compartir la idea de que el intervencionismo del estado de bienestar conduciría a un estado fuerte «cuantitativamente» (véase C. Schmitt, nota 18 *supra*), pero Hayek ciertamente no optaba por el estado fuerte «cualitativamente» al que Carl Schmitt saludó después de 1933. Esto no es lo que Scheuerman insinúa, sino que, por el contrario, está interesado en la cadena de acontecimientos que implica el desmantelamiento radical del estado de bienestar y los riesgos sociales y políticos de la «curiosa propuesta institucional» vertida por von Hayek en *Law, Legislation and Liberty* (Scheuerman se refiere al vol. 3, Chicago, 1979, pág. 113).

(70) Véase, entre la literatura más reciente, la síntesis de los argumentos contra la preeminencia de la integración económica que realiza S. LUKES: «Invasions of the Market», en R. DWORKIN *et al.* (eds.): *From Liberal Values to Democratic Transition: Essays in Honor of János Kis*, Budapest-New York, 2004, Ch. 4.

actividad reguladora cada vez más sofisticada (71). En particular, resultó ineludible el compromiso de la legislación comunitaria y de la Comisión con la «regulación social» (salud y seguridad de los consumidores y trabajadores o protección medioambiental, principalmente). El peso y las dinámicas de esos ámbitos políticos habían sido por completo subestimados por los proponentes de la constitución económica (72).

2. ¿Erosiones del mercado?

Las alabanzas y elogios al programa del mercado interior no fueron muy duraderos, pues tanto la negociación como la posterior adopción del Tratado de Maastricht en 1992, ampliamente percibido como una profundización tendente a la consolidación del proceso de integración, fueron ferozmente criticadas (73). Las razones fueron múltiples y, dentro del marco teórico (neo)-ordoliberal, exhaustivas y concluyentes. ¿Cómo podría continuar asignándose una función constitutiva al «sistema de competencia sin distorsiones» cuando la promoción de un sistema tal es tan sólo uno de los varios objetivos contrapuestos entre sí y su peso relativo había de ser ponderado en procesos políticos? (74). ¿Cómo podría reconciliarse el compromiso adquirido en los asuntos económicos con la competencia entendida como un procedimiento de descu-

(71) Para una exposición exhaustiva, véase V. EICHENER: *Entscheidungsprozesse in der regulativen Politik der Europäischen Union*, Opladen, 1997.

(72) «Subestimado» es un concepto empírico y, por tanto, no es una base suficiente como para realizar una valoración de la agenda neo-ordo-liberal. Sería demasiado simplista, además, sugerir que teorías económicas pueden ser incapaces, en principio, de gestionar y resolver los problemas de la «sociedad del riesgo» (cfr., K.-H. LADEUR: *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation*, Tübingen, 2000, especialmente en págs. 171 y sigs.; A. ARCURI: «The Case for a Procedural Version of the Precautionary Principle Erring on the Side of Environmental Preservation», en D. MORTIMOR (ed.): *Frontiers on Regulation and Liability*, Aldershot, Ashgate (en prensa)). Lo que sí es cierto, no obstante, es que los protagonistas de la constitución económica permanecieron en silencio y contribuyeron por consiguiente a la devaluación de su enfoque.

(73) Véase W. MUSSLER: *Op. cit.* (nota 55), págs. 166 y sigs.; M. STREIT y W. MUSSLER: «The Economic Constitution...» (nota 55); P. BEHRENS: «Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft», en G. BRÜGGEMEIER: *Op. cit.* (nota 55), págs. 73 y sigs.; W. MUSSLER: *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel. Von Rom nach Maastricht*, 1998, págs. 166 y sigs.; y, con más elegancia, E.-J. MESTMÄCKER: «On the Legitimacy of European Law» (1993), reeditado en *idem* (nota 59), págs. 133 y sigs.

(74) Véanse los artículos 2 y 3, apartado g, del Tratado de la Comunidad Europea tal y como fueron enmendados por Tratado de Maastricht.

brimiento con el reconocimiento de la política industrial como una materia constitucionalmente legitimada? El Tratado de Maastricht supuso, por tanto, el fin de la constitución económica. Desde el momento de su aprobación, la escuela ordo-liberal se redefinió a sí misma como un movimiento de oposición al mismo (75). Con esto no pretendo decir que los miembros de esta escuela renunciaran a su forma de pensar. Muy al contrario, continuaron desarrollando su enfoque y explorando todas las posibilidades de reforzar su peso e impacto (ahora relativos) (76). El cambio fue de actitud: de la inicial identificación plena con el proceso de integración pasaron a la posterior crítica del nuevo camino emprendido por éste.

3. ¿Derecho contra política? La Unión Monetaria, la sentencia Maastricht y el Pacto de Estabilidad

Una gran oportunidad para promover la causa ordo-liberal pareció surgir en el contexto de las objeciones presentadas al Tratado de Maastricht, siendo una de las principales la elevada ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) (77). Su presentación era al menos interesante, si no elegante, y encajaba perfectamente con el primer grupo de premisas señaladas en la introducción (78): las competencias de la Comunidad Europea, ahora Unión Europea, estaban numeradas y eran, por tanto, limitadas. Pero al tiempo eran, sin embargo, muy considerables e implicaban, según argumentaban quienes afirmaban la inconstitucionalidad de su ratificación, un desapoderamiento del Estado nación (alemán). Y si ese Estado se desapoderaba, ¿continuaba siendo un Estado democrático y constitucional de

(75) Véanse, por su particular claridad, M. E. Streit y W. Mussler; P. Behrens (tal y como se citan en la nota 55).

(76) P. BEHRENS: «Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Profil des Konventsentwurfs eines Vertrags über eine Verfassung für Europa», de próxima aparición en *Festschrift Ulrich Immengak*, 2004, es de algún modo más cauteloso en el tono empleado a la hora de valorar el Proyecto de Tratado Constitucional presentado por la Convención de lo que lo fue en el momento de presentar su crítica al Tratado de Maastricht (nota 55 *supra*). Pero lo esencial de su argumento es idéntico. Los múltiples compromisos constitucionales leídos en conjunto y a la luz del principio de coherencia del artículo III-1 del Tratado Constitucional [en el momento de la traducción, artículo III-115 (*N. del T.*)] deja indeterminado el peso del sistema de libre competencia en relación al resto de aspectos del proceso de integración.

(77) Sentencia sobre el Tratado de Maastricht de 12 de octubre de 1993, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 89, 155, (1994) 1 *CMLR* 57.

(78) Texto que acompaña a las notas 6 y sigs.

conformidad con su propia constitución? En su respuesta a esta cuestión, el *Bundesverfassungsgericht* reafirmó su compromiso de defensa de la democracia constitucional alemana contra cualquier erosión de la propia estatalidad. Pero la sentencia concluía afirmando la constitucionalidad de la integración europea, confirmando la legitimidad constitucional de las ideas ordo-liberales y restringiendo el poder que los Estados miembros tenían sobre sus economías.

¿Cómo pudo el Tribunal lograr tales objetivos simultáneamente, al tiempo que las implicaciones más profundas de su razonamiento pasaban desapercibidas? La paradoja esencial en el razonamiento del Tribunal se advertía de inmediato. Efectivamente, el *Bundesverfassungsgericht* consideró una obligación constitucional que el Parlamento Alemán retuviese las competencias esenciales. Dicho lo cual, el Tribunal da un giro de carácter estrictamente ordo-liberal a su argumento, al sostener que la integración económica ha de ser calificada como un fenómeno *no político* que sucede de forma autónoma, al margen de los Estados miembros. La única legitimidad que requiere la Unión Monetaria es una legitimidad funcional basada en el compromiso institucionalmente garantizado de la estabilidad de precios y las normas contra los déficit fiscales excesivos. Con un diseño institucional como ése, concluía el Tribunal, la integración económica no habría de ser cuestionada desde la perspectiva de la legitimidad democrática. Dicho de otro modo, Europa podría continuar siendo un «mercado sin Estado» mientras sus sub-unidades, una vez llamados *Herren der Verträge* (79), se verían degradados a ser «Estados sin mercados» (80).

Esta lectura está obviamente inspirada en el marco interpretativo empleado en este artículo. Fuera de Alemania (e incluso en los sectores alemanes del derecho público dedicados al estudio del proceso de integración europea), la paradoja implícita en la argumentación del Tribunal pasó inadvertida. En cambio, la defensa de las democracias ligadas al Estado nación realizada por el *Bun-*

(79) En alemán en el original. Se trata de la conocida denominación de los Estados miembros como «señores de los Tratados» (*N. del T.*).

