

DEL PROCESO DESTITUYENTE AL DEBATE CONSTITUYENTE. 10 ELEMENTOS PARA UNA DEMOCRACIA RADICAL

“*Adeimanto: ¿Pero ¿a qué clase de Constitución llamas oligarquía?*
Sócrates: *Al gobierno basado en el censo de bienes, en el cual dominan los ricos sin que el pobre tenga acceso a los asuntos de gobierno*”

Platón (*La República*, libro VIII.6)

Estoy cerrando este trabajo cuando se conocen simultáneamente los resultados de las elecciones italianas. El *Movimiento Cinco Estrellas* ha sacado los mejores resultados y la coalición *Elección Cívica* los peores resultados¹.

El *Movimiento Cinco Estrellas* se presentaba como un movimiento favorable a un proceso constituyente a medio plazo, partidario de la apertura de una deliberación general y colectiva sobre la Constitución y los subsistemas de representación y división y control de poderes. Ha tenido los mejores resultados pese a ser el centro de los ataques del resto de partidos políticos, el centro de las descalificaciones de una gran mayoría de medios de comunicación y de ser el movimiento con menos presupuesto electoral².

El movimiento *Elección Cívica* -liderado por Mario Monti- centraba su programa en seguir la política de ajustes, rebajar el peso social del Estado y fortalecer las instituciones europeas³.

A pesar de la diferencia de medios y de la capacidad fáctica para el chantaje tecno-político (*sull'orlo del disastro*) de Mario Monti los resultados establecieron que *Cinco Estrellas* triplicó al movimiento *Elección Cívica*. Sin embargo Mario Monti era el actual primer ministro de Italia sin haber pasado por ningún proceso electoral, sin tener un solo diputado, sin haber hecho una sola propuesta al pueblo soberano⁴.

¿Cómo llegó Mario Monti a ser primer ministro? A partir de un proceso que calificamos directamente de *destituyente* porque la voluntad general queda orgánicamente vulnerada de tres maneras diferentes, a modo de presión insustraible:

- a) sobre el Ejecutivo, obligado a dimitir.
- b) sobre el Parlamento italianas que invistieron a Monti en contra de la voluntad política real de las mayorías de ambas Cámaras.
- c) sobre el Presidente de la República que se prestó al papel institucional, fungiendo como cooperador necesario.

Esta coyuntura supone que el programa electoral que llevó al premier Berlusconi al gobierno fue radicalmente quebrantado por la fuerza de esa facticidad que hace girar en contrario a todo el engranaje orgánico constitucional en un acto de *quebrantamiento constitucional esencial*.

¹ Elecciones de marzo 2013. El *Movimiento Cinco Estrellas* (M.C.E.) obtuvo 8.689.168 votos (25,55%) al Congreso de los Diputados, con lo que pasó a ser el movimiento (no coaligado) más votado. El movimiento *Elección Cívica* (E.C.) obtuvo 2.824.001 votos (8,30%).

² No obstante el M. C. E. no rentabilizó sus votos, El desigual sistema electoral italiano (denominado en el léxico sociológico como *porcelum*) prima sobremanera a las mayorías. El M. C. E. obtuvo un número de escaños (108 diputados) proporcionalmente mucho menor que el *Partido Democrático*. Este con 8.644.187 votos (25,42%), al ir en coalición (*Italia. Bien Común*) lograría 292 congresistas. Es decir una diferencia porcentual a favor del *Movimiento Cinco Estrellas* de 4 puntos y medio en votos queda penalizada, generando una diferencia a favor del *Partido Democrático* del 180% en rentabilidad de escaños.

³ Ver programa electoral en <http://www.sceltacivica.it/>. En donde se rotulaba el título de su video divulgativo en la lógica de la amenaza (“*portata sull'orlo del disastro*”).

⁴ Investido el 16 noviembre de 2011.

¿Quién ejerce la presión, quien determina todo este proceso destituyente, en qué instancia se concretan las decisiones que marcan cambios tan disruptivos de las principales instancias de un Estado constitucional, supuestamente democrático? No fue concretado, nunca es explicado por nadie, ni siquiera por el propio premier dimisionario Berlusconi que habla de “ámbitos”, “fuerzas”, o “circunstancias”, en un ejercicio de opacidad política difícilmente superable teniendo en cuenta la trascendencia del mencionado hecho destituyente⁵. Tampoco Monti explica en virtud de qué o de cómo ha llegado a la Presidencia del gobierno italiano: a) sin elección popular previa, b) sin grupo parlamentario propio, c) sin partido político de apoyo, d) sin un mínimo movimiento de la sociedad civil a favor de su investidura.

El hecho es que la renuncia del premier Berlusconi y la investidura del sobrevenido Monti se hace bajo la presión de fuerzas insustraibles que señalan la hipótesis del chantaje de los cenáculos económicos europeos, la presencia de poderes fácticos y el mantra de los mercados⁶. Todo ello se tamiza bajo la simple práctica de un ejercicio puntual de la llamada “gobernanza”, matriz generadora de variables y elementos bajo inexorable funcionamiento de una *nueva economía* bajo clave de *liberalización controlada*⁷.

¿Qué pretende este trabajo? Este trabajo pretende aportar elementos de debate concretos para la materialización de la hipótesis constituyente.

No es sólo un trabajo académico sino que quiere ser ante todo un ejercicio de sistematización de materiales de discusión, que ha sido solicitado desde una parte de los movimientos deliberantes ciudadanos, con el objetivo de ir proponiendo una guía con estructura temática de técnica más constitucional, con vistas a lograr una mayor eficacia en los supuestos de debate constituyente⁸.

Elementos, conceptos e ideas de partida para su deliberación y la generación de hipótesis de un modelo constitucional con capacidad de expresar, mayormente, el concepto democracia. Elementos y conceptos que no son novedosos, sino tópicos de movimientos académicos, sociales y políticos, elementos tópicos en la historia y realidad de la teoría sobre democracia y constitucionalismo.

Para ello se pretende traer al debate materiales clásicos del derecho constitucional, delimitados de manera clara y sencilla pero dotándolos de toda la complejidad necesaria, que debe ser una complejidad y extensión notable que genere un constitucionalismo extenso y suficiente. Por un motivo en forma de silogismo:

a) El constitucionalismo clásico es un constitucionalismo telegráfico, ambiguo, generalista e indeterminado (minimalista).

b) El constitucionalismo minimalista es defendido por los partidarios del no intervencionismo social y económico (liberalismo *laissezferista*)

c) Sin embargo, las últimas tres décadas han patentizado como los partidarios del minimalismo constitucional y de la desregulación han practicado el maximalismo normativo (hipernormativismo).

Luego estamos ante una paradoja (paradoja desregulatoria): los agentes políticos que preconizan el constitucionalismo mínimo y la desregulación han generado en los últimos treinta años el triple de normas que en los treinta años anteriores. Nunca la desregulación había estado tan regulada, mientras

⁵ *Il Corriere della Sera* (13/11/2011). Más adelante en la campaña electoral de 2013 sí hablará de “conspiración internacional” (*Il Corriere della Sera*, 26/12/2012).

⁶ Monti era el Presidente de la Comisión Trilateral, el cenáculo-*think tank* internacional más importante que funge también como grupo de presión y como centro extractivo de elites.

⁷ El dogma de la liberalización controlada preside todo el actual escenario e impone sus reglas a clase política, clase académica y clase mediática que, a su vez, como líderes de opinión, han trasladado al consumo de las masas ciudadanas o súbditas. Todas ellas han metabolizado una mitología por la que los flujos de capital deben fluir de la manera más libre posible por la que el Estado debe invertir cada vez menos en espacios sociales e intervenir más acudiendo en subvención y apoyo a los *flujos de capital constituidos*, con base en una nueva administración pública gregaria (*liberalización controlada*). También queda interiorizado que la inevitable y progresiva mayor diferencia entre las rentas (desigualdad) es síntoma de prosperidad y crecimiento y cómo la desregulación del mercado de trabajo forma parte de la misma lógica de apertura mercantil (*sociedad abierta*). Este esquema constituyente de los flujos de capital y destituyente de la dogmática constitucional es lo que John K. Galbraith denominó *La economía del fraude inocente* (2004), en el que sería su testamento intelectual.

⁸ Planteamiento con origen en las jornadas 15-M de mayo-septiembre 2011 en distintas plazas centrales españolas y, más concretamente, en la Plaza del Pilar (Zaragoza) y Plaza de Navarra (Huesca). También en las distintas jornadas sobre proceso constituyente realizadas en el salón de actos de la Biblioteca María Moliner (Universidad de Zaragoza). Pensando en el seminario a realizar con las asambleas ciudadanas pro-constituyentes (Facultad de Ciencias Empresariales, Huesca, 7 de mayo 2013) Ejercicio éste de vocación y factura eminentemente instrumental como miembro del colectivo de docentes “Constitucionalistas por la Democracia” (<http://www.cpdemocracia.org/>).

se devalúan los principios constitucionales y los derechos fundamentales bajo el argumento de su indeterminación. ¿Motivos? 1) el sistema necesita la hiper regulación mercantil-administrativa para dotar de opacidad las mecánicas del sistema jurídico administrativo, como forma de oscurecer los finales objetivos del propio sistema regulatorio, y como forma de alejar al ciudadano de la comprensión y la operatividad respecto de lo “público”; 2) el sistema necesita la hipo regulación constitucional para evitar un anclaje garantista mayor del ciudadano respecto a derechos fundamentales y mecanismos de participación, control y transparencia.

El sistema tiene en la multiplicidad de factores (*gobernanza*) sus mejores bazas para anular “técnicamente” cualquier reivindicación de mayor transparencia, control, participación y lógica social del modelo de Estado y de sociedad, que se pueden enclavar bajo el concepto de gobierno popular-civil. Estructuras actuales que patentizan la existencia de distintas tipologías de ciudadanía, en función de las mayores o menores capacidades jurídico-políticas, tipología de fácil división entre el ciudadano *agens* y el ciudadano *patiens*, que habrá llevado al actual modelo político a poseer dos clases de espacios -y *espacios de clase*- de difícil comunicación y encontrados intereses.

Por ello el trabajo tendrá dos partes:

I. Una introducción sobre *elementos del proceso destituyente*. Basados en el mantra de la gobernanza/gobernabilidad, en la desestatalización social, el falso pluralismo, la gran capacidad de organización y hegemonía de los grupos de presión y la opacidad institucional-normativa.

II. Una enumeración de *elementos del proceso constituyente*. Expuestos de manera premeditadamente sencilla, como método dialéctico que enfrente la *anti-tesis constituyente* a la tesis de la opacidad inextricable del actual proceso (*tesis destituyente*). En su desarrollo se dará especial protagonismo a aquellos elementos relativos a participación político-social y a derechos sociales, como los dos espacios esenciales para una democracia radical pero que, a su vez, son actualmente los espacios más débiles dentro de la actual estructura constituida⁹.

I. ELEMENTOS DEL PROCESO DESTITUYENTE. LA GOBERNANZA CONSTITUIDA

1. GOBIERNO LEGÍTIMO Y SOCIEDAD CIVIL-POPULAR RAPTADOS POR LA DOGMÁTICA DE LA GOBERNABILIDAD TRAVESTIDA EN GOBERNANZA

1) La gobernanza como coartada de la democracia animista.

El principal argumento que dan bastantes de los actuales mandatarios en casi cualquier país europeo -para justificar la laminación cotidiana del sistema social- es que “sólo se puede hacer lo que se está haciendo”, puesto que la *gobernanza* en la Europa del siglo veintiuno es tan compleja que se hace casi determinista por necesidad y por “imperativo de gobierno”. Lleva implícitos otros ítem tales como autorregulación y desregulación, trasladando todo ese peso del que se desprende el Estado a una participación en la toma de decisiones gestionada por grupos-referente de la sociedad civil (económica). Tamaña declaración determinista nos lleva a poder sugerir una nueva tipología de democracia: la *democracia animista*. Es decir aquella que no puede obedecer a la voluntad general, al juego de pareceres y alternativas sino que debe de obedecer a las fuerzas oscuras de un impenetrable entorno, que cobran vida y poder, y a las que tenemos que rendir todo tipo de sacrificios en forma de políticas públicas.

Este concepto conlleva una devaluación del papel y los contenidos del modelo de Estado posbélico (Estado social) y, por otra, una revalorización decisoria de los actores económicos y financieros de alta dimensión presupuestaria y capitalización¹⁰. La idea gobernanza -a pesar de su vocación general por el “pluralismo”- omite, incluso rechaza, la articulación de canales de deliberación y participación ciudadana, ya que serían, por definición, distorsionadores (saturación del sistema) del principal motor de la actual hilaza social-gubernativa como son los elementos mercantil y financieros¹¹.

⁹ La exposición sencilla obvia un exceso de aparato bibliográfico en aquellos conceptos y temas de consensuada base teórica que sólo requieren una mera referencia clásica. Sólo en los casos de conceptos más complejos y cuestionados se recurre a un aparato bibliográfico poco más abundante.

¹⁰ Tal y como se ha descrito clásicamente dicho modelo (*vid.*, García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Cap. I. “El Estado social y sus implicaciones”, 1982).

¹¹ Para una crítica del concepto *vid.*, Sousa Santos, B. y Rodríguez Garavito, C. (eds.), *El derecho y la*

Precisamente enfundándose en este término, la propia Unión Europea ha pretendido devaluar la figura del Estado-nación social y revalorizar el papel de: a) los agentes económico-financieros hegemónicos; b) los entes institucionales económico-administrativos euro-unionistas. A esa nueva forma de configurar las estructuras de gobierno y las estructuras normativas se le ha denominado gobernanza. Concepto-sistema al que la alta tecnocracia de la Comisión Europea y del Ecofin ha convertido en icono de legitimación¹².