(80) CH. JOERGES: «States without a Market. Comments on the German Constitutional Court's Maastricht-Judgment and a Plea for Interdisciplinary Discourses», *NISER Working-Paper*, Utrecht, 1996, también disponible en <http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-020.htm>. Ciertamente, uno ha de preguntarse si el Tribunal quería ser tomado en serio al imponer estas restricciones. «No literalmente» es la contestación que uno puede deducir de la respuesta del *Bundesverfassungsgericht* a la subsiguiente queja contra la entrada en la tercera fase de la Unión Monetaria, pues las instituciones políticas competentes pueden contar con la prerrogativa de que disponen a la hora de valorar la situación económica y monetaria. Véase *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 97, 350 – Euro.

desverfassungsgericht fue objeto de acusaciones varias, incluida la de retomar (o al menos recordar) ideas schmittianas (81). Incluso si esto fuese cierto, lo dicho aquí es quizá bastante más importante. El razonamiento del Tribunal implicaba que Alemania estaba, desde el punto de vista del derecho constitucional, impedida de participar en la Unión Monetaria si el resto de Europa no suscribía la filosofía monetaria de la propia Alemania.

Existen pocas razones para estar orgulloso de la imposición de los conceptos ordo-liberales al resto de Europa, pero existen muchas más para creer que, como mucho, esta fue una victoria pírrica. En términos de política económica y de democracia política, el aspecto más problemático de las reformas introducidas en 1992 afectaba a la política fiscal. Se pretendía asegurar una racionalidad presupuestaria no a través del diseño del proceso político, sino a través de su inclusión en el derecho positivo, principalmente merced a las reglas establecidas en el artículo 104 TCE y en el Protocolo «sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo». El reemplazo de la política fiscal por reglas prefabricadas aunque, en muchos aspectos, también indeterminadas, refleja la precaria legitimidad política del conjunto de la construcción. La política fiscal es política económica. Pero, a pesar de todo, es política, por lo que algunos actores claramente identificables por el ciudadano han de ser responsables de la misma. Las normas marco y su implementación a través de la Comisión Europea constituyen el modelo típico de actuación. Y dondequiera que Europa necesite organizar un campo político en el que los poderes legales o los recursos administrativos del nivel europeo de gobierno sean insuficientes, no le quedará más remedio que valerse de tales técnicas.

Esto indica que los Estados europeos no son capaces (ni desean serlo) de cumplir con un compromiso institucional que nació de la necesidad de encontrar una respuesta supranacional *no política* en un ámbito político que fue una vez parte esencial de la soberanía nacional y de la política sujeta a control parlamentario. Hoy en día no sólo Alemania, por aquel entonces el confiado promotor de la estabilidad a través de normas vinculantes, sino también Francia, Holanda y otros seis Estados miembros (al margen de los recientemente adheridos) exceden el límite del 3 por 100 de déficit anual, establecido como máximo. ¿Acaso son frágiles los pilares sobre los que se asientan las reglas del Pacto de Estabilidad? Barry Eichengreen, un economista estadounidense que ha observado y estudiado la política monetaria europea derivada del Tratado de

(81) Véase J. H. H. WEILER: «Does Europe Need a Constitution? Reflections on Demos, Telos and the German Maastricht Decision», en *European Law Journal*, 1 (1995), págs. 219 y sigs. (también incluido en O. DUE, M. LUTTER y J. SCHWARZE: *Festschrift für Ulrich Everling*, vol. 2, Baden-Baden, 1995, págs. 1651 y sigs.).

Maastricht (82), así lo cree. Una de las razones que aduce es que «el umbral numérico del 3 por 100 no está sólidamente fundamentado en la teoría» (83), idea que a veces expresa en términos menos diplomáticos (84). Se podrá objetar que me refiero sólo a un economista entre los muchos que escriben sobre la materia. Lo que es indiscutible, no obstante, es el hecho de que existe controversia acerca de lo razonable que resultan las normas que los Estados miembros han firmado.

De los juristas no se espera que examinen las razones, sino que obedezcan a las autoridades, como señaló una vez Immanuel Kant de forma un tanto sarcástica (85). En un campo tan fuertemente acaparado por un conocimiento no experto en derecho y tan difícil de prever con anterioridad mediante criterios estables y bien fundados como éste, existen poderosas razones para ser cautos acerca de la adopción de decisiones a través del derecho (86). ¿Estarán los actores institucionales bien advertidos de que no han de buscar respuestas legales a estas cuestiones que van más allá del derecho?

Esta es una pregunta que el TJCE tuvo que tratar en una sentencia reciente (87). El 27 de enero de 2004 la Comisión Europea acudió al TJCE requiriendo la anulación de ciertos actos del Consejo (88). La Comisión solicitó que el Tribunal declarase *inter alia* que las conclusiones del 25 de noviembre de 2003 del Consejo de asuntos económicos y financieros (ECOFIN), en las que se negaba a «adoptar los instrumentos formales contenidos en las recomendaciones de la Comisión con arreglo al artículo 104 TCE, apartados 8 y 9»,

(82) Véase su «Should the Maastricht Treaty be Saved?», *Princeton Studies in International Finance*, 74, Princeton, 1992.

(83) En su Working Paper PEIF-6, «Institutions for Fiscal Stability», que preparó para la cumbre económica de Munich de 2 y 3 de mayo de 2003.

(84) Un ejemplo más áspero es su «3 percent ceiling is at best silly and at worst perverse», que escribió para *DIE ZEIT* de 20 de noviembre de 2003.

(85) IMMANUEL KANT: «The Contest of Faculties», en KANT: *Political Writings* (Hans Reiss, ed.; 2.ª ed., 1991).

(86) M. J. HERDEGEN: «Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom», *Common Market Law Review*, 35 (1968), págs. 9 y sigs.

(87) Sobre todo lo siguiente, *cfr.* R. STREINZ, CH. OHLER y CH. HERRMANN: «Todgesagte leben länger – oder doch nicht? Der Stabilitäts- und Wachstumspakt nach dem Beschluß des Rates vom 25. 11. 2003 über das Ruhen des Defizitverfahrens gegen Frankreich und Deutschland», *Neue Juristische Wochenschrift*, 57 (2004), págs. 1553 y sigs. Y la reconstrucción de los hechos en los fundamentos jurídicos 7 y sigs. de la Sentencia del TJCE de 13 de julio de 2004 en el asunto C-27/04 - *Comisión c. Consejo*.

(88) Sentencia TJCE, *Comisión c. Consejo* (asunto C-27/04); *cfr.*, DOCE C 354 de 7 febrero de 2004.

eran contrarias a derecho y habían de ser anuladas. La Comisión había abierto un procedimiento de déficit público excesivo a Alemania en noviembre de 2002, y el Consejo había confirmado, en una decisión del 21 de enero de 2003, que existía ese déficit excesivo. La instrucción de un procedimiento de déficit público excesivo a Francia había comenzado en abril de 2003, siendo confirmado el desequilibrio fiscal por el Consejo el 3 de junio de 2003. La Comisión recomendó entonces al Consejo el 8 de octubre «que declarase que la República Francesa no había adoptado ninguna medida efectiva», y el 21 de octubre «que, de conformidad con el artículo 104 TCE, apartado 9, formulase una advertencia a la República Francesa para que adoptase las medidas dirigidas a la reducción del déficit» (89). Alemania fue tratada de igual forma (90). El Consejo votó acerca de las solicitudes sin alcanzar la mayoría exigida por el artículo 104 TCE, apartado 13. Asimismo, votó también acerca de las recomendaciones presentadas por la Comisión en virtud del artículo 104 TCE, apartado 9. En sus conclusiones, el Consejo aducía que había «decidido no actuar, por el momento, sobre la base de una recomendación para la adopción de una Decisión del Consejo con arreglo al apartado 9 del artículo 104 TCE de la Comisión» y que «había acordado» mantener el procedimiento de déficit público excesivo «en suspenso por el momento» (91).

¿Qué podía esperarse que resolviese el TJCE? ¿Atenerse al tenor literal de las disposiciones? ¿Mostrar deferencia hacia los Estados miembros más poderosos? (92). El TJCE no indicó lo que pensaba sobre la controversia acerca de la firmeza del Pacto de Estabilidad. En lugar de ello, subrayó la extrema importancia que todos los actores institucionales le atribuyeron (93), al tiempo que observó que no estaba legalmente previsto que se pudieran mantener «en suspenso» los procedimientos. Por ello concluyó que «[p]rocede anular, en consecuencia, las Conclusiones del Consejo adoptadas en relación con la República Francesa y la República Federal de Alemania, respectivamente, por cuanto contienen una decisión de suspender el procedimiento de déficit excesivo y una decisión por la que se modifican las recomendaciones adoptadas anteriormente por el Consejo con arreglo al artículo 104 TCE, apartado 7» (94).

(89) Sentencia TJCE (C-27/04), Fundamentos Jurídicos 9 y 10.

(90) Sentencia TJCE (C-27/04), Fundamentos Jurídicos 11 y 12.