2) La gobernanza como novación amable del concepto gobernabilidad.

Gobernanza pretendía ser una novación, menos peyorativa, de otro concepto semejante, por no decir de idéntica etimología, como es el de gobernabilidad como forma de restar carga negativa. ¿Cuál es la diferencia entre ambos? La gobernabilidad es una teoría que hablaba en términos de lastrar capacidad para la influencia a los movimientos civil-populares emergentes, e incluso de restar influencia a los espacios civil-populares que ya la habían adquirido dentro del modelo de Estado social (retórica en negativo). La gobernanza, sin embargo, elabora un discurso de sujetos en positivo: a) asignar y diversificar capacidad de movimiento (poder) entre la sociedad civil, aunque sin mencionar o cuantificar qué canales e instrumentos tangibles de participación va a tener la sociedad civil; b) primacía en valor de actores económicos -grandes actores económicos o gremios disgregados- a los que sí va a dotar de mayor capacidad de movimiento, en una identificación confesa entre sociedad civil y sectores económicos relevantes.

La finalidad es un *trasvase de poder*, que conlleva el debilitamiento del Estado soberano social clásico y de todos sus mecanismos de defensa, control e integridad. El final del Estado como interventor, distribuidor y manager de una comunidad nacional integrada, hasta el punto de cómo la acción de la estrategia-gobernanza ha sido calificada de “*vaciamiento del Estado*”¹³. Esta desustancialización del Estado -“*gobernanza sin gobierno*”- tiene apoyos entusiastas en amplios espacios académicos y políticos que hablan de “dispersión del poder” y su fragmentación entre “múltiples actores”, como si se tratara de una ordenada fragmentación del poder estatal y la reordenación proto-igualitaria de ese poder ente muy diversos canales de la sociedad civil¹⁴. Y no, al contrario; sí hay una difusión del poder del Estado, pero desordenada y en función de un trasvase opaco de ese poder a concentrados circuitos de poder económico-financieros.

Si nos fijamos en lo que afirmaba la antigua teoría de la gobernabilidad los objetivos son los mismos:

- a) Deconstruir el Estado social -e incluso el mismo Estado- hasta afectar al mismo centro neurálgico del concepto soberanía.
- b) Ampliar la capacidad de movimiento de la sociedad civil. Pero ¿de qué sociedad civil? De uno solo de los sub-tipo de sociedad civil: la sociedad civil-financiero-mercantil. Como se dice abiertamente, de bancos y multinacionales.
- c) Por el contrario, el objetivo es restar capacidad de influencia a sectores populares de la sociedad civil, es decir lastrar cualquier capacidad de deliberación y movilización, que se tornan distorsionadoras para el buen funcionamiento del sistema e incluso para su supervivencia.

globalización desde abajo (2007); concretamente, J. C. Monedero, “XI. La trampa de la gobernanza” (*El gobierno de las palabras*, 2009).

¹² Comisión de las Comunidades Europeas, *La Gobernanza Europea. Un libro blanco* (Bruselas, COM, 2001). Este libro pretende ser una visión aséptica y pluralista del “retorno de la sociedad civil”, sin embargo es un introito teórico-práctico de la entrada libre de las grandes corporaciones financieras y mercantiles en el entramado opaco institucional de la Unión, en donde la presencia de representantes de los actores económico-financieros hegemónicos es permanente; y donde no hay una sola línea vehicular de sectores laborales, gremiales o participativos generales (para una lectura gregaria de este modelo, *cfr.*, C. Closa, “El libro blanco sobre la gobernanza”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 119). En este mismo sentido, la definición de gobernanza de la RAE, introduce el factor “mercado” y una acepción de “sociedad civil” no matizada, poniendo a la misma altura a Estado y mercado: “arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”.

¹³ Con esa expresión “hollowing out of the state” concluye R. A. Rhodes (*Understanding governance: policy networks governance, reflexivity and accountability* (1997).

¹⁴ “Governance without government” y toda una serie de legitimaciones teóricas sintetizables en lo que se ha venido a denominar “gobernanza multinivel” (*cfr.*, J. Rosenau, E. Czempiel (ed.), *Governance without government: order and change in world politics*, 1993). La legitimación del “multinivel” como una mecánica óptima, cualificada y democrática para la toma de decisiones en la Unión Europea ha tenido muchos teóricos orgánicos, generando un clima de irresponsabilidad y relajación general a ese respecto. Sirvan de ejemplo Gary Marks y Liesbet Hooghe, en su exaltación de la nueva estructura de poder unionista (*Multi-level Governance and European Integration*, 2001).

d) Para ello será esencial el control propietario y la privatización progresiva de los campos generadores de opinión pública: mass media, enseñanza y universidad.

Ha sido la teoría de la gobernabilidad la principal matriz teórica para la disolución del Estado social y la *inauguración del proceso destituyente* europeo de la mano de la Comisión Trilateral. La teoría de la gobernabilidad fue acuñada a lo largo de la década de los setenta para combatir todo el movimiento deliberativo nacido a finales de los años sesenta y la misma consolidación del Estado social¹⁵.

3) La gobernabilidad como exitosa estrategia de deconstrucción del Estado constitucional-social.

a) Su presupuesto de partida era como el Estado (Estado social) estaba extendiendo su capacidad de intervención de manera peligrosa para lo que se debía considerar un modelo de democracia *governable*.

b) Estimularía todo un proceso estratégico que pasaba por comenzar un proceso de *fragmentación de la estructura y toma de decisiones institucional* y administrativa que dotaría al sistema jurídico de una complejidad diferente, junto con una liberalización propietarista de los distintos campos económico-sociales¹⁶.

c) No se estaba hablando de estimular una mayor competencia y liberalización pura y plana (*laissez faire*), sino de la necesidad de un centro de planificación (por definición “nada liberal”) y -más adelante- de unos motores de realización que sí responderán a lógicas de liberalización y competitividad, pero dentro de una articulada perspectiva *antiestatalista* estratégica y sistémica del propio sistema de dominación. Un *centro de planificación* con sucesivos *centros de desarrollo estratégico* que irán mermando definitivamente de soberanía a los Estados¹⁷.

d) En un ejercicio profético su *intelligentia* orgánica (profecía autocumplida) sentenciaría cómo los sujetos políticos de soberanía real deberían ser, en breve plazo, actores económicos hegemónicos: los bancos internacionales y las corporaciones multinacionales, los cuales debían conformar un sistema orgánico fáctico de dominación utilizando -en una aparente paradoja- la propia organicidad y estructuras jurídicas del Estado a degradar¹⁸.

4) Dicho movimiento teórico-estratégico tuvo referencia originaria en la formación de la Comisión Trilateral.

En este foro, en el año de su inauguración, el documento básico sería cómo reconfigurar los sistemas políticos occidentales y cómo estructurar modelos periféricos para que pudieran ser más gobernables (*governability account*), concepto este -gobernabilidad- bajo el que se esconden estrategias de control político, cortocircuito de la participación y lógicas de liberalismo elitista. Ese informe recibiría el nombre de *The Crisis of Democracy. Report on the governability of democracies to the Trilateral Commission*, y es una diagnosis sobre el proceso de *exceso democrático* de las sociedades occidentales desde finales de los años sesenta, una biblia profética de la estrategia seguida por los centros de decisión en las siguientes décadas, y supone una explícita declaración de intenciones.

El Informe diagnosticaba cómo el sistema societario, durante la década de los sesenta, había presenciado la consolidación de *sujetos sociales socializantes* y la irrupción de nuevos colectivos con

¹⁵ El que suscribe dedicó hace veinte años una parte importante de su tesis doctoral (1993) a valorar el impulso estratégico del concepto y de la que sería uno de sus brazos operativos más importantes (vid. F. Palacios, “El paradigma gobernabilidad: neoculturalismo cívico versus democracia” en *La Civilización de choque. Hegemonía occidental, modernización y Estado periférico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 316-426; H. Sklar, *Trilateralism: elite planning for world management*, 1980).

¹⁶ Para ello, se comenzó a generar una corriente de opinión por la que “El Estado-nación, en cuanto a unidad fundamental de la vida organizada del hombre, ha dejado de ser la principal fuerza creativa: los bancos internacionales y las corporaciones multinacionales actúan y planifican en términos que llevan mucha ventaja sobre los conceptos políticos del Estado-nación (Z. Brzezinski, *La era tecnocrática*, Paidós, Buenos Aires, 1970, pp. 102 y ss). Así se comenzó a hacer estratégicamente operativo el concepto gobernabilidad. Brzezinski sería el pionero, elemento emblemático de la *intelligentia* orgánica de la época (fundador y primer presidente de la Comisión Trilateral, miembro de la Junta Directiva del Consejo de Relaciones Exteriores desde 1960, asesor áulico de los presidentes Kennedy y Johnson, Consejero de Seguridad Nacional con Carter, miembro prominente del *Club de Bilderberg*). Ya en el marco de la Comisión Trilateral y en un sentido más eufemístico, cfr. Z. Brzezinski, D. Owen, S. Okita, *Democracy must work: a Trilateral agenda for the decade* (1984).

¹⁷ Se planificarían sinergias orgánicas y jurídicas que pasaban por liquidar el sobresaliente patrimonio jurídico-normativo de principios de los años setenta: “El planificador se convertirá eventualmente en el principal legislador y manipulador social desplazando al jurista” (Z. Brzezinski, *La era...*, op.cit., p. 393).

¹⁸ Vid., F. Palacios, *La civilización...*, op. cit., pp. 316-426.

un exceso de militancia participativa disidente, inspirados por una clase intelectual de orientación deliberativa. Lo que la teoría general de la Constitución llamaría pluralismo social, deliberación y participación, los teóricos de la Comisión Trilateral lo diagnosticaría como la obra de intelectuales *value-oriented* que -en contraste con los intelectuales *technocratic policy oriented*- estarían estimulando todo tipo de impulsos para lo que denominan *deslegitimación de las instituciones*¹⁹. En definitiva, lo que la teoría del Estado social y democrático calificaría de ampliación de la base de control ciudadano y del Estado -y, por lo tanto, de un proceso de perfeccionamiento en cuanto a los mecanismo de control soberano extenso- se utiliza en el Informe para alertar sobre la inquietante dinámica instalada en las sociedades industriales avanzadas (se rehúye el término Estado social) respecto al rechazo y cuestionamiento progresivo que se hace del “*capitalismo monopolista*”²⁰.

5) “Crisis de la democracia” venía a ser diagnosticada por las mermas graves de gobernabilidad bajo las siguientes hipótesis:

a) pérdida progresiva en el juego de poder de la sociedad civil (hay que entender *sociedad civil-mercantil*) respecto a grupos de “demanda excesiva” (hay que entender *sociedad civil-popular*) y, por lo tanto, pérdida de posición de dominio de las aristocracias técnicas, únicas hábiles para diseñar y desarrollar los procesos político-económicos.

b) sobrecarga de los Estados -sobremana de los Estados europeos- que tiene como consecuencia su incapacidad para solventar problemas en los nuevos escenarios económicos complejos de la sociedad que se avecinaba. El Informe afirmaba como los Estados *enfermos*, tal y como estaban configurados (*European nations weakness*), no podrían gestionar los innumerables imponderables del mundo desarrollado; un Estado que pudiera tomar muchas decisiones sobre numerosas materias no sería un Estado poderoso sino que se convierte más bien en un Estado vulnerable²¹.

c) El recetario básico para invertir el proceso pasaría por una reformulación de los procesos institucionales y una racionalización de los derechos fundamentales; y por el fortalecimiento de las capacidades y habilidades del ámbito económico-financiero. Para ello, sería una precondition establecer administraciones comunes (coordinadas) de toda la gran región desarrollada.

d) La organización político-normativa de las sociedades *welfare state* deberían reacomodarse a una nueva concepción más primigenia de la economía de mercado (*management of economic interdependence*) y una renovada concepción de la autoridad y los derechos²². Sin duda la construcción *económico-europeísta* sería la delineación estratégica perfecta para todo ello²³.

6) La Comisión Trilateral como agente destituyente de soberanía.

Han pasado 36 años desde la creación de este Informe que inspiró el nacimiento de la Comisión Trilateral hasta el nombramiento de Mario Monti como primer ministro italiano. Este ha sido

¹⁹ “In some measure, the advanced industrial societies have spawned a stratum of value oriented intellectuals who often devote themselves to the derogation of leadership, the challenging of authority, and the unmasking and deslegitimation of established institutions” (Cfr., S. Huntington, M. Crozier, J. Watanuki, *The Crisis of Democracy. Report on the governability of democracies to the Trilateral Commission*, New York University Press, New York, 1975, pp. 6-7).

²⁰ “At the present time, a significant challenge comes from the intellectuals and related groups who assert their disgust with the corruption, materialism, and inefficiency of democracy and with the subservience of democratic government to “monopoly capitalism”...” (*ibidem*, pp. 6-7). En el caso europeo, se diagnostica una sobrecarga insostenible del Estado, con una dinámica “imposible” de demandas sociales y reivindicaciones activas por parte de una gran pluralidad de grupos. Un Estado que denominan “reburocratizado” y cuya toma de decisiones va a hacer a su sociedad económica mucho menos funcional y productiva que la estadounidense. Argumento falso, puesto que la economía estadounidense era la que sí se encontraba en una grave crisis económica que le obligó a la salida y ruptura del sistema de Bretton Woods, y de la que sólo pudo salir por encima de Europa tras beneficiarse de la propia crisis de 1973.