(91) Sentencia TJCE (C-27/04), Fundamento Jurídico 20.

(92) *Cfr.*, la cautelosa respuesta (si no evasiva) del *Bundesverfassungsgericht* a los «cuatro profesores» que reclamaban que se examinase la legalidad de la supuestamente demasiado laxa aplicación por parte de la Comunidad de los criterios de convergencia exigidos por el Tratado de Maastricht (véase *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 97, 350 y nota 80 *supra*).

(93) Sentencia TJCE (C-27/04), Fundamentos Jurídicos 67 y sigs.

(94) Sentencia TJCE (C-27/04), Ffundamento Jurídico 97.

Sin embargo, el Tribunal afirmó que el Consejo disponía de «un margen de apreciación» y que «basándose en una apreciación diferente de los datos económicos pertinentes, de las medidas que se deben adoptar y del calendario que ha de respetar el Estado miembro afectado, puede modificar el acto recomendado por la Comisión si se reúne la mayoría necesaria para la adopción de dicho acto» (95). Por tanto, la solicitud de la Comisión es inadmisibles «en la medida en que tiene por objeto la anulación de la no adopción por el Consejo de los instrumentos formales contenidos en las recomendaciones de la Comisión con arreglo al artículo 104 TCE, apartados 8 y 9» (96).

¿Podía el Tribunal haber hecho otra cosa? ¿Debería haber indicado que los límites que impone el Pacto de Estabilidad a los gobiernos democráticamente legitimados deberían ser reconsiderados a la luz de los actuales esfuerzos de Europa por solventar su déficit democrático? Conviene señalar que el TJCE ejerció mucha más prudencia que la empleada en muchos de los comentarios vertidos a propósito del Proyecto de Tratado Constitucional, cuyos autores simplemente defendían las ideas que habían sido incorporadas en las disposiciones de Maastricht advirtiendo contra todo relajamiento de la disciplina autoimpuesta. Así, Paul Kirchhof, co-ponente de la sentencia *Maastricht* (97), se preguntaba si el mandato de sostenimiento de las políticas económicas generales de la Unión, dirigido a la Banca Central Europea en el artículo I-29.2, podría debilitar su objetivo de mantener la estabilidad de los precios (98). Peter Behrens, sobre la base de su cuidadoso análisis textual, concluye que las disposiciones pertinentes no han cambiado significativamente (99). El ampliamente debatido (100) asunto de la redacción del artículo I-3.3 en el Proyecto de Tratado fue zanjado por las enmiendas aprobadas por la Conferencia Intergubernamental en junio de 2004. «La estabilidad de los precios» está ahora incluida entre los objetivos a los que esta disposición atribuye dignidad constitucional. ¿Podemos dormir tranquilos otra vez? «El pacto de estabilidad está muerto y acabado» (101), señalaba Barry Eichengreen al inicio de la controversia, al tiempo que su cumplimiento dañaría gravemente a la economía euro-

(95) Sentencia TJCE (C-27/04), Fundamento Jurídico 80.

(96) Sentencia TJCE (C-27/04), Fundamento Jurídico 36

(97) *Supra* nota 77.

(98) P. KIRCHHOF: «Europa auf dem Weg zu einer Verfassung?», *ZES*, 2003, págs. 358 y sigs. (en pág. 379).

(99) *Supra* nota 76.

(100) Fundamentalmente por el Banco Central Europeo con su *Dictamen del Banco Central Europeo de 19 de septiembre de 2003 sobre el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (CON/2003/20), párrafo 8.

(101) De ahí el título de su publicación en el *DIE ZEIT* (nota 84).

pea, y a la alemana en particular, lo que sería contrario al interés europeo. ¿Quién lo sabe? Quizás nosotros, los juristas, no deberíamos tener responsabilidad alguna sobre decisiones en las que nos arriesgamos a contribuir al descrédito del derecho (102). El riesgo constitucional inherente a una positivación mal concebida de las responsabilidades sobre la política fiscal y monetaria es la creación de un vacío en el que los actores políticos no pueden ser hechos responsables y la propia idea de legitimidad a través del derecho es destruida (103). El triste mensaje final es que el Tratado de Maastricht y la sentencia *Maastricht* resultaron una victoria pírrica por dos razones. En primer lugar porque se confirmó la desconexión entre la constitución económica y la social, profundizando de este modo el déficit social europeo. Y en segundo término, porque en lugar de establecer la primacía del derecho sobre las políticas fiscal y monetaria, Maastricht ha des-juridificado la constitución económica (y ahora parece que el esfuerzo por resolver el déficit social ha caído en la misma trampa).

IV. ¿ESTAMOS A PUNTO DE LLEVAR A JUICIO AL DERECHO? ALGUNAS PREGUNTAS ACERCA DEL «MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN»

Así pues, ¿qué nos queda de la constitución económica europea y qué tiene de social-demócrata? En lo que concierne la primera cuestión, hemos de concluir que no mucho; tal vez una abstracta idea normativa que cada vez pierde más terreno en los debates conceptuales y en la esfera política europea. A la segunda pregunta es cada vez más frecuente responder afirmando que puede desarrollarse una nueva forma de gobernanza que permitiría subsanar el déficit social europeo. Esta nueva forma de gobernanza es el *método abierto de coordinación*.

1. *El desarrollo del concepto*

Como todo en este mundo, el método abierto de coordinación ha tenido sus

(102) Véase M. J. HERDEGEN: *Op. cit.* (nota 86).

(103) Véanse F. SNYDER: «EMU Revisited: Are we Making a Constitution? What Constitution are we Making?», *EUI Working Paper Law 98/6*, del que existe una versión abreviada en P. CRAIG y G. DE BÚRCA (eds.): *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, págs. 417 y sigs.; M. EVERSON: «The Constitutional Law of the Euro? Disciplining European Governance», en P. BEAUMONT y N. WALKER (eds.): *Legal framework of the Single European Currency*, Oxford, 1999, págs. 119 y sigs.

precursores (104), pero seguro es *cum grano salis* tomar el Consejo Europeo de Lisboa de 2000 como su fecha oficial de nacimiento (105). Este Consejo estuvo fundamentalmente dedicado a temas relacionados con la sociedad del conocimiento y a establecer objetivos muy ambiciosos para Europa en todos los sectores relacionados con ella. Sin embargo, también renovó la agenda de la «Europa social» y trató de convertir en virtud lo que hasta entonces había sido percibido como un defecto, a saber, la ausencia de competencias genuinamente europeas en materia social y la inadaptación del método comunitario a esta materia. El método abierto de coordinación promete ser, según argumenta Jonathan Zeitlin:

«un modelo atractivo de cómo una forma no coercitiva de coordinación, que pone énfasis en el aprendizaje mutuo y en el intercambio de las mejores prácticas, puede ser aplicado a un campo político tan sensible como el de la protección social, caracterizado por amplias diferencias institucionales entre los diversos Estados miembros de la Unión Europea, en los que la armonización es considerada por muchos ni posible ni deseable» (106).

El primer objetivo al que se aplicó el método abierto de coordinación fue a la elaboración de una Estrategia Europea de Empleo. El desempleo es un problema acuciante en muchos de los Estados miembros, pero en el nivel europeo de gobierno no puede ser afrontado directamente dadas las competencias y medios de la Unión. No obstante, sí puede ser discutido, al igual que pueden ser acordados objetivos no vinculantes y presentadas líneas maestras de actuación, pudiendo tales recomendaciones ser entonces adaptadas a los específicos contextos internos de los Estados miembros. Este tipo de implementación no puede verse sujeta a los controles a través de los cuales la Comunidad asegura habitualmente el cumplimiento de sus políticas y del marco legislativo que las

(104) Se podría traer a colación aquí la coordinación de políticas económicas prevista en el artículo 99 TCE. El Pacto de Estabilidad, no obstante, tiene otra naturaleza, pues constriñe de forma muy estricta los principales instrumentos económicos del Estado en aras de alcanzar el objetivo político de la estabilidad presupuestaria. Mucho más importante es el «giro hacia la gobernanza» que de forma general ha emprendido la Unión Europea (*cf.* extensamente con CH. JOERGES: «The Law in the Process of Constitutionalising Europe», *EUI Working Paper Law 4/2002* y con CH. JOERGES y M. EVERSON: «Law, economics and politics in the constitutionalization of Europe», en E. O. ERIKSEN, J. E. FOSSUM y A. J. MENÉNDEZ: *Developing a Constitution for Europe*, London y New York, 2004, especialmente págs. 162 y sigs., así como págs. 173 y sigs.).

(105) Las conclusiones del mismo están disponibles en: <http://europa.eu.int/council/off/conclu/mar2000/index.htm>.

(106) J. ZEITLIN: «Comments on Jacobsson and Vifell, Employment Policy Co-ordination: Between Deliberation and Discipline?», Ms. Madison, 2004.

desarrolla, pero las actividades nacionales sí pueden ser sujetas a evaluación comparada (*benchmarking*). La esperanza de quienes ven positivamente tales prácticas es que conducirán al aprendizaje mutuo y, por tanto, a mejorar la actuación de los Estados miembros en materia de empleo (107).

El método abierto de coordinación ha sido desde entonces aplicado a otros ámbitos, como la inclusión social o las pensiones, llegando a convertirse en algo así como un *Leitbild* (108) en la izquierda política (109). También ha sido objeto de gran interés en los trabajos de la Convención de Laeken. De hecho, el informe final del Grupo de Trabajo VI («Gobernanza económica») afirmaba: «El Grupo de Trabajo considera que el método abierto de coordinación ha probado ser un instrumento útil en aquellas áreas políticas en las que no existe un elemento de coordinación más fuerte» (110). Estas consideraciones tan positivas fueron compartidas por otros grupos de trabajo, por lo que no es de extrañar que se propusiera su constitucionalización (111).

Sin embargo, nunca ha existido unanimidad, ni en el seno de la Conven-

(107) Como fue subrayado en la cumbre de Lisboa, el método abierto de coordinación supone «un enfoque completamente descentralizado» que puede ser aplicado «de acuerdo con el principio de subsidiariedad. (...) La Unión, los Estados miembros, los niveles regionales y locales, así como los interlocutores sociales y la sociedad civil pueden y deben estar activamente implicados, empleando para ello distintas formas de relacionarse». Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Lisboa, 23 y 24 de marzo de 2000 (<http://europa.eu.int/council/off/connclu/mar2000/index.htm>).

(108) En alemán en el original. «Ejemplo», «paradigma» o, tal vez lo más indicado aquí, «modelo a seguir» (*N. del T.*).

(109) Principalmente Maria João Rodrigues, profesora de la Universidad de Lisboa y asesora especial del Primer Ministro, además de coordinadora del Consejo de Lisboa (véase, editado por ella, *The New Knowledge Economy in Europe*, Cheltenham, 2002); y Frank Vandembroucke, Ministro de Empleo y Pensiones del Gobierno Federal Belga; *cf.*, su ponencia «Promoting active welfare states in the EU» en la Universidad de Wisconsin, Madison, de 30 de octubre de 2003 (en archivo con el autor); véase, además, su introducción («Foreword»), en G. ESPING-ANDERSEN y otros (eds.): *Why We Need a New Welfare State*, Oxford, 2003, págs. viii-xxiv.

(110) Véase el documento CONV 516/1/03, del Grupo de Trabajo XI, Europa Social, págs. 18-19; *cf.*, «Tomorrow Europe», julio de 2003, núm. 17, en pág. 3: «Aquellos que se oponen a incluir tal referencia han esbozado tres grupos de argumentos: el miedo a incorporar un método intergubernamental que es muy posible que comprometa la definición de las competencias a duras penas conseguidas; la falta de transparencia y control democrático; y la falta de legitimidad debida a la implicación de un gran número de expertos en el proceso».

(111) Véanse G. DE BÚRCA y J. ZEITLIN: «Constitutionalizing the Open Method of Co-ordination. A Note for the Convention», Florence-Madison, 2002; CH. F. SABEL y J. ZEITLIN: «Networked Governance and Pragmatic Constitutionalism: The New Transformation of Europe», New York-Madison, 2003. Visítese asimismo la página web: <http://eucenter.wisc.edu/OMC/index.htm>.

ción ni en ningún otro foro, acerca de la consideración que merezca el método abierto de coordinación. Milena Büchs (112), en un exhaustivo y muy reflexivo análisis de los debates, distingue entre tres cuestiones centrales: (1) La primera hace referencia a la eficacia del método abierto de coordinación. ¿Qué ha hecho creer al Grupo de Trabajo VI que este método ha probado ser un instrumento útil? (2) Este interrogante empírico primario es complementado con un análisis, por una parte, de las relaciones entre las estructuras políticas de la Unión Europea, y por otra, de los dilemas de la política social europea, para finalmente proceder a la búsqueda de explicaciones de por qué el método abierto de coordinación habría de permitir (o no) superar estas dificultades. (3) El tercer debate se refiere a la legitimidad del método abierto de coordinación, en los dos sentidos del término: ¿será este método aceptado, por ejemplo, en razón de los resultados beneficiosos que implicará para la mayoría de los europeos? O, alternativamente, ¿las prácticas del método abierto de coordinación serán reconocidas como legítimas al reforzar la democracia y la calidad normativa de la Unión Europea?

2. La Legitimidad de resultado (113)

El desconocimiento acerca de los posibles efectos del método abierto de coordinación no resulta sorprendente y las afirmaciones que lo presentan como

(112) «Dilemmas of the post-regulatory approach for European social policy», Ms. Berlín, 2004. ¿Están los alemanes tomando un *Sonderweg* [en alemán en el original. Esta vez convendría traducirse por «camino propio» (*N. del T.*)] a la hora de evaluar el método abierto de coordinación?

(113) La distinción entre legitimidad de resultado (*output legitimacy*) y legitimidad de origen (*input legitimacy*) es tan ampliamente empleada como problemática [véase B. PETERS: «Public Discourse, Identity, and the Problem of Democratic Legitimacy», en E. O. ERIKSEN (ed.): *Making the Euro-Polity. Reflexive Integration in Europe*, Londres (en prensa)]. Su uso en este artículo hace referencia a las diferencias existentes entre las objeciones puestas contra la eficacia del método abierto de coordinación y su reconocimiento como una alternativa legítima a la forma de gobernar mediante el derecho vinculante. Para una crítica seria de los argumentos en favor del método abierto de coordinación desde el enfoque de la legitimidad de resultado, *cfr.* A. SCHÄFER: *Zwischen internationalen Zielen und nationaler Politik: wirtschaftspolitische Koordinierung in der Europäischen Union, der OECD und dem internationalen Währungsfonds*, Frankfurt a. M. (en preparación). Schäfer insiste en que ante todo debemos intentar explicar por qué y en qué contexto institucional y político fue adoptado el método abierto de coordinación y sostiene que la informalidad del método refleja la divergencia entre diferentes visiones y estrategias nacionales así como la falta de voluntad para someter a los sistemas nacionales a cambios en sus políticas. En su análisis el método abierto de coordinación complementa el giro dado desde el keynesianismo al monetarismo, tal y como ha sido institucionalizado en la estricta Unión Monetaria y a través del Pacto de Estabilidad. Asimismo confirma el viejo cisma entre el Estado de bienestar y la integración económica.

algo parecido a una *Wunderwaffe* (114) que ganará la batalla contra el modelo social que determina la integración europea no han de ser tomadas al pie de la letra. Sin embargo, David M. Trubek, uno de los más elocuentes defensores del método, hace hincapié en que deberíamos entender su aparición como una respuesta posible a los dilemas de las políticas de bienestar nacionales, por lo que propone que diseñemos nuestras agendas de investigación consecuentemente. Según este profesor estadounidense, debemos analizar su potencial para evaluar de nuevo las políticas sociales de un modo más flexible, participativo y experimental y, para ello, hemos de tener como referencia un sistema de gobernanza multinivel (115). El método abierto de coordinación, leemos en uno de sus más recientes trabajos, «creará redes transnacionales de transmisión de experiencias nacionales que abrirán paso a nuevas formas de pensamiento acerca de la política social transfronteriza; ampliará la participación en esas redes políticas transnacionales para asegurar su legitimidad y eficacia; fusionará la perspectiva técnica con el conocimiento práctico y las nuevas visiones normativas; combinará un enfoque técnico de solución de problemas con una deliberación participativa; facilitará experimentos en el nivel local; producirá aprendizaje a través de esa experimentación descentralizada, de la evaluación comparada generalizada, del intercambio de las mejores prácticas y de la revisión crítica (*peer review*); tratará conjuntamente diferentes campos políticos; fomentará la cooperación entre los ámbitos público y privado; e impedirá todo movimiento contrario al objetivo final perseguido a través del control multilateral de los resultados y del consiguiente interés de las autoridades competentes por no quedar en evidencia en caso de que aquellos fuesen negativos». Trubek añade, sin embargo, que tales propuestas deben estar «sujetas a un riguroso control» (116).

(114) En alemán en el original. «Arma milagrosa» (*N. del T.*).