²¹ La actual crisis -posterior a la nueva toma de decisiones “gobernanza multinivel”- demuestra lo falaz de dicha tesis. El Informe es un alegato a favor de la desregulación del Estado, de la privatización de sus activos económicos y de la descarga de servidumbres sociales. Todo ello bajo la falacia de que el Estado social es inviable y de que un Estado sobrecargado puede quedar a merced de saboteadores. Se alega cómo Europa con elites mejor preparadas que Estados Unidos no es capaz de tener mejor rendimiento por la burocratización esclerotizada de la tradición administrativa europea. El Informe sentencia al modelo de Estado social y democrático europeo: “the European national state a somewhat obsolete entity” (*ibidem*, caps. “The overload of the decision-making systems”, “Bureaucratic weight and civil irresponsibility”, pp. 12-18).

²² Vid., F. Palacios, *op. cit.*, cap. “El paradigma gobernabilidad: neo-culturalismo cívico versus democracia”, pp. 316-426.

²³ Para una perspectiva posterior de la proyección que tendría la anterior estrategia respecto a la producción de un *sistema privado del derecho* de los grupos económicos multinacionales, vid. C. F. Martin Shapiro, “The globalizations of law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 1, 1993, en www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol1/iss1/3.

extraído directamente de la presidencia europea de la Comisión Trilateral, en la que fue elegido para el trienio 2010-2012. Para la jefatura del gobierno italiano no sería electo sino investido tras la dimisión forzada del ganador de las pasadas elecciones generales.

Las premisas anteriores pretenden plantear cómo toda la historia del Estado, el decurso de las prácticas liberales y la actual coyuntura neoliberal conducen a poder establecer la hipótesis de que la soberanía en sus dos vertientes -soberanía nacional integral y soberanía popular- es concepción antinómica respecto a la filosofía y la práctica neoliberal.

Llegados a este punto, se debería plantear la cuestión de cómo enfrentar la usurpación democrática con respecto a una orquilla histórico-política que va desde el primer documento estratégico de la Comisión Trilateral a la imposición-investidura del presidente para Europa de esa propia Comisión Trilateral como primer ministro de Italia; y a la investidura de otro miembro electo de la propia Comisión, como primer ministro de Grecia. Ambos investidos institucionalmente para llevar a cabo políticas antagónicas respecto a los programas electorales de los partidos políticos que ejercían la representación popular y que fueron *dimitidos*. Políticas antagónicas a los programas electorales, pero acordes con lo demandado por espacios fácticos de poder, en el más patente quebrantamiento constitucional de la *cláusula* Estado democrático y social.

2. FORUM VERSUS AGORA. CÓMO SE DESARROLLA EL PROCESO POR EL QUE LA EUROPA MERCADER (FORUM) HEGEMONIZA A LA EUROPA SOCIAL-INSTITUCIONAL (AGORA)

La gobernanza o la gobernabilidad han sido instrumentos para oponer, mermar y, finalmente, quebrantar la Europa social y la Europa política gestada a partir de la II GM. Proceso de la construcción europea donde la lógica del *forum* (mercado, centro económico) le ganó la partida al *ágora* (institucionalismo constituido y centro deliberante).

1) El Estado Social como nuevo modelo constitucional.

Conllevaba la introducción de una jurídica social con amplio bloque de derechos sociales y una intervención del Estado en la economía que ocuparía, intervendría y gestionaría servicios, sectores esenciales y estratégicos por la previa vía de la expropiación y la nacionalización. Respecto a la construcción de este modelo y al significado del mismo hubo un consenso unánime entre partidos e ideologías²⁴. El modelo podía obedecer a tres motivos: a) un instrumento táctico del poder económico dominante para sobrellevar la situación posterior a la II GM, y neutralizar el sistema social soviético; b) un modelo superador de la lógica del Estado liberal y del capitalismo como sistema de constitucionalismo propietario de letales consecuencias; gestado por el consenso de la mayor parte de actores políticos y sociales con el fin de ir generando niveles de igualdad, solidaridad y libertad; c) la ausencia de grupos de presión homogéneos y organizados, y la presencia de un sistema jurídico y un aparato administrativo no viciado, sin recovecos opacos²⁵.

2) La nueva Europa política en torno al Consejo de Europa.

Europa inauguraría una jurídica política supranacional de reafirmación contractual democrática. El Consejo de Europa es institución creada para sacralizar, canalizar y poner en práctica los valores de la soberanía (cooperativa), la democracia, el pluralismo, los derechos humanos y el Estado de Derecho, que tiene su base en el Convenio de Derechos Humanos (1950)²⁶. La construcción política europea ius-humanista también desarrolla una jurídica que plasma el asumido Estado social y democrático. Lo

²⁴ Incluidos los partidos de ideología demócrata cristiana o liberal. William Beveridge (*Report on Social Insurance and Allied Services*) militaba en el Partido Liberal; el propio Abendroth (1977) recoge cómo el programa de la CDU (*Christlich-Demokratische Union*), apelaba la socialización de los medios de producción y a la cogestión, de forma semejante a como lo hacía el también demócrata-cristiano francés *Mouvement Republicain Populaire* o sus homólogos en Italia (1946-1947). Expone como la articulación social de la Carta Fundamental de Bonn se daba a interpretaciones maximalistas rayanas en la confiscación de bienes (art. 15); apelando como era la línea de la mayoría de juristas (reunión de Gotinga, 1955) que, como H. Ipsen, daban base a la máxima incuestionable de cómo “el sentido de la socialización es precisamente eliminar el poder económico que somete a la mayoría de los ciudadanos a la voluntad del económicamente poderoso” (W. Abendroth, “El Estado de derecho democrático y social”, en *El Estado social*, 1984).

²⁵ Sobre naturalezas y posibilidad e imposibilidad de consolidación del Estado social en el capitalismo, *vid.*, C. de Cabo, *La crisis del Estado social*, 1986).

²⁶ *Vid.*, en este sentido el despliegue terminológico del fundacional *Tratado de Londres* (1949), que luego es ampliado en el mencionado *Convenio* de 1950.

haría a partir de Carta Social Europea concretando los derechos sociales en su dimensión laboral, su naturaleza previsoría y recogiendo la esencialidad de la sanidad y la educación²⁷.

3) La Europa económica instrumental fagocita a Europa política

En paralelo se crea una Europa económica articuladora de simples mecanismos técnicos y que -en teoría- debía ser subsidiaria de la Europa política. Así lo fue desde 1957 (Mercado Común Europeo) hasta 1966, fecha en la que se fusionan instituciones y tratados a modo de Comunidad Económica Europea, y así en 1967 entra en vigor el tratado que fusiona instituciones de decisión económicas bajo dos organismos centrales: Comisión y Consejo, que pasarán a aumentar sus competencias para todos los campos temáticos, pero siempre desde una base de razonamiento *mercatorio*. A partir de ese momento, se configura una estructura político-administrativa que dejará de ser progresivamente técnica para convertirse en una maquinaria progresivamente más sofisticada, para irse convirtiendo en un *centro de decisión tecnocrático*. De hecho, la idea central -libre circulación de capitales y de mercancías- empieza a rumiarse declarativamente pocos años después. Sería el *caballo de Troya del capital* ante la solidez de los Estados sociales nacionales²⁸.

4) La devaluación de la Europa del ágora.

Es de observar cómo la Europa política -la Europa en torno al Consejo de Europa- no sería alimentada con ninguna profundización, extensión jurídica o ingeniería política que reclamara para su propia estructura aquellas instancias tecno-políticas (Parlamento, Tribunal, Consejo, Comisión) cuya naturaleza político-representativa las debían haber acercado a la lógica de ese mismo Consejo de Europa. Sin embargo, las anteriores cuatro instancias políticas fundamentales sí serían integradas, pero en la *lógica económica* de la Comunidad Económica Europea. El Consejo de Europa iría quedando relegado a una estructura testimonial, a modo de pantalla de marketing ideológico, en lo que sería un vaticinio de lo que ocurriría con la *Europa política*.

5) La construcción europea en torno al *desiderátum economicista*.

Llegará veinte años después, con el Acta Única. Desde el Acta Única al Tratado de Lisboa se configura la Europa actual. Una Europa en la que la presencia de derechos políticos y sociales comenzará a ser inversamente proporcional al aumento de instancias burocráticas, hegemonía de organismos económicos e incremento exponencial de articulados normativos opacos²⁹. Los textos-tratado-constitución comenzaron a presidir la vida política de los ciudadanos europeos como una cuestión de fe. Dichos tratados obligarían a los Estados a asumir normativas y decisiones tomadas en instancias supranacionales -por parte de representantes ejecutivos de los Estados- que ni siquiera eran representantes indirectos procedentes de las cámaras legislativas. Las estructuras orgánicas ejecutivo-administrativas se multiplicaron desde el Acta Única y, sin embargo, seguían sin existir competencias para un Parlamento Europeo que sólo comenzaría a tener funciones gregarias de co-decisión una vez que se había conformado en irreversible la opaca estructura principal del ius-economicismo europeo³⁰.

6) La vacua ciudadanía europea y el súbdito europeísta.

Lo más grave es cómo toda esta sucesión de textos para-constitucionales iría entrando en vigor sin que la ciudadanía europea hubiera sido consultada directamente en ningún caso³¹. Como agravante fue

²⁷ La *Carta Social Europea* (1961), generada en el Consejo de Europa fue la ratificación del compromiso genérico sobre el modelo de Estado que se había establecido estatalmente.

²⁸ El *Tratado de Bruselas* (1965) crea una sola Comisión y un solo Consejo a partir de tres comisiones y tres consejos (que lo eran de tres instancias diferentes: *Ceca, Euratom, Cee*), que manejaban campos de administración exclusivamente económica, sin afectar esencialmente a configuraciones políticas y a consecuencias sociales. También se comienzan a vincular de manera más orgánica el “Parlamento” y el Tribunal -con más de una década (1952) de sesteo institucional- a esos únicos Consejo y Comisión, convirtiéndose en *instancias gregarias* de la Comisión y el Consejo.

²⁹ El *Tratado de Maastrich* (1992), como sumatorio normativo europeo, constaba de ciento diez mil palabras. Los textos subsiguientes se constituyeron en textos de remisiones sucesivas e innovaciones en los que resultaba casi imposible una versión realmente consolidada y de lo que fue un inmejorable ejemplo el jurídicamente ilegible y *non nato* Tratado-Constitución Europeo. El actual *Tratado de Lisboa* (2007) contiene noventa mil palabras.

³⁰ Sólo funciones legislativas básicas -en sistema de codecisión- desde la introducción del “procedimiento legislativo ordinario” (*Tratado de Lisboa*).

³¹ Salvo en lo que afectó al frustrado Tratado-Constitución, en que sí se sometió a votación en algunos países, con varias negativas en contra. Aun con todo este escenario se tornaría rocambolesco al repetirse varias de las votaciones en pos de un

evidente que, además, nunca llegó a haber deliberación, prescindiéndose del elemento de información y formación básicas en textos que iban a tener alcances tan importantes y que poseían contenidos tan complejos. Supone una ruptura del pacto social que la aparición de un documento de entidad cuasiconstitucional se lleve a cabo mediante la simple aquiescencia de parlamentos constituidos, de manera opaca, y sin que el ciudadano sea consciente de la trascendencia de dicho cambio, en lo que supone una auténtica mutación constitucional, e incluso un directo *quebrantamiento* del conjunto de Constituciones estatales europeas. Estaríamos ante un escenario en el que los llamados tratados-constitución serían auténticas cartas otorgadas, susceptibles de convertir al ciudadano europeo en súbdito europeísta.

7) La vocación antidogmática del constituyente europeo quebranta la dogmática originaria de la cláusula Estado social.

Ha habido una gran parte de clase político-económica remisa a la introducción de cualquiera derecho fundamental (dogmática ius-humanista) en la estructura de los *tratados-constitución*. Han intentado desprenderse de documentos declarativos de derechos tales como la mencionada Carta Social o el Convenio, viéndose obligados a anexar postteriormente documentos como la Carta de los derechos fundamentales (2000, 2007) y la Carta comunitaria de los derechos sociales (1989)³². Textos adoptados con ánimo de superficialidad escapista, pero que no obstante avalan una lectura *favor iuris* respecto al modelo de Estado democrático y social, a través de una deducción histórico-jurídica hecha desde la cláusula Estado Social³³.

Por lo tanto, la actual deriva normativo-institucional no debe ser argumento para no seguir denunciando las políticas antinómicas respecto al modelo de Estado social y democrático en toda su extensión. Al contrario, ya que el actual modelo de Estado es un contrato con unos alcances ya pactados constitucionalmente y cuyo contenido quedó ya dirimido doctrinalmente hace décadas³⁴. Sería exigible valor jurídico y posibilidad pro-reclamativa político-social esencial a la presente *poli-construcción europea*, con base a una vigencia todo-terreno de la *cláusula social* y democrática y a la perennidad subyacente del juego combinado de las distintas cartas de derechos fundamentales³⁵.

Precisamente por ello, por la pertinaz agresividad contra la cláusula Estado social de los actuales ocupantes institucionales, se estará legitimando a la sociedad civil-popular para solicitar la apertura de sucesivos procesos constituyentes nacionales.