(115) D. M. TRUBEK y J. MOSHER: «New Governance, EU Employment Policy, and the European Social Model», en CH. JOERGES, Y. MÉNY y J. H. H. WEILER (eds.): *Mountain or Molehill?*, *Symposium on the Commission White Paper on Governance*, New York University School of Law 2001, accessible at www.iue.it/RSC/e-texts/WPgovernance.pdf (también publicado en J. ZEITLIN y D. TRUBEK (eds.): *Governing Work and Welfare in a New economy: American and European Experiences*, Oxford, 2003, págs. 51 y sigs.); D. M. TRUBEK y L. TRUBEK: *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination*, Center for World Affairs and the Global Economy, European Union Center and Law School, University of Wisconsin, 2004.

(116) No tan riguroso y con algunas reservas al respecto, B. BERCUSSON: *Social Rights in the European Constitution*, Londres, 2004: «Todavía hemos de comprobar si el método abierto de coordinación, hasta ahora criticado por su eficacia al ser implementado por las administraciones de los Estados miembros en el ámbito de la política de empleo, es apropiado para el Programa de Trabajo sobre Empleo de los Interlocutores Sociales. Si las recomendaciones colectivas y otros

3. Cuestiones normativas

Es difícil no estar de acuerdo con esta forma de entender el método abierto de coordinación. Pese a ello, hemos de considerar los riesgos que corremos una vez que esta maquinaria haya sido puesta en marcha. Ante todo está la particularmente inquietante objeción presentada por Claus Offe (117), según la cual el método abierto de coordinación tiene efectos, pero no los esperados. Uno de los más graves de esos efectos será la destrucción de los modelos no anglosajones de estado de bienestar en Europa. ¿Pero cómo podrían saberlo el derecho y los juristas? En ningún modo resulta excepcional que el derecho y los juristas se vean enfrentados a controversias acerca de asuntos que apenas alcanzan a comprender o a la incertidumbre de algunas de las consecuencias que implican sus decisiones. Deben, por tanto, comprender su tarea de proporcionar respuestas a tales dificultades. El método abierto de coordinación es un instrumento diseñado para encontrar, no para implementar, soluciones. Incluso si ello es así, ¿está correctamente diseñado a tal efecto?

3.1. ¿Experimentalismo democrático?

Los antecedentes teóricos que invocan los defensores del método abierto de coordinación han sido desarrollados al margen del marco europeo (118). Han sido experimentados en el derecho administrativo americano (119) antes de ser presentados en Europa (120) y de que se fusionasen con el método abierto de coordinación (121).

instrumentos no jurídicos continúan siendo poco (o nada) efectivos, estas deficiencias deberían implicar la adopción de otros pasos más rigurosos hacia la eficacia, incluyendo algún tipo de acuerdos jurídicos vinculantes o de legislación» (en pág. 21).

(117) Véase nota 6. De forma parecida, D. CHALMERS y M. LODGE: *The Open Method of Coordination and the European Welfare State, ESCR Discussion Paper*, 11, Londres (LSE), 2003.

(118) Cfr., la reconstrucción realizada por W. E. SCHEUERMAN: «Democratic Experimentalism or Capitalist Synchronization? Critical Reflections on Directly-Deliberative Polyarchy», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 17 (2004), págs. 101-127, (especialmente en págs. 108 y sigs.). Cfr. también el anterior CH. F. SABEL: «Bootstrapping Reform: Rebuilding Firms, the Welfare State, and Unions», *Pol. & Soc.* 23 (1995), págs. 5 y sigs.; J. COHEN y CH. F. SABEL: «Sovereignty and Solidarity: EU and US», en J. ZEITLIN y D. M. TRUBEK (eds.): *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments*, Oxford, 2003, págs. 345-375.

(119) M. C. DORF y CH. F. SABEL: «A Constitution of Democratic Experimentalism», *Colum. L. Rev.*, 98 (1998), págs. 267 y sigs.

(120) J. COHEN y CH. F. SABEL: «Directly-Deliberative Polyarchy», *European Law Journal*, 3 (1997), págs. 313 y sigs.

(121) Cfr., J. SCOTT y D. M. TRUBEK: «Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union», *European Law Journal*, 8 (2002), págs. 1-18; O. GERSTENBERG y

El enfoque propuesto por el *experimentalismo democrático*, es importante señalarlo, se inspira en la esfera social, principalmente de las prácticas organizativas de las empresas. En trabajos atrevidos y fascinantes (122), Charles Sabel y sus colaboradores aplicaron las lecciones de la variante japonesa del capitalismo (específicamente, sus prácticas de evaluación comparada, la necesidad de adaptarse al cambio incesante (123), el compromiso con la experimentación permanente, el interés y la disposición al aprendizaje mutuo fruto de la evaluación y el control independiente o el establecimiento de sistemas de medición y evaluación) a *órganos administrativos*, argumentando que sus prácticas reguladoras deberían seguir el modelo de la economía y de la sociedad. El experimentalismo democrático promete que «una institucionalización exitosa de los principios de evaluación comparada, ingeniería simultánea y control independiente nos permite manejar mejor la volatilidad y la diversidad» (124) (y no sólo en las empresas). El constitucionalismo europeo ha reaccionado habitualmente con indiferencia ante argumentos de tal índole y naturaleza. A primera vista este mensaje puede parecer un extraño circuito cerrado que comienza en la esfera pública y se adentra después en el reino del ámbito privado, para finalmente llevar los mensajes de nuevo al punto de partida. ¿Acaso no hemos aprendido a emplear todo tipo de instrumentos legales (desde el derecho mercantil a las regulaciones económicas y de defensa de la competencia) para conseguir domesticar a la empresa privada? ¿Por qué razón existe una percepción tan extendida de la necesidad de ampliar el alcance de los derechos fundamentales a la esfera privada si la gobernanza privada, de todos modos, desarrolla unas cualidades superiores? ¿Son todas las búsquedas de

CH. F. SABEL: «Directly-Deliberative Polyarchy, An Institutional Ideal for Europe?», en CH. JOERGES y R. DEHOUSSE (eds.): *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford, 2002, págs. 289-341; J. ZEITLIN y D. M. TRUBEK (eds.): *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments*, Oxford-New York, 2003.

(122) Véase, en particular, CH. F. SABEL: «Learning By Monitoring: The Institutions of Economic Development», en N. SMELSER y R. SWEDBERG (eds.): *The Handbook of Economic Sociology*, Princeton, 1994, págs. 137 y sigs.

(123) «Turbo-capitalismo» (*high-speed capitalism*) es la categoría que Scheuerman emplea, haciendo referencia a DAVID HARVEY: *Justice, Nature and the Geography of Difference*, Oxford, 1996, cuando explica su propia base analítica y sus perspectivas normativas; véase, asimismo, W. E. SCHEUERMAN: «Reflexive Law and the Challenges of Globalization», *J. Pol. Phil.* 9 (2001), págs. 81 y sigs.

(124) W. E. SCHEUERMAN (nota 122), en pág. 111. Véase O. GERSTENBERG: «Law's Polyarchy: A Comment on Cohen and Sabel», *European Law Journal*, 3 (1997), págs. 343 y sigs.; asimismo, R. SCHMALZ-BRUNS: «Deliberativer Supranationalismus. Demokratisches Regieren jenseits des Nationalstaats», *Zeitschrift für Internationale Beziehungen*, 6 (1999), págs. 185 y sigs., especialmente en págs. 236-238.

una constitucionalización de las esferas infra-constitucionales de un sistema legal y la búsqueda de un «constitucionalismo social» superfluas? (125). En un sentido irónico, el experimentalismo democrático puede ser considerado una herencia metodológica de la primera generación del ordo-liberalismo, pues invoca las cualidades inherentes a la esfera económica como el modelo que la forma de gobierno público debería respetar e internalizar. Aun más, sus afinidades con el procedimiento hayekiano de descubrimiento pueden parecer incluso mayores, ya que von Hayek substituyó el estado fuerte de los ordo-liberales por la poco conflictiva forma de gobierno basada en reglas legales generales (126). Estas afinidades son, sin embargo, muy limitadas. Mientras el ordo-liberalismo pretendía proteger el *ordo* (127) de la economía a través de un estado fuerte que hiciese cumplir rigurosamente las leyes contra prácticas de empresa restrictivas y el abuso del poder privado, el experimentalismo democrático se apoya en procesos políticos, modos de coordinación más maleables (por ser apenas vinculantes) y el sutil poder de la transparencia y la exposición a la crítica pública. Y, en contraste con el proceso hayekiano de descubrimiento, las propuestas encaminadas a institucionalizar el experimentalismo democrático apelan a la imaginación no sólo de los empresarios y de los participantes en el mercado, sino también la de los ciudadanos de la comunidad política deliberativa, depositando su confianza en la disposición de éstos a implicarse en la búsqueda de soluciones y en su interés por aprender unos de otros.

Se trata, sin duda, de una preciosa melodía. La pregunta, no obstante, es si debemos escucharla y, dejándonos llevar por ella, confiar en «un derecho tan poco vinculante que en ningún modo pueda caracterizarse como derecho» (128). Este poder supranacional tan flexible puede no ser tan inocente como aparenta, opina Alexander Somek. Los «nuevos modos de gobernanza», observa, «están marcados por dos características: primero, son informales en cuanto simplemente se basan en la reunión de información, el esbozo de planes de acción, la adjudicación de elogios públicos por las mejores prácticas y la puesta en evidencia de los que no hayan alcanzado los objetivos mínimos; segundo, aun cuando han sido designados para áreas políticas especiales, son sin

(125) Acerca de este concepto, véase nota 12 *supra*.

(126) Véase, para un análisis sistemático, H.-G. GRAF: *Muster-Voraussagen «und Erklärungen des Prinzips» bei F.A. von Hayek*, Tübingen, 1978; M. AMSTUTZ: *Evolutorisches Wirtschaftsrecht*, Baden-Baden, 2001, págs. 30 y sigs., y págs. 219 y sigs.; CH. MANTZAVINOS: «Das institutionenökonomisch-evolutionäre Wettbewerbsleitbild», *Preprints des Max-Planck-Instituts für öffentliche Güter*, Bonn, 2004/1.

(127) En latín en el original. Se refiere a la doctrina social católica (*N. del T.*).

(128) M. EVERSON: «The Constitutional Law of the Euro?» (nota 103), pág. 120.

embargo holísticas, lo que significa, en palabras de la Comisión Europea, «que implican la actuación en conjunto de los gobiernos, así como de un amplio número de interesados». En consecuencia, un poder no vinculante y difuso está ejerciendo su dominio sin ser constreñido por las normas que gobiernan la atribución de competencias» (129). Cuestiones similares han sido articuladas por Marc Amstutz basándose en la teoría de sistemas. Su preocupación es el *proprium* del derecho, es decir, su función y tarea de responder a los conflictos que no pueden ser resueltos en el subsistema social en el que se originan (130). Según la versión de la teoría del discurso, lo que puede funcionar en el nivel de los «consejos de gobierno» locales será mucho más difícil de alcanzar cuando los experimentalistas se topan con cuerpos de estandarización nacionales, europeos e internacionales (131) o frente a administradores que sean entusiastas de la promoción del prestigio institucional y del poder de sus organizaciones o frente a administraciones de asistencia social que busquen la defensa de sus propias prácticas o de los intereses políticos de sus superiores. ¿Podemos realmente creer que serán alcanzados, implementados y mantenidos acuerdos en los que los interesados tomarán parte con suficiente intensidad y continuidad en la definición y discusión de sus asuntos de tal modo que pueda decirse que la legitimidad reside en el proceso deliberativo producido entre todas las partes afectadas? El experimentalismo democrático nos invita a tomar a la ligera las tradicionales virtudes del estado de derecho. Nos invita a que aflojemos los lazos existentes entre el derecho y la imposición de su cumplimiento y a que, en lugar de ello, confiemos en que nuestras sociedades puedan administrarse con muchos menos poderes gubernamentales. Pero no nos dice cómo podemos encontrar los criterios post-nacionales que harían posible, y legitimarían, la evaluación comparada de las experiencias, historias y aspiraciones nacionales. No consigue explicar, por tanto, cómo las nuevas perspectivas que aporta la exposición de las experiencias de otros puede conducir a políticas coordinadas y cómo pueden ser implementadas en contra de los oponentes, de aquellos a los que no se logre convencer. Todavía más importante es que calla también a la hora de resolver los riesgos que supone su propia implementación en la Unión

(129) A. SOMEK: «The age of constitutional law. Decline and fall of an empowering idea», Ms. Iowa, 2004, pág. 9.

(130) M. AMSTUTZ: «Zwischenwelten. Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht», en CH. JOERGES y G. TEUBNER (eds.): *Rechtsverfassungsrecht, Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, 2003.

(131) Una interesante excepción es la interpretación del «nuevo enfoque» (*new approach*) ofrecida por J. Scott, «International Trade and Environmental Governance: Relating Rules (and Standards) in the EU and the WTO», *European Journal of International Law*, 15 (2004), págs. 307 y sigs.

Europea. No existe nada malo en que las burocracias y los expertos intercambien experiencias y aprendan acerca de nuevas posibilidades. Pero sí se plantea un gran problema con el establecimiento de redes opacas a las que se les confía la tarea de llevar a término lo que han aprendido o acordado acerca de las sociedades democráticas. Un modelo tal de gobierno puede considerarse flexible porque no descansa en disposiciones vinculantes. Pero por esta misma razón, es fuerte porque amenaza con reforzar los poderes del ejecutivo y eliminar las virtudes de la atribución de responsabilidad y su rendición de cuentas democrática, o en otras palabras, de la forma de gobierno pública basada en las normas vinculantes y su control judicial (132). ¿Debemos promover, tomándonos tan a la ligera el estado de derecho, la gobernanza ejecutiva en lugar de la poliarquía deliberativa?

Scheuerman ha añadido a estos interrogantes una observación sociológica que sintetiza una premisa clave del experimentalismo democrático con la afirmación de que «cada vez encontramos mayor número de pruebas de la diversidad de las condiciones locales y sus necesidades de regulación». A lo que confronta la tendencia del turbo-capitalismo «a comprimir e incluso aniquilar toda distancia o espacio geográfico. La actividad social de alta velocidad incrementa de forma dramática las posibilidades de interacción a través de las divisiones tanto políticas como geográficas existentes, abriendo la puerta a oportunidades sin precedente histórico para la simultaneidad e instantaneidad de la experiencia humana» (133). Y continúa señalando que los experimentalistas democráticos yerran al no «asignar la importancia teórica que merecen, tanto en términos normativos como institucionales, las facetas de la experiencia social contemporánea a las que vaga e incompletamente se alude como diferencias sociales locales» (134).

(132) Objeciones similares han sido presentadas por miembros de la corriente del experimentalismo democrático y, en el mismo tono, por E.-J. MESTMÄCKER («Wandlungen in der Verfasstheit der europäischen Gemeinschaft», en IDEM: *Wirtschaft und Verfassung* (nota 59), págs. 49 y sigs., y págs. 69 y sigs.), contra la comitología y la idea de un «supranacionalismo deliberativo» tal y como es defendida por quien esto escribe. Se me hace difícil comprender por qué razón el método abierto de coordinación ha de ser una forma de gobernar democráticamente superior a la comitología, pues ésta opera en ámbitos limitados y mejor definidos, su enraizamiento social y legal es más intenso y su constitucionalización completa sería imperfecta, pero al menos es concebible; *cfr.*, CH. JOERGES: «“Comitology and the European model?”», Towards a *Recht-Fertigungs-Recht* in the Europeanisation Process», en E. O. ERIKSEN, CH. JOERGES y J. NEYER (eds.): *European Governance, Deliberation and the Quest for Democratisation*, EUI-RSCA/ARENA (ARENA Report 2/2003, Oslo), págs. 501 y sigs.

(133) W. E. SCHEUERMAN: «Democratic Experimentalism or Capitalist Synchronization?...» (nota 118), págs. 119 y sigs.

(134) *Ibid.*, pág. 120.

3.2. *¿Trayendo los ochenta al momento actual?*

El giro dado hacia una forma de gobierno flexible en la Unión Europea y la tendencia a dejar de lado la idea del Estado de derecho presentan riesgos esencialmente innecesarios. Tal vez se haya hecho caso omiso de forma demasiado apresurada de las alternativas elaboradas décadas atrás. Los intensos debates de la década de los setenta acerca de los fallos de las estrategias de juridificación del estado de bienestar estuvieron guiados por consideraciones normativas acerca de la intrusión de las actividades burocráticas en la economía y en el mundo de la vida (135). El amplio y extendido escepticismo hacia los programas legales subordinados a la consecución de un objetivo y la nueva sensibilidad hacia «las intrusiones en el mundo de la vida» a través de la juridificación de los objetivos de la política social desencadenaron entonces la búsqueda de modelos de racionalidad legal que cubriesen las lagunas abiertas por las técnicas legales empleadas, excesivamente formalistas, y aliviasen, al mismo tiempo, la falta de engarce del derecho con la realidad social. Y ello con base en teorías generales, tales como las teorías económicas del derecho, la teoría de sistemas o las teorías discursivas (136). La procedimentalización (*proceduralisation*) y el derecho reflexivo (*reflexive law*) tenían como objeto cuestiones muy prácticas, como por ejemplo los problemas de implementación y cumplimiento del derecho. Las discrepancias entre los programas legales y, especialmente, entre la legislación diseñada para lograr objetivos concretos y el impacto real de esas leyes en la sociedad, eran una preocupación central de la sociología legal y de la investigación acerca de la eficacia y la implementación (137). Las críticas normativa y pragmática de los programas legales su-

(135) Concepto extraído de la teoría de la acción comunicativa (*N. del T.*).