3. LA HETERONOMÍA ORGÁNICA DE LA UNIÓN EUROPEA. ALAMBIQUES INSTITUCIONALES ECONÓMICO-FINANCIEROS COMO RECTORES DE LAS DECISIONES POLÍTICAS

Para empezar hay que recordar algo evidente: todo este esquema no es sobrevenido, ni mágico sino que tiene su base normativa en cómo lo dispone el propio *Tratado-“constitución”* de la Unión Europea generado y gestionado por la partitocracia dominante. La estructura orgánica y las medidas normativas y políticas no las toma la canciller alemana -tal como ha sido establecido como matriz de opinión mediante *banalización premeditada* y estratégicamente acuñada (*banalización Merkel*)- sino que forman parte de un consenso establecido por los representantes de los partidos políticos europeos que son los que ocupan todos los espacios orgánicos donde se toman dichas decisiones³⁶.

resultado positivo.

³² Recogidas a modo de remisión derivada o de forma relativista y tangencial en su articulado. Es el caso del *Tratado de Lisboa* en donde se habla de manera probabilística de “teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores” (art. 151). Articulado de redacción esquiva y omisiva.

³³ La propia clase dirigente -aun en intenso pleonasma liberal de desregularización del espacio social y emboscamiento del espacio político administrativo- sigue apelando al “estado del bienestar” como la referencia del contrato social. No se conoce congreso ni declaración solemne alguna por parte de partido político principal, de sindicato mayoritario o, incluso, de asociación empresarial en el que se haya desmarcado de la categoría “democrática y social”.

³⁴ *Vid.*, nota 25. También *vid.*, E. Forsthoff, “Concepto y esencia del Estado social derecho” en *El Estado Social*, *op. cit.*, pp. 88-89, 96-97.

³⁵ En este sentido, *vid.*, T. Freixes, “La justiciabilidad de la carta social europea” en L. Jimena, *Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Humanos* (2002); una visión más omnicompreensiva de exquisita contundencia, en M. A. García Herrera y G. Maestro, “15 M y 19 J: la crisis de la política en la crisis económica” en *Jueces para la Democracia*, nº 71, 2011.

Las teorías de la gobernabilidad y de la gobernanza hablaban de aligerar el Estado. Sin embargo tanto la construcción europea, como los propios Estados en sí mismos, han multiplicado las instancias orgánicas del Estado y de la propia Unión Europea de manera exponencial. Se dice que es un crecimiento imprescindible para habilitar la gobernanza de los actores económicos, pero surge una pregunta ¿No venía en principio la gobernanza a suplir funciones, espacios y centros de decisiones del propio y antiguo Estado centralizado?³⁷ Es pura *contradictio in terminis*: agrandar la burocracia del Estado para aligerar el Estado. Genera una interrogante mayúscula. Y todavía genera una interrogante mayor sobre calidad democrática, en cómo dicho crecimiento exponencial orgánico-burocrático ha girado en torno a organismos estrictamente económicos -alejados de cualquier instancia de representación- que marcan las políticas públicas de los Estados dictando medidas para mermar derechos sociales y prioridades públicas.

a) Una estructura de decisiones financieras fundamentales ajena a la voluntad general pero articulada y dirigida por la partitocracia europea.

Estructura que ocupa unos marcos ajenos a la participación civil, e incluso a rudimentos informativos de lo que allí se gesta. Estructura tecnocrática que toma las principales decisiones económicas, de las que se derivan fuertes consecuencias sociales y políticas, pero que es alimentada con base a habilitaciones normativas genéricas aprobadas desde los teóricos centros de representación (*representación laxa*). La *sociedad abierta* al revés: el factor económico generando consecuencias políticas y sociales en una especie de hegemonía del gen económico³⁸.

b) Una estructura y dinámica tecnocrática inextricable, pero muy eficaz en la deconstrucción del sistema social y de la soberanía integral.

Estructura de la que parten todas decisiones que han puesto en jaque mate la pervivencia social de los Estados europeos. Estructura que tiene su base en los sucesivos tratados de la Unión, y que permite obviar roles esenciales de los parlamentos nacionales³⁹.

Actualmente las decisiones y normas más trascendentes que toman los Estados europeos se ven determinadas por las decisiones que toman una amplia serie de organismos europeos referentes a deuda, déficit, financiación y fiscalidad. La estructura inextricable gira en torno a Comisión Europea, Consejo Europeo, Consejo de la Unión Europea (más concretamente su rama económica, el Ecofin), Banco Central, Fondo Europeo Estabilidad Financiera, Troika.... Decisiones esenciales bajo sacralización jurídica de dos artículos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴⁰. Decisiones que giran en torno a lo reglado en el Pacto de Estabilidad y demás normativa subsidiaria que acaba conformando: a) una especie de bloque de constitucionalidad de hegemonía economicista; b) un jeroglífico jurídico pero que, no obstante, está canalizado por el Consejo Europeo y el Ecofin compuestos por los jefes de gobierno y los ministros de economía de los Estados y partidos políticos que gobiernan. Toda esta serie de relaciones forman parte del jeroglífico jurídico que se desprende de poner en conexión y combinación hasta más de diez normas diferentes presididas por el Tratado-*constitución* de Lisboa⁴¹.

³⁶ Presupuesto que sirve para todas las instituciones y organismos de la Unión Europea y cuya estructura viene determinada por el actual *Tratado de Lisboa* y el correspondiente *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (*vid.*, *Diario Oficial Unión Europea*, 30/3/2010).

³⁷ G. Marks y L. Hooghe, *Multi-level Governance and European...*, *op.cit.*

³⁸ En premeditada referencia a uno de los axiomas del liberalismo clásico, de la mano de un estigmatizador del estatalismo como Popper, para el que, no obstante, el gen político debe de ser determinante y debe controlar siempre de forma transparente al sistema celular económico (*cfr.* K. Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*).

³⁹ Organigrama producto de los sucesivos tratados de la Unión Europea y sucesivos anexos orgánicos (*cfr.* *Tratado de Funcionamiento*) que han ido enroscando jurídicamente más dicho organigrama técnico; lo que parafraseando a F. Lasalle (*¿Qué es una Constitución?*) supondrá una auténtica *constitución material de geometría variable*. Efectuada bajo formas de *juridificación extrema y trilema regulativo* cuando la propia estructura del Derecho se ve asaltada por la perspectiva económica (G. Teubner, "Alter Legal Instrumentalism? Strategic Models o Post-Regulatory Law", en *International Journal of the Sociology of Law*, 12, 1984); a este respecto *vid.* E. Faria, "Economía y derecho: en el cruce de dos épocas" en *El Otro Derecho*, nº 24, I. L. S. A., Bogotá, 2000.

⁴⁰ *Tratado de Funcionamiento de la U. E.* (arts. 121, 126).

⁴¹ La maraña de entes, organismos y personalidades que toman decisiones se convierte en un premeditado ritual iniciático de indeterminación. Una exposición que recoge el estado de la cuestión, J. de Miguel, *El gobierno de la economía en la Constitución. Crisis e indeterminación institucional* (2011).

Se hace necesario insistir como la vanguardia decisoria está compuesta de organismos económicos bajo la biblia normativa del *icono estabilidad*, que han sido legitimados por la retaguardia institucional política (Comisión, Consejos e incluso Parlamento). Insistir que es estructura donde deciden los mismos ministros y directores que ocupan dichas plazas en los Estados respectivos. Es la misma clase política dirigente de los Estados.

La heteronomía europea podría representarse en dos espacios:

a) Troika europea. No es una institución europea a pesar de presidir todas las evaluaciones y decisiones más trascendentes y a pesar de ser denominada así⁴². Está compuesta por el Banco Central, la Comisión Europea y el Fondo Monetario Internacional; este último funge de *alien institucional* aposentado en el organismo europeo⁴³. Es un segundo espacio de heteronomía, el hábitat perfecto para la *deglución normativa*, paralela a la macro estructura política suprema. Teje los mimbres más técnicos sin base en normativa alguna, puesto que el Fondo Monetario Internacional es un advenedizo institucional cuyos juicios se introducen en la evaluación global de la tríada estabilidad-deuda-desamortización Y decir Fondo Monetario es decir Estados Unidos, ya que la naturaleza del organismo y el déficit democrático posibilitan que el Estado americano posea prácticamente un *poder de veto fáctico* sobre las decisiones esenciales⁴⁴.

Todo este etéreo espacio trans-institucional, al ser un espacio de deglución normativa, resulta el hábitat perfecto para convertirse en un foro de mercadeo y presiones habitado por los grupos de presión con mayor capacidad económica y, por lo tanto, con mayor capacidad de infiltración orgánica⁴⁵.

b) Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (*European Financial Stability Facility*)⁴⁶. Creado en el seno del Consejo de la Unión Europea, y con gestores nombrados por el propio Consejo y, por lo tanto, nombrados pro los Estados miembros⁴⁷ Mecanismo financiero con autonomía táctico-dispositiva que, a su vez, es gestionado por el Banco Europeo de Inversiones. Institución esta, a su vez, cuyos accionistas son los propios Estados miembros de la Unión Europea, y cuya dirección (Consejo de Gobernadores) la integran los ministros de Hacienda de los Estados europeos⁴⁸. Surgirían tres preguntas sobre la base de cómo el Fondo Europeo termina siendo antinómico respecto al propio Tratado:

1ª. ¿Cuál es la base normativa para el establecimiento del Fondo?

Una base normativa muy solidaria. La Decisión del Consejo⁴⁹ menciona el Artículo 122.2 del *Tratado de Funcionamiento*, que preceptúa como en caso de dificultades, o serio riesgo de dificultades graves en un Estado miembro, ocasionadas por acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiere controlar, el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá acordar, en determinadas condiciones, una

⁴² Hasta donde alcanzan mis conocimientos de Derecho Internacional el Fondo Monetario Internacional es una organización internacional no regional. Resulta muy significativo que la utilización actual de la acepción troika haya sustituido como sujeto político hegemónico a la que era tradicional troika europea institucional compuesta por el Presidente del Consejo Europeo, el Presidente de la Comisión y el Alto Representante PESC.

⁴³ La calificación de “troika” no es gratuita, sino que sería asignada por la prensa especializada y asumida por los portavoces de los partidos políticos gobernantes. Este conjunto orgánico escapa al control parlamentario directo e incluso indirecto, y todas sus instancias están cubiertas pro miembros nombrados por los partidos políticos hegemónicos en cada Estado tal como se afirmaba antes: la Comisión, un ámbito institucional directamente nombrado por los Estados (ratificado por el Parlamento); el Banco Central controlado indirectamente por los Estados, puesto que está formado por los gobernadores de los pseudo-bancos centrales; el Fondo Monetario, que es la institución financiera hegemónica, que escapa a cualquier lógica democrática siquiera de control y transparencia.

⁴⁴ Estados Unidos posee el 16.74% en voto ponderado. Las decisiones se toman con una mayoría cualificada de 70%, y las decisiones esenciales se toman con una mayoría cualificada de 85%. La capacidad fáctica de veto de Estados Unidos resulta sobresaliente.

⁴⁵ Los grupos de presión en tales espacios de indefinición-delegación institucional y porosidad normativa se encuentran en un *hábitat orgánico natural* (vid., el siguiente cap. 5, “La institucionalización de la sociedad civil opaca: los grupos de presión”).

⁴⁶ Obsérvese la utilización eufemística -incluso jurídicamente cínica- de “*facility*”.

⁴⁷ De hecho presidía el Consejo de su creación (2010) la ministra española Elena Salgado

⁴⁸ El Banco Europeo de Inversiones es un ente orgánico con más de mil técnicos a su servicio (www.bei.org/about/structure/organisation/index.htm).

⁴⁹ “Third, we have decided to establish a European stabilisation mechanism. The mechanism is based on Art. 122.2 of the Treaty and an intergovernmental agreement of euro area Member States” (Consejo de la Unión Europea, *Acuerdo*, 9/10 mayo, 2010).

ayuda financiera al Estado miembro en cuestión. Para valorar el principio bajo el que se inscribe dicho párrafo habría que acudir al enunciado del propio artículo 122, que habla en su punto 1 del espíritu que debe impregnarse dicha colaboración (“espíritu de solidaridad entre Estados miembros”).

2ª. ¿Los Estados europeos -bajo espíritu de solidaridad del 122- son los que aprueban proyectos y capital?

En principio debería ser así pero hete aquí que el propio *Acuerdo* genera la entrada del espacio de deglución institucional, la intervención “técnica” de la troika que resulta determinante, puesto que el Fondo de Estabilidad Europea -que es en definitiva el Consejo de la Unión Europea- sólo puede actuar bajo permiso de la Comisión Europea y del Fondo Monetario Internacional (bajo posición de dominio de Estados Unidos). Y no sólo el permiso sino que el propio Acuerdo asume el “fuerte condicionamiento” de sujeción por parte de las anteriores instituciones, y se compromete a cómo los acuerdos de financiación se harán en el marco y términos habituales del Fondo Monetario Internacional⁵⁰. Estos elaborarán un pliego de condiciones no sólo de devolución del préstamo bajo caución material sino de medidas concretas a adoptar en el interior de dicho Estado débil, y que pasarán por normas que habilitan recortes en ítem sociales esenciales del Estado, tal y como se ha patentizado hasta ahora. Posteriormente el acuerdo debe ser aceptado unánimemente por el Consejo de ministros de Hacienda pero, ¿se podrían negar los Estados a las condiciones impuestas cuando se supone la situación es extremadamente crítica para un Estado, al que la propia normativa europea le ha arrebatado la capacidad para auto financiarse emitiendo moneda? La respuesta es no. La respuesta es como de esta manera el Fondo Monetario Internacional termina teniendo protagonismo en las políticas públicas de drenaje de Estados débiles junto a los anclajes tecnocráticos de la Comisión⁵¹.