(136) Véase G. TEUBNER: «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», *Law and Society Review*, 17 (1983), págs. 239-285; R. WIETHÖLTER: «Materialisation and Proceduralisation of Law», en G. TEUBNER (ed.): *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlín-New York, 1986, págs. 221 y sigs.; «Proceduralisation of the Category of Law», en CH. JOERGES y D. M. TRUBEK (eds.): *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, 1989, págs. 501 y sigs.; J. HABERMAS: *Between Facts and Norms*, Cambridge, 1999, págs. 427 y sigs.; IDEM: «Paradigms of Law», en M. ROSENFELD y A. ARATO (eds.): *On Law and Democracy: Critical Exchanges*, Berkeley-Los Angeles, págs. 13 y sigs. Contribuciones al debate anteriores por parte de alemanes incluirían a R. WIETHÖLTER: «Entwicklung des Rechtsbegriffs», en V. GESSNER y G. WINTER (eds.): *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, Opladen, 1982, págs. 82 y sigs.; CH. JOERGES y G. BRÜGGEMEIER (eds.): *Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts*, Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Materialien 4, Bremen, 1984, págs. 25-64.

(137) Resumidas y analizadas de forma harto conocida por G. TEUBNER: «Juridification – Concepts, Aspects, Limits, Solutions», en IDEM (ed.): *Juridification of Social Spheres*, Berlín-New York, 1987, págs. 3 y sigs.

bordinados a un objetivo y de la regulación de mandato y control (*command-and-control*) motivaron una búsqueda de alternativas, como la autorregulación o el derecho «blando» (*soft law*). Estas estrategias respondían a las mismas preocupaciones que ahora invocan los defensores del método abierto de coordinación. Pero, a diferencia de éste, aquellas mantenían vigente el estado de derecho y su principio de legalidad.

V. UN RESUMEN

Hasta aquí la crítica. ¿Y qué podemos ofrecer los críticos como alternativa? El derecho es un ejercicio normativo; la disciplina al completo esta comprometida con la elaboración de respuestas válidas que distingan entre lo legal y lo ilegal y que relacionen esta distinción con justicia en oposición a injusticia. Los mensajes ambivalentes no son particularmente bienvenidos. Además, es difícil que perduren.

Y, no obstante, las incertidumbres del estado en el que se encuentra la Unión Europea precisan exactamente de esto (al menos si los juristas intentan dar respuesta a los tres interrogantes abiertos en la introducción) (138): la constitucionalización de Europa, ¿se extiende hacia la economía y la sociedad? ¿Existen otras alternativas, amén del método abierto de coordinación, al agotado modelo teórico de la constitución económica? ¿Podemos asegurar que la gobernanza europea permanecerá ligada a las normas vinculantes y que su legitimidad seguirá estando mediada por el derecho?

1. *El Tratado Constitucional*

Obviamente, el primer objetivo es la búsqueda de respuestas a estas cuestiones en el nuevo Tratado Constitucional (tal y como fue modificado el 22 de junio de 2004) (139), en particular en sus disposiciones que prometen tender la mano a la economía y a la sociedad. La «economía social de mercado» ha pasado a ser un objetivo constitucional (140), el acceso a los servicios de interés económico general es reconocido y respetado por el artículo II-36 (141) que in-

(138) Epígrafe I.

(139) Véase nota 48.

(140) Según establece el artículo I-3, apartado 3, del Tratado Constitucional, la «Unión obrará en pro de (...) una economía social de mercado altamente competitiva (...)».

(141) Esta es una importante señal, pues confirma el derecho de los Estados miembros a perseguir objetivos redistributivos. La compatibilidad de tales políticas con la apertura de los mercados nacionales o regionales a los competidores foráneos es un asunto complejo de alcance

corpora los nuevos «derechos sociales» (142). Por último, pero no por ello menos importante, pueden encontrarse referencias al método abierto de coordinación en varios artículos (143). Encontramos una primera referencia en el artículo I-1, apartado 4, que establece que «la Unión podrá adoptar iniciativas para asegurar la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros» (144); la parte III («De las políticas y el funcionamiento de la Unión») se refiere al método abierto de coordinación en cuatro ocasiones, una de ellas en la sección acerca de la Política Social (artículo III-107) y otra en el capítulo V, sección 1, sobre Salud Pública (artículo III-179).

Muchas de estas cuestiones ya han sido mencionadas, y aquellas que no lo han sido son demasiado extensas como para poder ser comentadas *en passant*. Es suficiente con recordar aquí que la invocación a la «economía social de mercado» en el Tratado Constitucional no es sólo conceptualmente errónea, sino que implica una promesa muy arriesgada, porque puede generar expectativas que la comunidad política europea simplemente no esté a la altura de alcanzar. Aunque sería quizá más correcto calificarla de promesa «vacía», pues el compromiso histórico que el concepto una vez contenía ya no está vigente.

Ni siquiera el componente ordo-liberal de este legado estuvo presente en los debates de la Convención. Sin embargo, merece la pena que prestemos es-

constitucional. Se trata de uno de los muchos ámbitos en los que cada vez ha de producirse una mayor constitucionalización. [El artículo II-36 del proyecto de Tratado constitucional ha pasado a ser el II-96 en la versión actualizada al día de la traducción (*N. del T.*)]

(142) La Carta de Derechos fue incorporada al Tratado constitucional tal y como fue solemnemente declarada en Niza, de modo que el nuevo Tratado contiene ahora derechos sociales, especialmente en el Título IV («Solidaridad») de su Segunda Parte.

(143) Por ejemplo, el artículo I-14, apartado 4: «La Unión podrá tomar iniciativas para garantizar la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros». Ya en la Parte III, en la Sección dedicada a la Política Social (artículo III-107 del Proyecto de Tratado Constitucional) y en la dedicada a la Salud Pública (artículo III-179 del Proyecto de Tratado Constitucional). Sin embargo, la atribución de una competencia «para promover y coordinar las políticas económicas y de empleo de los Estados miembros» ha sido revocada. Finalmente, el artículo I-11, apartado 3, tal y como ha sido modificado a 22 de junio de 2004 (nota 48) establece que: «Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas y de empleo...». [En la fecha de la traducción, el Tratado Constitucional dispone en su artículo I-15 que «[l]os Estados miembros coordinarán sus políticas económicas en la Unión» (apartado 1), que ésta «tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo» (apartado 2) y, finalmente, que «podrá tomar iniciativas para garantizar la coordinación de las políticas sociales» (apartado 3); es en la Sección 2 del Capítulo 3 de la Tercera Parte del Tratado Constitucional, dedicada a la Política Social, en donde se establece la posibilidad de aplicación del método abierto de coordinación a esta materia (artículo III-213); y es en el artículo III-278, apartado 2, en el que se hace lo propio respecto de la Salud Pública (*N. del T.*)].

(144) Esta disposición ha sido modificada con posterioridad a la elaboración de este trabajo, suprimiéndose toda referencia a las políticas sociales de los Estados miembros en el artículo I-1 del Tratado constitucional (*N. del T.*).

pecial atención a un detalle lingüístico. *Ordnungspolitik* (145) era el nombre alemán del Grupo de Trabajo VI, mientras que en castellano (y en otros idiomas) fue conocido como «Gobernanza Económica» (146). ¿Se trata de una traducción innovadora? En realidad, no. Fue la Secretaría de la Convención la responsable de la introducción del término, en el que alguien quiso recordar las agrias disputas habidas entre la *Ordnungspolitik* y la política industrial (*industrial policy*) durante la Conferencia Intergubernamental de Maastricht. Según Andreas Maurer (147), un caso de inercia discursiva (*linguistic-discursive path-dependency*) al que se puso fin cuando Joschka Fischer y Dominique de Villepin enviaron una posición común acerca de la *Ordnungspolitik* justo antes de las navidades de 2002 (148), cuando el Grupo de Trabajo VI ya había concluido sus trabajos (149).

¿Servirán, a cambio, los «derechos sociales» como *Ersatz*? (150). La respuesta más sencilla es afirmar que esto resulta muy difícil de predecir, por lo que hemos de esperar las decisiones del TJCE. Habrá quien considere esto como una evasiva, pero no por ello puede ser calificada como trivial, dado que implica que los ciudadanos hemos de confiar al Tribunal el diseño de la «Europa social». ¿Debe el Tribunal decidir aquello sobre lo que no se pusieron de acuerdo los representantes de los ciudadanos en la Convención y en el resto de foros? ¿Han de elaborar y desarrollar los jueces de Luxemburgo el mandato constitucional que no existe? Cualquier respuesta a esta cuestión implica consecuencias desconcertantes y, en cierto modo, preocupantes, que difícilmente pueden ser reconciliadas con las heredadas nociones de democracia y de normatividad de las normas constitucionales. Además, deberíamos asumir para ello que el Tratado Constitucional pueda servir como una base suficientemente estable para un activismo tan atrevido. Y ésta es una suposición heroica con respecto a los derechos sociales establecidos a la luz del artículo II-52, apartado 5 (151), en el que puede leerse:

(145) En alemán en el original. «Política administrativa» (*N. del T.*).