3ª. ¿Para qué debe existir un Fondo de financiación estatal y una banca de gestión de fondos si ya existe un Banco Central Europeo?⁵²

Es una buena pregunta, que se contesta valorando la naturaleza del Banco Central Europeo como el tercer espacio inquietante de la gobernanza europea.

c) El Banco Central como engranaje de desviación de poder económico público para la capitalización de la banca privada.

El Banco Central Europeo es un órgano central de la Unión Europea, no es una especie de ente sobrenatural con vida propia y vocación diabólica, manejado por un supuesto imperio alemán, como parece quiere hacerse creer al ciudadano. En él están de titulares todos los Estados de la Unión, representados por los propios gobernadores de todos los bancos centrales de los Estados de la Unión, y cuyas decisiones se toman de forma colegiada en el Consejo de Gobierno. Su regulación en el Tratado o su Estatuto tampoco le aleja de financiar a los Estados, ni de velar en mayor medida por el control, el riego, el saneamiento o fiscalizar las tipologías de inversión de la banca privada. Más bien al contrario se deslizan como obligaciones⁵³. Sin embargo ninguna de esas funciones han sido acometidas por una institución europea central con miles de funcionarios presupuestados.

La teoría clásica respecto a soberanía económica dicta que un banco central tiene como tarea principal el dotar a su Estado de masa monetaria para equilibrar coyunturas económicas. No es el caso del Banco Central Europeo, cuya misión real parece residir en financiar a la banca privada a práctico tipo cero, en una inversión radical de lo que son las funciones clásicas de un banco central.

¿Cuál ha sido la primordial función de esta institución? Una radical *desviación de fondos públicos* (emisión de moneda europea) para asignarla a la banca privada a un insignificante interés, capitalizando a la banca privada de manera gratuita. Modelo privilegiado y pródigo de financiación de la banca privada por el Banco Central Europeo (BCE), mientras se produce un bloqueo del propio Banco Central para la financiación de sus propios Estados por su banca pública nacional⁵⁴. A ello se le

⁵⁰ “...Is foreseen and activation is subject to strong conditionality, in the context of a joint EU/IMF support, and will be on terms and conditions similar to the IMF” (Consejo de la Unión Europea, *Acuerdo*, 9/10 mayo, 2010).

⁵¹ *Bursting the Brussels bubble*, op. cit., cap. “Banking on the bankers. Regulation and the financial crisis”, pp. 87-94).

⁵² El ensamblaje orgánico económico no terminaría sólo con ellos sino que la estructura contempla también el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera (MEEF), el Fondo Europeo de Inversiones (FEI), y otros menores disciplinados junto los anteriores bajo la lógica del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (2012).

⁵³ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (T.F.U.E., arts. 127, 132, 140, 141, 271, 281), Protocolo de los Estatutos del Sistema Europeo de Banco Centrales y del Banco Central Europeo (PSBCE, Protocolo nº 4, arts. 4, 5, 6, 15).

⁵⁴ Como es sabido la banca privada se financia a tasas “gratuitas” entre 0%-1.5% a través del Banco Central mediante el mecanismo de LTRO (Long-term Refinancing Operation). *Vid.*, la propia exposición del mecanismo en T. Linzert, D. Nauta,

denomina mecanismo de estabilidad y yo le llamo desviación de poder económico bajo confiscación indirecta de bienes públicos. Cuatro bases del mecanismo de la *desviación*:

1ª) De una lectura básica del Art. 123.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del Art. 21.3 del Protocolo de los Estatutos del Sistema Europeo de Banco Centrales y del Banco Central Europeo (PSBCE) se deduce que el Estado también tiene la posibilidad de financiarse a través de su banca pública con crédito no usurario procedente del BCE -tal y como hace la banca privada- sin abonar los altos intereses que imponen los mercados a través de la llamada “prima de riesgo”. Los dos artículos hablan de manera tajante de “recibir el mismo trato que las entidades de crédito privadas”. Así de claro⁵⁵.

2ª) En una siguiente fase, definitivamente siniestra, los bancos privados subvencionados por el BCE (con los fondos y la capitalización que al propio Estado español le corresponde hacer), serán los que acudan a comprar la deuda española a los intereses mencionados. En un sistema rocambolesco de *inversión sistémica de capitalización* por el cual los bancos privados con el propio dinero público español le compran la deuda más cara al propio gobierno español⁵⁶.

3ª) El BCE, en función de lo dictado por el Tratado y el Protocolo, no se debería negar a conceder ese préstamo a la banca pública puesto que está financiando en esas condiciones a la banca privada. Posteriormente esa misma banca pública, una vez obtenido ese crédito, lo prestaría al Gobierno español al 0,61-1,1%. De esa manera el Estado español no tendría que recurrir a los mercados internacionales y a los intereses confiscatorios y especulativos de la llamada prima de riesgo⁵⁷.

Si se hiciera de esta manera el Estado español dejarían de financiar y lucrar gratuitamente a la banca internacional a través del LTRO y, por otro lado, le sería mucho menos costoso económicamente, y oneroso socialmente, minorar su déficit.

4ª) De una lectura sistemática de dichas normas (TUE y PSBCE) no se desprende en absoluto que tal financiación del BCE tuviera como consecuencia la grave *hipoteca social* que se está imponiendo vía simples memorandos. Y que está conllevando graves servidumbres respecto a políticas públicas o derechos sociales. Si esa fuera la interpretación supondría una interpretación inadmisibles que avalaría el escandaloso aprovisionamiento y trasvase de capital desde la ciudadanía -de comportamiento responsable- (vía mayor pago de impuestos, recortes sociales y depresión económica) a los grandes emporios financieros -de comportamiento irresponsable y delictivo- (que reciben financiación privilegiada del BCE y financiación pública a través de sus respectivos Estados) mediante el mecanismo LTRO. Coyuntura actual que se produce no sólo de manera de manera sistemática, sino *directamente sistémica*.

Por lo tanto no es ni el Tratado ni son las normas primarias de desarrollo las que avalan inexorablemente esta dinámica de malversación, ya que una lectura social de las mismas podría posibilitar políticas económicas y públicas radicalmente diferentes y favorables a los intereses de los Estados y a la lógica del Estado social.

3) Conclusión. Se podrá pensar que toda esta sofisticada estructura financiera de banca pública es cuantitativamente semejante a la que se encontraba en los Estados sociales europeos. Sí cuantitativamente, pero no cualitativamente, que es lo que marca la radical diferencia. La cualidad es radicalmente la inversa, ya que si la banca pública del Estado social financiaba proyectos sociales, y proyectos estratégicos lo hacía primando proyectos de construcción de economía social, de consolidación de derechos sociales y bajo criterios de igualar la estructura social y sostener la estructura estratégica económica de un Estado. Todas las sinergias de la estructura político-financiera

U. Bindseil, *The longer term refinancing operations of the ECB*, working paper series n.º. 359, European Central Bank, Frankfurt, 2004.

⁵⁵ Los artículos 123.2 del TUE y 21.3 PSBCE marcan como el Banco Central Europeo (BCE) debe aprovisionar a los bancos públicos y darles financiación en las mismas condiciones que a los bancos privados (“...las entidades de crédito públicas, en el contexto de la provisión de liquidez por los bancos centrales, recibirán de los bancos centrales nacionales y el BCE el mismo trato que las entidades de crédito privadas”). Incluso hay ejemplo de que es así de claro puesto que el ICO (Instituto de Crédito Oficial) ya se refinanció, tímidamente, a través de LTRO en el 2011 y 2012, pero sólo en la tímida medida que marcaban las coordenadas impuestas por la opacidad tecnocrática.

⁵⁶ Técnica denominada *carry trade*, una de las prácticas avaladas y sostenidas normativa e institucionalmente en la economía financiera que sostienen nuestros modelos constitucionales.

⁵⁷ De ahí se extrae la posibilidad que el Gobierno de España (como otros gobiernos), a través del ICO, pueda solicitar al Banco Central Europeo dinero al 0,60-1% (euribor +/-), en vez de organizar puntualmente pródigas subastas internacionales de deuda a plazos de 4%-6% de interés.

Europea se han marcado como objetivo lo contrario: mermar espacios de estructura social y marcos de igualdad y vaciar a los Estados de sectores estratégicos integrados.

En el caso del Banco Central Europeo la diferencia es palmaria: ni cantidad ni calidad, sino una inversión de su naturaleza absoluta que prescinde de preservar la estabilidad y el equilibrio de un Estado soberano, para pasar a primar y alimentar la capitalización y financiación gratuita de la alta finanza internacional.

4. LA TECNO-ESTRUCTURA OPACA Y LA COMPLEJIDAD DESORGANIZADA COMO NUDO GORDIANO DE LA “GOBERNABILIDAD”

De la anterior teoría de la gobernabilidad se debería desprender que la tan promovida desestatalización, el romper con la sobrecarga del Estado social, debería haber llevado a una estructura normativa menos sobrecargada, menos reglamentada, puesto que el Estado debía ir “descargándose”. Ello debería haber llevado a unos niveles de gobierno menos complejos y a una desburocratización del sistema orgánico y normativo. Sin embargo, paradójicamente, no ha sido así y la teoría de la *governanzabilidad* ha afianzado unas estructuras de gobierno mucho más extensas y complejas.

1) Una paradójica “desburocratización” que se multiplica en estructuras orgánicas y normativas opacas.

Europa en su primera década del siglo XXI es una red inextricable de conglomerados institucionales y normativos. Un presunto sistema jurídico e institucional en donde se entrecruzan hasta cinco niveles de gobierno, los correspondientes cinco niveles normativo-competenciales y donde las fuentes normativas carecen de la mínima claridad. Resulta *paradójica la ultra-normatividad* cuando, sin embargo, más se han liberalizado los movimientos financieros, el tránsito mercantil, las modalidades de contratación laboral, se han privatizado los sectores y servicios económicos estratégicos e, incluso, parcialmente servicios esenciales públicos.

2) La devaluación de las fuentes normativas: memorandos, decretos y antinomias constitucionales como negación del Estado social y del Estado de derecho.

Este sistema de jeroglífico jurídico culmina en una serie de disposiciones, más pseudo administrativas que normativas -a modo de memorandos o protocolos- que prácticamente dictan las políticas públicas, en términos generalmente disuasorios o amenazantes.

Este conjunto de espacios orgánicos están dictando en los últimos años una serie de decisiones que pasan siempre por una devaluación sistemática de toda la tipología de derechos sociales. Conjunto que impone un cambio drástico de normativas internas a todos los Estados, por encima de programas electorales y, habitualmente, bajo la modalidad legislativa de decreto bajo *urgente necesidad*, cuando no de reforma constitucional sumarisima como la practicada con el artículo 135 de la Constitución Española. Reforma que es una flagrante antinomia jurídica respecto a lo dictado en ese mismo Título VII respecto a los fines de la riqueza y la producción nacional que no es otro que estar “subordinada al interés general” tal como afirma la propia Constitución⁵⁸. Es la *devaluación terminal de las fuentes del derecho*.

3) La reburocratización neoliberal.

Esta opacidad jurídica inextricable institucional es el primer elemento para la ataxia del sistema constitucional. No son complejidades necesarias para el desenvolvimiento técnico de un sistema de administración de bienes. La gran paradoja es cómo en las décadas de presunta desregularización y de retorno al liberalismo *laissezfairista* el ámbito institucional y el ámbito orgánico administrativo han visto proliferar múltiples nuevas instancias administrativas -entes administrativos autónomos- a las que han quedado anexadas las empresas neo-públicas como simples aparejos de extensión administrativa, con clara vocación clientelista de reubicación de la tecnocracia auxiliar administrativa⁵⁹.

⁵⁸ Así lo recoge textualmente el artículo 128. “Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”, y de esta manera el artículo 135 se convierte en su directo versus, sobre todo al afirmar: “Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones(...)y su pago gozará de prioridad absoluta”.

⁵⁹ Por ejemplo, en España la liquidación o desregulación de todos los grandes sectores estratégicos productivos en manos del Estado -y su venta al sector privado (privatización)- debería haber conllevado cuando menos una estabilización de los

4) La mutación de un modelo de complejidad organizada (empoderamiento institucional) a un modelo de complejidad administrativa desorganizada (empoderamiento fáctico).

El Estado social y democrático se construyó sobre las bases de una complejidad imprescindible para poder afrontar el nuevo papel regulador del Estado respecto a los nuevos intereses civil-sociales a proteger como derechos. El Estado constitucional era también un Estado-sistema dotado de Constitución económica y de ahí se derivó una complejidad normativa con el crecimiento del derecho administrativo, del derecho social (previsión y laboral) y del derecho financiero. Dicha complejidad fue construida progresivamente -*complejidad organizada*- y serviría para generar un nuevo sistema social. Complejidad con grado de *autodeterminación* que es aquel por el que la autoridad legítima pueden decidir sobre grado, modalidades y funcionamiento de dicha complejidad; cuando se puede controlar el nivel de necesidad y se tiene capacidad para orientarla hacia objetivos definidos, pudiendo establecer estratégicamente los imponderables, riesgos y retos que conlleva⁶⁰.

Por el contrario, desde los años setenta -conforme se iba desarrollando la idea matriz del Mercado Común- la complejidad se haría progresivamente más masiva e irreductible, generándose un Estado incapaz de graduar, controlar, o ponderar sus niveles, incapaz de conseguir objetivos o prever consecuencias del manejo administrativo de dicho complejidad. Estaríamos ante la *complejidad desordenada o indeterminada*, en donde los centros de poder se traspasarían de los institucionales a los centros fácticos, a los grupos de presión. Se hará con la complicidad de una nueva clase política, produciéndose una *inversión de la ecuación democrático-constitucional*⁶¹.

5. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL OPACA: LOS GRUPOS DE PRESIÓN

En el apartado anterior se apelaba a cómo las decisiones más relevantes para los derechos fundamentales sociales y para las políticas públicas en general son tomadas por la “troika”. Medidas “técnicas” que estarán teniendo directa inspiración en un sistema de lobbies que ha quedado institucionalizado dentro del organigrama de la propia Unión Europea. Su institucionalización no da transparencia real sino apariencia de transparencia y mayor campo operativo para legitimar decisiones.

1) La troika pasa a representar a los grupos de presión con mayor capacidad económica y, por lo tanto, con mayor capacidad de infiltración orgánica.

2) El sistema ha cobrado una gran sofisticación, que incluye toda una normativa de incompatibilidades y de malas prácticas que, a su vez, tiene sus contra-manuales perfectos elaborados desde los mismos centros de especialización⁶².

presupuestos generales del Estado y, como consecuencia, una menor exacción impositiva. Sin embargo los presupuestos generales del Estado crecen un 800% en los últimos treinta años mientras la población lo hacía en un treinta por ciento, cuando paradójicamente se recortan servicios y prestaciones; sólo el gasto principal del sistema de previsión (pensiones) se refleja directamente en ese crecimiento, cifrándose en un 860%. El resto de gasto social no queda sino concluir como una gran parte del mismo se trasvasa a sistema de burocratización en crecimiento exponencial de desviación: multiplicación de instancias administrativas, sobrecarga de costes, ineficacia estructural y duplicidad competencial (INE, *Anuarios Estadísticos*; para un análisis general, A. Nieto, *El desgobierno de lo público*, 2008). De esta manera el empleo público se duplicó en los últimos treinta años mientras la población censada crecía sólo al treinta por ciento (*vid.*, M. Martín Rebollo, *Leyes administrativas*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 1562-1564). También la Unión Europea genera una administración pública muy onerosa y progresivamente creciente, cuya cifra alcanza ahora los sesenta mil funcionarios al margen de personal eventual y de confianza (<http://www.europarl.europa.eu/news/es/headline>). Muchas de sus instituciones tiene práctica autonomía presupuestaria y todos sus organismos se retroalimentan para un crecimiento presupuestario incesante, generador de nuevas unidades y sistemas administrativos. Sobre incremento exponencial de tecnocracia auxiliar, *vid.*, Alliance for Lobbying Transparency..., *op. cit.*, cap., “Insider trading, how big business helped set trade policy”, pp. 67-76; para una visión didáctica y contundente, H. M. Enzensberger, *El gentil monstruo de Bruselas. Europa bajo tutela* (2012).

⁶⁰ El concepto de complejidad del sistema conlleva la capacidad de un sistema-Estado para ampliar posibilidades, establecer variaciones y mostrar alternativas inducidas por la deliberación y el disenso de los cuerpos sociales legítimos (*complejidad autodeterminada*). Lo considera García-Pelayo una atribución positiva del Estado social, recurriendo a la factura de Luhmann (*vid. Sociologische Aufklärung* en M. García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, *op.cit.*, pp.170-171).

⁶¹ La complejidad tiene una doble cara, y su cara negativa radica en que lo complicado se haga progresivamente inextricable, confuso, intrincado y susceptible de no poder ser aprehendido ni organizado -complejidad desorganizada- y que, en definitiva, quedará a merced de la capacidad de presión (*coerción*) de los grupos en juego (*ibidem*, p. 177).

3) Los grupos de presión cubren todas las ramas de interés, tienen vinculaciones concretas con los principales centros de poder y manejan idénticos centros de extracción de las elites que las propias administraciones europeas⁶³.

6. BREVE EPITAFIO: CRISIS DEL CONSTITUCIONALISMO GASEOSO

La suma de todos los anteriores elementos anula esencialmente un concepto básico de democracia y hace de las constituciones instrumentos ineficaces y *gaseosos*, muy alejados de la realidad sólida, muy alejados de la “Constitución material”. Este era el concepto que Lassalle utilizaba hace un siglo y medio en el sentido de que “de nada sirve lo que se escriba en una hoja de papel, si no se ajusta a la realidad, a los factores reales y efectivos de poder”. Describía la inanidad del burlado constitucionalismo europeo decimonónico, la utilización inconstitucional del Derecho por parte de las clases dominantes: “Se cogen esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita y, a partir de eses momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado”⁶⁴.

Muy semejante sería la actual coyuntura de la *gobernanzabilidad europea*. Reivindicación, por lo tanto, de un constitucionalismo capaz de generar factores de poder civil-popular con los que poder invertir históricamente -revolucionar- la actual estructura constitucional. Dotar al texto constitucional de instrumentos inequívocamente sólidos, desde una perspectiva de democracia radical.

En dos palabras: proceso constituyente.

II. ELEMENTOS PARA EL DEBATE CONSTITUYENTE

Todo poder constituyente fundamenta su deliberación respecto a dos iconos: democracia y Constitución. La democracia es la base esencial, el punto de partida por el que todos los seres que componen una sociedad son iguales y buscan el mayor nivel de libertad a través de su autogobierno. La Constitución es la base accidental, aquel documento convertido en norma suprema que plasma los pormenores de la construcción de la democracia en la intención de canalizar el máximo de igualdad y de libertad.

1. DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN: EXORDIO SOBRE DOS CONCEPTOS EQUÍVOCOS

1) Exordio Democracia

a) La democracia es uno de los términos más polisémicos de la teoría política y la teoría constitucional.

Ha sido utilizado *ad nauseam* desde las formas más distintas y flagrantemente equívocas. Dentro del glosario estasiológico puede resultar paradigmático el caso de Alemania en donde se puede encontrar

⁶² Como es sabido desde 2008 los grupos de presión están reconocidos y legitimados bajo el eufemismo orgánico comunitario de *Transparency Register* (http://europa.eu/transparency-register/index_en.htm#es). Desde 1996, desde hace 17 años, hay intención de adoptar políticas de transparencia e institucionalizar el papel de los lobbies en las instancia europeas (*vid.*, European Parliament, 7 July 1996, *Decision of the European Parliament on the amendment of its Rules of Procedure (lobbying in Parliament)*). Dicha dinámica no ha servido para dar más transparencia sino para que haya un fluido sistema de colaboraciones, contrataciones y contraprestaciones en donde se confunden más que nunca lo institucional y el ámbito societario de lo mercantil y financiero. Para ello se ha generado una instancia político-administrativa con entidad propia: Secretaría Común del Registro de Transparencia (Acuerdo Interinstitucional de 23, junio, 2011). Para una prospectiva crítica de todo lo anterior, *vid.*, todo lo publicado en *Alter-European Union* (<http://www.alter-eu.org/sites/default/files/documents/bursting-the-brussels-bubble.pdf>).

⁶³ El sistema ha cobrado una gran sofisticación, que incluye toda una normativa de incompatibilidades y de malas prácticas que, a su vez, tiene sus contra-manuales perfectos elaborados desde los mismos centros de especialización. *Vid.*, el imprescindible Alliance for Lobbying Transparency and Ethics Regulation in the EU, *Bursting the Brussels bubble*, Alter-EU, Bruselas, 2010).

⁶⁴ F. LASSALLE, *¿Qué es una constitución?*, Ariel, Madrid, 1984, pp. 116 y 92.

el término democracia incorporado absolutamente a todas las ideologías y formas políticas posibles, incluso antagónicas, dentro del mismo espacio político⁶⁵. La polisemia enriquece pero la equívocidad acaba destruyendo la realidad del concepto.

b) La utilización del sintagma *democracia radical* -utilizado como modelo a reivindicar en el título de este trabajo- debe servir para un objetivo: distanciarse de los modelos de democracia limitada, elitista y opaca.

Por lo tanto hay que volver a rearmarla de su significado primigenio etimológico: gobierno del pueblo, tanto en cuanto a gobierno colectivo como a gobierno individual.

A su vez *Pueblo* es un concepto que debe ser revalorizado y no estar sujeto a su degradación electoralista o a su propedéutica partidocrática. El *Demos* no es una suma de hombres y mujeres sino una suma de ciudadanos. No es un mero agregado de individuos o de votos mecánicos. El pueblo en su mayestático sentido político -*zoon politikon*- esta compuesto por ciudadanos. La definición de ciudadano siempre nos lleva a la base del “ejercicio de derechos políticos” y a su concreción como “ejercicio” en la “intervención del gobierno” del Estado correspondiente⁶⁶. Su antónimo sería súbdito, aquella persona “sujeta” a “autoridades políticas” de un Estado. Sin más. Sin ser susceptible de derechos políticos ni de intervención en el gobierno⁶⁷.

c) El ciudadano -*zoon politikon*- es ya un producto de los derechos fundamentales.

La formulación del ciudadano como hombre político -como *ejerciente* de derechos políticos- no es someterse al axioma vulgarizado “un hombre un voto”. El ciudadano es actor protagonista permanente de la polis y reúne una serie de condiciones, competencias, aptitudes y funciones que han sido glosadas desde Aristóteles y Platón hasta Rousseau. El ciudadano es “ser” con capacidades políticas, posee formación, disfruta de canales de información y tiene vías para la comunicación social extensa; participa en la toma de decisiones políticas en todos los niveles, y en la medida que esté más cerca de dicha toma de decisiones más ciudadano será. El ciudadano tiene pares políticos y no superiores. La superioridad sólo será condición técnica y coyuntural sometida al principio de equilibrio en cuanto a disposición de recursos materiales. En caso contrario -si hay una falta notable de estas cualificaciones- no estamos ante un ciudadano, sino ante el súbdito anteriormente mencionado⁶⁸.

La *Democracia* sería el resultado de restar al ciudadano lo que tiene de súbdito; es decir la operación en la que se mide la cantidad de derechos que es capaz de disfrutar la persona. A menos derechos menos democracia⁶⁹. Un hombre reducido en sus derechos (“sujeción incondicional a una autoridad”) es un hombre menos operativo políticamente y, por lo tanto, cuantos menos derechos más sujeto caído, más bajo la condición de súbdito, en la condición de persona sujeta a autoridad -sin más-, por definición; bajo un mandante con menos limitaciones en el ejercicio del poder sobre el mandado o súbdito.

⁶⁵ República Democrática Alemana (DDR) acrónimo de Deutsche Demokratische Republik, Estado de ideología pro-comunista y de autodenominación socialista (1949-1990); Unión Cristiano Demócrata (CDU) acrónimo de *Christlich Demokratische Union Deutschlands*, es partido de orientación demócrata cristiana; Partido Democrático (DPD) acrónimo de *Demokratische Partei (Deutschlands)*, es partido liberal; Partido Social Demócrata de Alemania (SPD) acrónimo de *Social Demokratische Partei Deutschlands*, es partido de referente social-demócrata; Partido Nacional Democrático en Alemania (NDPD) acrónimo de *Nacional Demokratische Partei Deutschlands*, partido en la antigua República Democrática Alemana compuesto de miembros reinsertados del NSDAP; Partido Nacional-Demócrata de Alemania (NPD) acrónimo de *Nacional Demokratische Partei Deutschland*, es partido de orientación nacional socialista.

⁶⁶ En este sentido el D. R. A. E.: “habitante de Estados modernos como sujeto de derechos políticos y que interviene, ejercitándolos, en el gobierno del país”.

⁶⁷ Definición plana del D. R. A. E.: “natural o ciudadano de un país en cuanto sujeto a las autoridades políticas de este”.

⁶⁸ Tipología teórica de ciudadano común en los elementos esenciales mencionados que vienen glosados desde *La República* de Platón (588, a. c.) o *La Política* de Aristóteles (330 a. c.) pasando por el interregno de Altusio (*Politica Methodicae Digesta, 1603*) hasta llegar a la perspectiva moderna de Rousseau (*El Contrato Social; Emilio*, ambos de 1762) y la contemporánea de H. Arendt (*La Condición Humana*, 1958).

⁶⁹ Los derechos no tienen porque tener su contrapeso en las obligaciones. El espacio del derecho es un terreno que se le resta al espacio de la obligación. Una sociedad donde crezcan las obligaciones será, por definición, una sociedad menos libre. No es un espacio de conjunciones sino un *sistema de diferencia simétrica*.

d) Desde finales de la II GM el dogma democrático establecido parte de que todos los ciudadanos son iguales para la composición de la voluntad general que ha de regir a la comunidad.

Por primera vez se estatuye -de manera permanente- la instauración del sufragio universal y el fin de los modelos de soberanía limitada o compartida. A partir de ahí se supone que la soberanía sólo es popular, radica en el Pueblo que la ejerce mediante el sufragio y a través de los principales actores del proceso político: los partidos. Se supone que se comienza a consolidar un *Sistema de Soberanía Popular* (SSP) -cerrado por definición- bajo los siguientes parámetros en relación de causalidad:

a) suma de ciudadanos, que ejercen el sufragio universal, eligiendo opciones y propuestas de gobierno; que materializan a través de operadores políticos intermediarios; que forman el parlamento para la toma de decisiones legislativas; que conforman el gobierno para el desarrollo de las políticas públicas deseadas por la suma de ciudadanos; y que se perfecciona mediante mecánicas de división, control y transparencia del poder.

b) sistema de derechos fundamentales de tipo civil, político, social y colectivo; que se han sumado a través del ejercicio de reivindicación y lucha de la suma de ciudadanos; que componen un sistema cerrado y de perfección progresiva; que tienen carácter indisoluble, conexo e indivisible.