(146) «Economic governance» era el nombre en inglés (*N. del T.*).

(147) En carta personal al autor. A. Maurer es Director del Grupo de Investigación sobre Integración Europea en el Instituto Alemán de Asuntos Internacionales y de Seguridad (*German Institute for International and Security Affairs*) de Berlín.

(148) CONV 470/02.

(149) Un simple detalle, pero merecedor de ser señalado tras décadas de desacuerdo entre los proponentes alemanes de la *Ordnungspolitik* de una parte, y los defensores franceses de la *planification* de la otra.

(150) En alemán en el original. «Resarcimiento», aunque en este contexto la traducción idónea tal vez sea por «compensación» (*N. del T.*).

(151) En el momento de realizar la traducción ese artículo es el II-112, apartado 5 (*N. del T.*).

«Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos» (152).

2. *Constitucionalización como proceso*

«*L'essentiel est invisible pour les yeux*» («lo esencial es invisible a nuestros ojos») es el consuelo que nos ofrece *El principito* de Antoine de Saint Exupéry. Lo que no es tan visible, porque parece trivial y poco interesante, es la actuación de la maquinaria europea, los innumerables indicadores, pequeños y no tan pequeños, de la buena gobernanza europea la europeización es instigadora de un sinnúmero de proyectos innovadores basados en ella o recostados a la sombra de grandes diseños como son las teorías de la constitución económica o de la poliarquía directa y deliberativa. Tras éstas otra Europa está en marcha. No es muy fácil descubrirla, pues es muy poco coherente y a menudo ambigua. Pero podemos aproximarnos a ella dando tres pasos: (1) el primero es analítico e interdisciplinario. Tenemos algunas hipótesis bien debatidas y elaboradas sobre las estructuras del sistema europeo de gobernanza multinivel y la conceptualización de este sistema en categorías legales. (2) El segundo paso se refiere a nuestras experiencias con la comprensión de los procesos de europeización. Nadie puede afirmar conocer y comprender por completo los complejos procesos de europeización. Pero si uno estudia algunos de ellos en profundidad, puede descubrir modelos de cambio tanto en los procesos de aprendizaje exitosos como en los fallidos (153). El «derecho de la economía europea» que se hace visible en esos esfuerzos es muy diferente (y mucho más interesante) que el derecho escrito negro sobre blanco en los libros. La europeización funciona como instigadora del cambio y del aprendizaje. Es un ejercicio de transformación y modernización. (3) Existen unos antecedentes teóricos para este tipo de optimismo cauteloso. Una virtud infravalorada del derecho es

(152) Ver G. DE BÚRCA: «Fundamental rights and Citizenship», en B. DE WITTE: *10 Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, RSCAS, 2003, págs. 11 y sigs., y págs. 22 y sigs.

(153) No sin esfuerzo me reprimo y elaboro los siguientes comentarios en abstracto, aunque necesitan ser sustanciados y concretados en el contexto de los análisis mucho más detallados dedicados a cada ámbito específico. Para un intento reciente, *cfr.* CH. JOERGES: «The Challenges of Europeanization in the Realm of Private Law: A Plea for a New Legal Discipline», *Duke Journal for Comparative and International Law*, 14 (2005), págs. 149-196.

su concreción, la necesidad de tomar decisiones y de proporcionar razones para ellas a los actores, litigantes, expertos y al público en general; y, sobre todo, la oportunidad, y de hecho la obligación, de reconsiderar lo que una vez pareció definitivo (su reflexividad). El Derecho es un producto guiado por el razonamiento, tiene una *Recht-Fertigung* (154) que refleja la justicia de sus procesos de elaboración (155). Desde estas perspectivas la «constitucionalización» puede ser concebida no simplemente como la escritura de un texto y su posterior aceptación formal por aquellos que nos gobiernan y nosotros, el pueblo.

¿Podemos esperar de la constitucionalización como proceso no sólo que garantice la compatibilidad de los mercados abiertos con las cuestiones reguladoras y preservar la dimensión social del derecho privado, sino también que supere el déficit social europeo? Esto suena poco realista, pero no es inconcebible. «Todos los proyectos políticos son inherentemente poco realistas, pues se esfuerzan por alcanzar un objetivo todavía no realizado». Esta es la respuesta de Wolfgang Streeck (156) a la conferencia que Jürgen Habermas impartió en Hamburgo el 26 de junio de 2001 (157). El filósofo argumentaba que una constitución europea podría ayudar a defender el «modelo social europeo». Streeck se reafirmó en su respuesta: demasiado voluntarismo degradará cualquier proyecto a mera elucubración ideal sin apoyo en la realidad (*wishful thinking*). Esta es la razón por la que debe ser acompañado de investigación empírica. Y, en algún momento, debemos estar preparados para tomar en serio las discrepancias que encontremos entre nuestras aspiraciones y nuestras ob-

(154) En alemán en el original. «Justificación» (*N. del T.*).

(155) *Cfr.*, R. WIETHÖLTER: «Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts», en CH. JOERGES y G. TEUBNER (eds.): *Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, 2004, págs. 13 y sigs.; *cfr.*, el análisis de G. TEUBNER: «Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter», en O. PEREZ y G. TEUBNER (eds.): *On Paradoxes and Self-reference in Law* (en prensa).

(156) «Das “soziale Europa” und seine Verfassung: Fragen zu einem politischen Projekt», Ms. Colonia, 2001. Este artículo no ha sido todavía publicado. Pero W. Streeck ha explicado su postura de forma más exhaustiva en otros lugares. *Cfr.*, *e.g.*, «From Market-Making to State-Building? Reflections on the Political Economy of European Social Policy», en STEPHAN LEIBFRIED y PAUL PIERSON (eds.): *European Social Policy: Between Fragmentation and Integration*, Washington, 1995, págs. 389 y sigs.; IDEM: «The Internationalization of Industrial Relations in Europe: Prospects and Problems», *Politics and Society*, 26 (1998), págs. 429 y sigs.

(157) «Warum braucht Europa eine Verfassung? Nur als politisches Gemeinwesen kann der Kontinent seine in Gefahr geratene Kultur und Lebensform verteidigen», primero publicado en *DIE ZEIT* el 29 de junio de 2001, y posteriormente reeditado en J. HABERMAS: *Zeit der Übergänge*, Frankfurt a.M., 2001, págs. 104 y sigs. Existe traducción de este trabajo al inglés («Why Europe Needs a Constitution»), incluido en E. O. ERIKSEN, J. E. FOSSUM y A. J. MENÉNDEZ (eds.): *Developing a Constitution for Europe*, Londres, 2004, págs. 19-34.

servaciones. ¿Pero cuándo y cómo? La constitucionalización como proceso no es una respuesta a estas cuestiones. No obstante, es una respuesta al momento de la integración europea que pretende tomarse en serio la idea capital que es el constitucionalismo.

ABSTRACT

Este artículo parte de la base de que ningún esfuerzo por aliviar las distintas dimensiones del déficit democrático europeo dará frutos si no se ocupa simultáneamente de la problemática social inherente al proceso de integración. Es este un reto con nuevas dimensiones. Europa comenzó su camino hacia la integración como mera comunidad económica. En su era formativa, las perspectivas constitucionales del ordo-liberalismo alemán poseían una notable capacidad explicativa. Desde tal punto de vista, la Comunidad Europea tenía una estructura dual: el nivel supranacional estaba comprometido con la racionalidad económica y con un sistema de libre competencia sin restricciones, mientras que las políticas redistributivas (sociales) podían (y debían) quedar en manos de los Estados miembros. Esta arquitectura fue profundamente alterada en las décadas de los setenta y ochenta. La Unión Económica y Monetaria y el Pacto de Estabilidad abren nuevas fases en el proceso de integración europea. La sentencia *Maastricht* del Tribunal Constitucional Federal Alemán confirmó la validez constitucional del derecho europeo. Sin embargo, las nuevas dinámicas y la dirección hacia «una Unión cada vez más estrecha» en el Tratado de Maastricht dieron lugar a un refuerzo de las políticas reguladoras europeas y a una ampliación de su enfoque que eran incompatibles con el legado ordo-liberal. La erosión de la constitución económica no permitió remediar el déficit social europeo. Y ni el método abierto de coordinación, ni el compromiso con una «economía social de mercado» en el Tratado Constitucional, ni tampoco los nuevos «derechos sociales» proporcionan una base conceptualmente suficiente y políticamente creíble a tal fin.