Este Sistema de Soberanía Popular es el que se da por construido tras sumar la ingente obra teórico-política de la Europa occidental. Una suma que comienza en los ya mencionados Platón y Aristóteles en sus esbozos sobre democracia y que continúa en Hobbes, Bodino, Locke, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Sieyès, Tocqueville, Hegel, Lassalle, Bernstein o Heller, en un supuesto sumatorio de *progresiva perfección* para conformar los conceptos indisolubles y marco de Estado, Soberanía Popular y Democracia que, en definitiva, tiene como objetivo la libertad⁷⁰.

Y todo este sistema cerrado funciona porque tiene una base de alimentación y organización que será el marco constitucional: el derecho constitucional democrático que tiene como misión dar sustento al sistema de soberanía popular.

2) Exordio constitucional

a) La Constitución ha sido un instrumento de alicatado ideológico generalizado.

De la misma manera que ocurría con el término “democracia”, el término constitucional refugia ejemplos tan dispares y antagónicos como pueden ser el de Arabia Saudí, Alemania, Ecuador, Estados Unidos, Corea del Norte o reputada -por invisible- Constitución de Reino Unido. Todos ellos dicen tener Constitución.

El constitucionalismo es una especie de lo jurídico que conoce ya dos siglos y medio de existencia⁷¹. Dos siglos y medio no demasiado creativos en cuanto a contenidos.

b) La primera cuestión es valorar y exigir la absoluta trascendencia de un texto constitucional como contrato de convivencia. Los principios-base libertad e igualdad

La respuesta no es simplemente la norma suprema, sino valorarlo como un instrumento en forma de norma. Un instrumento que, a su vez, lo es de un instrumento previo: el contrato social y que, a su otra vez, plasma la voluntad general que es el objeto y fin primigenio de una comunidad.

Lo primero que plasmará ese contrato serán los principios nucleares a conseguir. Los principios de igualdad, libertad y fraternidad -inscritos en el frontispicio de las revoluciones constitucionales y de casi todos los textos constitucionales- que no admiten duda en su significado matriz⁷².

⁷⁰ Todos ellos van sumando conceptos ideales para la construcción del modelo de soberanía cerrada en torno a conceptos clave tales como Estado, Soberanía, Voluntad general, Contrato social, División de poderes, Representación, Soberanía popular

⁷¹ Más exactamente desde el primer texto estadounidense de 1787. También se citan académicamente los remedos normativos del constitucionalismo inglés, aunque sus fragmentados y hagiográficos episodios constitucionales son mucho más restrictivos y excluyentes que numerosos textos estatutarios del sistema contractual medieval (*vid.*, Cortes de Aragón, siglos XII a XV). Las Cortes del Reino de Aragón producirían *foralidad* desde 1247 (aprobación de los Fueros de Aragón, como recopilación de derechos, previa aprobación de los Concejos), seguida de una obra legislativa que supera a toda la obra inglesa del siglo XVII (*vid.*, 1247, 1283, 1428, 1436, 1461). Igualmente significativa la obra de las Cortes de León desde la Carta Magna Leonesa (1188).

⁷² La repetición de los principios-tópico (libertad, igualdad) son insistentes en todas las partes dogmáticas desde el constitucionalismo decimonónico como forma de legitimación del modelo ante los individuos (*Vid.*, D. Losurdo, *Controhistoria del liberalismo*, 2005). Así lo plantea igualmente Forsthoff incluso respecto al alcance político-social y normativo de la “fraternidad” cuando recuerda como estaba en las agendas programáticas de la revolución de 1789; y no sólo de las facciones más relevantes, como el conocido texto jacobino (1793), sino en programas y proyectos constitucionales de otras facciones

Se supone que son principios conmutativos. A partir de ahí la democracia debería convertirse en un espacio de planificación técnica hacia la máxima profundidad de dichos principios vertebrales. Así como los derechos humanos y fundamentales deberán convertirse en el segundo espacio para la aplicación técnica de los principios. Y la progresividad en la técnica central del sistema de derechos que salvaguarde el recorrido ya hecho hacia la igualdad, la libertad y la fraternidad.

c) El constitucionalismo como un proceso de consolidación de derechos.

El primer modelo de Constitución data de 1787 en Estados Unidos y el segundo modelo de Constitución se plasma en Francia en 1791. Constituciones que enuncian grandes principios (libertad, igualdad), y plasman unos derechos civiles y políticos genéricos bajo una estructura orgánica de división de poderes. Serían una transposición minimalista de los principios bajo los que se facturó el contrato social.

Desde entonces el constitucionalismo fue goteando derechos lentamente, muy lentamente. Hay toda una lectura dogmática del constitucionalismo que nos hablará de tres etapas que marcan la incorporación de generaciones de derechos: civiles, políticos y sociales.

También hay toda una orgánica del poder con la que se va estableciendo una división de funciones que rompe con la usurpación que hacía la nobleza y la clase burguesa propietaria del poder democrático.

A todo este bloque dogmático y al bloque orgánico hay que sumarle la cobertura transversal del principio soberanía. La soberanía no sólo es un principio omnicompreensivo sino el elemento que da sentido al Estado. Elemento que se hace transversal para el constitucionalismo en la salvaguarda del principio democrático. La soberanía no será un recurso retórico sino que será el *cimiento de la lógica democrática*.

Todo ello fue configurando un sistema constitucional, un sistema democrático, un sistema de soberanía popular cerrada. Se podría decir que hay un patrimonio constitucional facturado a base de sumas dogmáticas y orgánicas, que es una herencia de todas las generaciones anteriores que fueron construyendo una polis progresivamente mejorada, siempre bajo el frontispicio matriz libertad, igualdad, fraternidad. En principio ese sistema está compuesto de una serie de elementos político-jurídicos que forman parte consustancial del contrato social y que culminaron en la instauración del Estado social.

¿Qué quiere decir esto? Que lo que aquí se plantea es como el constitucionalismo debe suponer la salvaguarda de la base civil, política y social para que el individuo tenga alguna capacidad de discernimiento político real. Es el presupuesto para generar seres deliberativos y para evitar que las sociedades se compongan de simples individuos sometidos a la intemperie, bajo mínimas condiciones materiales de subsistencia, sometidos a la *cosificación* de la falta de formación, a la alienación informativa, a la inercia del trabajo (*homo faber*). En definitiva el constitucionalismo social es la base de unas condiciones objetivas democráticas para generar súbditos y no ciudadanos, en una remodelación del espacio público convertido en sistema⁷³.

Este *Sistema de Soberanía Popular Cerrada* -de consolidada progresividad en el modelo de Estado social- es el sistema constitucional al que se apelaba como *deber ser* en la mayoría de los manuales de Derecho Político o de Derecho Constitucional desde mediados del siglo XX, como básico inmutable e *inquebrantable pacto de convivencia*⁷⁴.

d) Pero el Estado social no resistió, cómo se valora en la primera parte de este trabajo. Desde la década de los setenta se asiste a su devaluación, adulteración o incluso su destrucción. La configuración del Estado occidental a fecha de hoy dista mucho de la de hace treinta años. El Estado se ha privatizado en gran medida, los sistemas de previsión y laborales han sufrido severos recortes y los servicios sociales esenciales han mermado, cuando no se van privatizando progresivamente. El

como el de La Gironda: "Les secours publics sont une dette sacrée de la société... (nº 24)". También resulta reseñable como los más sistémicos y antiguos tratados de Derechos Constitucional no dejaban de reflejar la apelación al valor normativo social legitimador del principio "fraternidad" (H. Nézard, *Elements de Droit Public*, 1919) como susceptible de valor y contenido normativo social, aunque manteniendo el distanciamiento respecto a su aplicación (*ref.*, en E. Forsthoff, "Concepto y esencia del Estado social de Derecho" en *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 74-75).

⁷³ *Vid.*, A. de Cabo, *Lo público como supuesto constitucional* (1998).

⁷⁴ *Vid.*, en este sentido los tres referentes más consensuados, M. Duverger, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, (1955) K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (1959); M. García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado* (1955).

gasto público ha tomado un rumbo multiplicador y replicante del capital privado y las políticas públicas han tomado sesgos asistencialistas. Las clases políticas orgánicas hablan de la “reconversión” del Estado social por causas económicas pero una arquitectura más sólida de elementos sociales e institucionales podría haber evitado el *supuesto determinismo economicista*⁷⁵.

¿Dónde pudo estar el problema del Estado social? La respuesta está en como el Estado europeo configura (asume determinada forma social) pero no construye porque no constitucionaliza con vigor. El Estado social nació y creció bajo caligrafía exclusivamente administrativa. El sistema de dominación fáctica demostró una extraordinaria habilidad para no asumir formulaciones constitucionales sociales. Era un Estado social bajo una simple y precaria formulación jurídico-administrativa y jurídico-laboral. Precaria por no constitucionalizada⁷⁶.

Construcción significa fuertes cimientos para que no se puedan desmoronar plantas y columnas bajo coyunturas adversas o bajo presiones determinadas. Esos cimientos sólo los puede proporcionar un texto constitucional, y el Estado Social se formó sin base constitucional suficiente, sin aplicación a parámetros, funciones y garantías más concretadas. Estado social, presuntamente elíptico, en textos anclados en la pobre ingeniería constitucional de la antidiluviana división de poderes, tras dos siglos de sequía científica constitucional. El Estado Social quedaba sometido a la vinculación como cláusula hipotética. El futuro demostró que la cláusula era voluble e inconsistente y, por lo tanto, destructible⁷⁷.

Aquí se van a proponer 10 elementos concretos para un debate constituyente, que no versan sobre un modelo de sociedad último, y mucho menos sobre la instauración de un modelo “comunista” como se dice por parte de los críticos de los movimientos pro constituyentes. 10 elementos que son *bases objetivas para generar unas condiciones de deliberación* con las cuales y bajo las cuales poder debatir, con libertad e igualdad real, sobre el modelo de sociedad. No son elementos ideológicos, sino elementos técnico-axiológicos objetivos para la profundización (radicalismo) democrática, con base a toda la tradición y herencia del constitucionalismo. 10 elementos que serían el cuerpo central de un *contrato para la tolerancia*.

2. SUMMA POLITICA. ELEMENTOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. DEL HOMO PATIENS AL HOMO AGENS

Del *homo patiens* al *homo agens*. O lo que sería lo mismo del hombre-*súbdito* al hombre-*ciudadano*. Los dos anteriores exordios -democracia y Constitución- nos hablan de marcos teóricos ideales, pero la historia y la realidad han patentizado que si la teoría pura de la democracia ha existido, la práctica pura (praxis) de la democracia se vería sometida a muchos quebrantos, e incluso le ha resultado muy complicado consolidarse y progresar.

¿La causa? la teoría de la soberanía, la teoría pura del poder es una teoría con práctica viciada. El poder como elemento del Estado (político-jurídico) ha sido perturbado por:

- 1) su antónimo: el poder fáctico como elemento de dominación a través del empleo del chantaje y la desvirtuación del modelo
- 2) su institucionalización: el poder institucional -la clase política gobernante- como distorsionador del poder popular mediante la defraudación del mandato de representación.
- 3) la falta de constitucionalización de los elementos jurídico-políticos que hicieran sistema democrático más allá del mero sufragio universal.

a) El Estado Constitucional democrático no puede justificarse por el hecho de propiciar la emisión cuantitativa de votos en elecciones periódicas sino que debe ser un estado cualitativo, un ente de calidad.

⁷⁵ No es este lugar posible para un análisis pormenorizado de la deriva del Estado social en Occidente. Para ello *vid.*, C. de Cabo, *La crisis...*, *op. cit.*; A. Porras, *Introducción a una teoría del Estado post social* (1988).

⁷⁶ Forsthoff lo expresaría con contundencia: “Casi todas las instituciones de nuestro Derecho público que han transformado al Estado en un Estado social existen desde decenios sin que las Constituciones hayan tomado nota de ello” (en W. Abendroth, E. Forsthoff, K. Doehring, *El Estado social*, *op. cit.*, pp. 76 y ss).

⁷⁷ El nada sospechoso Forsthoff criticaba la debilidad de la presencia constitucional del Estado social. Con cierta ironía hablaba de los bienintencionados teóricos que intentaban “obtener para esa fórmula un contenido concreto, apreciable”. Y con dureza sentenciaba: “una fórmula vacía y una banalidad de arriba abajo” (E. Forsthoff, *El Estado de la sociedad...*, *op. cit.*, p. 108-9). Con esta intuición genial se expresaba sólo cuatro años antes del comienzo de la crisis del modelo de Estado social.

En la medida que vaya perdiendo esos elementos cualitativos bajará en calidad y se acercará al Estado autoritario. El Estado autoritario no sólo es aquel que abiertamente carece de elecciones periódicas, agentes políticos mínimos o texto constitucional formal. Habitualmente se tiene una concepción demasiado plana de lo que es un Estado autoritario ya que en muchas ocasiones Estados tamizados de constituciones, formalidades electorales y aparentes libertades puntuarían en negativo, instalándose en el espacio del Estado autoritario más que en el del Estado Constitucional democrático.

b) Las líneas entre Estado autoritario y Estado democrático no son líneas fáciles, planas y exactas. Hay niveles y calidades.

Gráficamente podríamos establecer una línea horizontal figurada de 10 dígitos que oscilarían desde el más perfecto Estado constitucional democrático (E.C.D. 10) al Estado constitucional democrático de pésima calidad (E.C.D. 1). Esta línea, en sus últimos 4 dígitos podría yuxtaponerse -homologarse- a los cuatro dígitos menores de un Estado formalmente autoritario (E.A.) en cuanto a sus consecuencias materiales reales políticas, sociales y económicas:

E.C.D. >>>10-9-8-7-6-5-4-3-2-1 1-2-3-4-5-6-7-8-9-10 <<<E.A.
--

Por ello, para medir la calidad de un Estado Constitucional, deben considerarse diferentes elementos para la valoración del Estado Constitucional: se cumplen o no se cumplen, y en que grado. El modelo podría llegar a asumir trazos matemáticos y contemplaría la posibilidad de que un Estado formalmente constitucional-democrático se hubiera travestido en un Estado autoritario de bajo perfil haciendo real la tópica y popular expresión “lo llaman democracia y no lo es”.

c) Summa política constituyente.

Una de las obras más reconocidas de la Teoría política es la *Summa Theologiae* de Santo Tomás. En ella se suman una serie de elementos imprescindibles para componer un hombre integral y la guía par el buen gobierno de una sociedad. Se hacía bajo perspectiva católica y teocrática.

- Hay también una Summa constituyente, un corpus teórico consensuado.

En los últimos años los medios de comunicación y las declaraciones de la clase política hegemónica se han llenado de descalificaciones hacia los movimientos de protesta deliberativos que solicitaban la apertura de un proceso constituyente⁷⁸. La descalificación se ha llevado al ámbito académico y las propuestas constituyentes se han calificado despectivamente con base a una hipotética falta de propuestas, de ideas conformadas como fuera de los marcos constitucionales o lugares comunes sin articular. Dicha descalificación no dejaba de ser un ejercicio de grueso cinismo por parte de aquellos que nada se han esforzado por concretar o profundizar en los términos de nuestro *equivoco y polimorfo modelo constitucional*⁷⁹. Por ello este trabajo va a hacer un ejercicio en primer lugar pedagógico para todos aquellos intelectuales, políticos institucionalizados, medios de comunicación y académicos que acusaban de práctica nihilista y asamblearia todo lo habilitado y practicado por los *movimientos deliberativos* ya fuera el 15-M, el movimiento cinco estrellas (Italia) o la revolución naranja (Islandia).

- La mayor parte de las propuestas que se han venido desarrollando por los nuevos movimientos deliberativos ciudadanos no pretenden ser “antisistema” sino lo contrario; se trata de reivindicar un sistema teórico que ha sido desvirtuado y una democracia secuestrada por la realidad fáctica.

Las propuestas no son ninguna enmienda leninista a la realidad, ni ninguna apuesta libertaria o soflama *polpotiana*. Tampoco fueron programas de gobierno porque nunca lo pretendieron ser en

⁷⁸ Es el caso del 15-M (2011) en España y de otros movimiento “indignados”, que se formaron con anterioridad (Islandia, 2009) o Movimiento Cinco Estrellas (2009) o, bien, con posterioridad, como *Occupy Wall Street* o el 15-O (Estados Unidos, 2011). No todos los movimientos trabajan en la misma sintonía ni piden exactamente un proceso constituyente. Son muy diferentes las sensibilidades y coyunturas de la llamada primavera árabe (2010), y sus correspondientes procesos constituyentes, a las de Europa o Estados Unidos.

⁷⁹ Sirva para el ámbito académico-político el caso paradigmático de Gregorio Peces-Barba (“Los indignados y la democracia”, *El País*, 13.09.11).

una primera fase. Los críticos del movimiento han exigido desde el primer día propuestas concretas, programas electorales o incluso planificaciones gubernamentales y legislativas. Los que así se expresaban eran los representantes de una clase política o de una intelectualidad orgánica caracterizada por la política errática, el incumplimiento de su programa electoral, la desinformación diaria, el error continuado en sus predicciones y la práctica del decreto-ley en el permanente retroceso de derechos fundamentales. Los que así se expresaban demuestran desconocer lo que debe ser una estructura ciudadana de debate, discusión, formación y juicios. Lo que debe ser sobremañera en una primera fase, cuando en tiempo presente el ciudadano ha estado obligado a permanecer en una “sociedad política despolitizada”⁸⁰.

Se podía decir que la mayor parte de movimientos deliberativos simplemente solicitan al sistema de gobierno teórico -sobre el que *somos* instalados- que cumpla con sus presupuestos, que cumpla el contrato social. Las propuestas escuchadas y debatidas en las asambleas deliberantes de 2010 y 2011 son la suma de toda la tradición constitucional tanto práctica como teórica a la que antes apelábamos. Desde la primitiva teoría democrática hasta la teoría institucional de la democracia y subsiguientes desarrollos⁸¹.

- Reivindicación de una teoría pura del Estado Constitucional. 10 elementos desde los movimientos deliberativos⁸².

La idea de este trabajo tiene su base en cómo se viene solicitando desde las asambleas deliberantes-15 M un hilo conductor para la discusión constituyente que ordenara propuestas y alternativas que se vienen manejando para los más distintos problemas. Y se pretende hacer enmarcándolas en lo que es el corpus -*summa*- tradicional de la teoría constitucional. Eso es lo que se pretende hacer aquí, estableciendo parámetros claros, incluso sumamente didácticos al respecto, en la idea de que deben servir de respuesta a aquellos voceros que estigmatizan y criminalizan las propuestas de las asambleas ciudadanas.

Elementos a modo de *conditio sine quibus* de un Estado Constitucional democrático. Reivindicación del hecho de cómo la legitimación del ejercicio y administración del poder, deben venir dadas por el cumplimiento de una serie de elementos bajo el protagonismo de ciudadanos y grupos legítimos.

Los elementos que se van a describir van necesariamente interrelacionados. En muchas ocasiones la merma de uno de esos elementos hará difícil o incluso imposible el buen funcionamiento de los demás. En ningún caso esta clasificación está optando por un modelo ideológico concreto, esta relación de elementos tampoco está referenciada a la coyuntura de un Estado concreto o a la organización territorial de los Estados.

¿Único objetivo? delinear *elementos de demarcación esencial* para la articulación y funcionamiento de un Estado Constitucional democrático y, por consiguiente, para la práctica individual y colectiva de la democracia radical. Es necesario insistir en cómo no son elementos ideológicos sino elementos objetivos que habilitan el punto de partida para el debate posterior sobre distintos modelos ideológicos.

No se exponen de forma articulada sino que son ideas y elementos de método para la propuesta. En torno a ellos, en ocasiones, se hacen necesarias reflexiones en retrospectiva histórica o política para definir un marco y un estado de la cuestión. Queda claro que todo ello ha de debatirse con el objeto de

⁸⁰ Críticas que pasan por el desconocimiento absoluto de lo que fue tanto el origen de la propuesta como todos sus desarrollos posteriores. La crítica obtusa confunde -de manera premeditada- lo que sería una especie de “tormenta de ideas” (*Brainstorm*) asamblearia con un programa definitivo de gobierno. Lo confunden incluso aquellos que tanto reivindican el espacio “empresarial”. Ellos mejor que nadie deberían conocer que la técnica de *Brainstorm* (Faickney Osborn, 1938) es una de las técnicas más utilizadas en el ámbito empresarial en una primera fase de creatividad que pasa por acumular todo tipo de ideas originales que puedan dar solución a un problema o una meta empresarial sin pararse en su sistematización o inclusión definitiva.

⁸¹ Perfectamente integrables todas ellas en la tradición constitucionalista más clásica a la que antes apelaba bajo la triada Duverger-Loewenstein-García Pelayo.

⁸² En ellos cabrían la mayor parte de las propuestas más debatidas. Más exactamente en las jornadas de mayo-septiembre 2011 en distintas plazas centrales españolas y, más concretamente, en la Plaza del Pilar (Zaragoza) y Plaza de Navarra (Huesca). También son síntesis de las propuestas para la discusión en la Asamblea Constituyente de Ecuador en las comisiones de Derechos Fundamentales, Participación y Economía (Montecristi, 2008). Existe un paralelismo notable entre las propuestas llevadas a Montecristi por múltiples asociaciones civiles -y debatidas con la asamblea constituyente en los tres primeros meses- con aquellas propuestas y debates suscitados en España por las asambleas ciudadanas deliberantes.

plasmarlo en propuestas constituyentes articuladas y concretas. Cada elemento que se desgrana debe tener una articulación en un texto constitucional integral con toda la disección necesaria del mismo. Conforman un debate de mínimos. Sin ellos, la posibilidad de que sean reales los iconos constitucionales de soberanía nacional, seguridad nacional, soberanía popular, derechos humanos, división y control del poder, transparencia y, en definitiva, democracia se tornan meros *epítomes retóricos* sin valor posible.

En este decálogo, y como se decía al principio, se dará especial protagonismo a dos elementos esenciales -relativos a participación político social y a derechos sociales- como los dos elementos más débiles/debilitados dentro de la actual estructura constituida.

- ¿Ironía del constitucionalismo extenso o extensión del constitucionalismo irónico?

El decálogo propuesto tiene vocación de generar un texto extenso, bastante más extenso que los actuales modelos constitucionales. Probablemente esta militancia en el constitucionalismo extenso generará críticas aceradas e ironías. Pero la ironía no será una *propuesta de revitalización constitucional* sino la que se deriva del constitucionalismo minimalista que han padecido los Estados. Minimalismo constitucional mantenido como dogma con base a la falacia del consenso constitucional, que no era sino la falacia de la *indeterminación constituida*. Es muy contradictorio que mientras se comulga con el crecimiento extremo de los cuerpos normativos, multiplicados en un cuatrocientos o quinientos por cien en el último siglo, sin embargo, se mantengan los textos constitucionales con apenas unas líneas más de extensión que hace dos siglos. Peor es la cuestión en el campo cualitativo en donde los centenares de nuevos conceptos, términos y figuras mercantiles, tributarias, administrativas, o incluso civiles, dejan muy atrás el erial jurídico en el que han convertido al derecho constitucional en este último siglo⁸³.

1) SOBERANÍA POPULAR

a) La soberanía tiene su base en una construcción artificial: el Estado. Sujeción de todos los ciudadanos a Leviatán a cambio de seguridad.

El Estado nace en torno al siglo XV. El concepto Estado se conforma tras el sumatorio de Hobbes y Bodino. Ambos autores reconocían cómo el Estado es un ente impuesto, no natural, un instrumento artificioso, coactivo e incluso brutal pero útil porque iba a dotar al hombre de *seguridad*, sacando al conjunto de los individuos y colectivos de lo que se suponía era un letal estado de naturaleza⁸⁴. El Estado nace teniendo como misión dar seguridad, protección y tutela. Para ello expropia a todo agente individual o colectivo con poder autónomo⁸⁵. Un instrumento de vocación indefinida y universal en permanente *autodeterminación* hegeliana de perfección y sofisticación de los propios mecanismos que garantizaban los totémicos conceptos de *seguridad* y *sociedad nacional de intereses*, según continuaron teorizando los doctrinarios y apologetas de la legitimación del ente Estado⁸⁶.

“Seguridad para la libertad”, esta -y sólo esta- es la justificación para el nacimiento del Estado y sin ella deja de tener legitimación el ejercicio de la polivalente violencia y coacción que el Estado ejerce

⁸³ Erial jurídico salvo cuando se ha tratado de hacer pasar como texto constitucional lo que no era sino un *manual de instrucciones de la gerencia orgánica de la Unión Europea* como lo sería el frustrado Tratado- Constitución Europeo y como lo han sido, en definitiva, todos los tratados-constitución desde Maastrich. Porque en estos casos su texto ha multiplicado por diez la extensión del constitucionalismo medio europeo. Porque para estos casos parece sí es válido el constitucionalismo ya no sólo extenso sino hipertrófico.

⁸⁴ La finalidad *seguridad* es la idea base de *Leviatán*, que nace con una perspectiva esencialmente física, pero con una intencionalidad finalista, más omnicompreensiva, que podríamos adjetivar como permanente *autopoiesis*, como luego afirmará Hegel (*Leviatán*, Parte II).

⁸⁵ Weber remarcaría la idea de que un Estado sólo puede considerarse como tal al consumir toda la *expropiación de espacios de poder*: “asociación de dominio de tipo institucional, que en el interior de un territorio ha tratado con éxito de monopolizar la coacción física legítima como instrumento de dominio, y reúne a dicho objeto los medios materiales de explotación en manos de sus directores pero habiendo expropiado para ello a todos los funcionarios de clase autónomos, que anteriormente disponían de aquéllos por derecho propio, y colocándose a sí mismo, en lugar de ellos, en la cima suprema” (M. Weber, *Economía y Sociedad*, FCE, México, 1979, pp. 1059-1060).

⁸⁶ Hegel sacraliza la figura del Estado como epicentro del modelo de civilización (*Filosofía del Derecho*, 1821), y así describe al Estado como la forma más elevada y objetiva hacia la ética, la plenitud de la idea moral y la realización de la libertad.

sobre los ciudadanos, que han renunciado a liberarse de dicha coacción merced a ese pacto-ficción (una nueva ficción impuesta) que se supone ha sido aceptado implícitamente desde el uso de razón de cada ciudadano⁸⁷.

Puesto que nunca los ciudadanos aceptaron dicho modelo explícitamente, cuando menos, deberá respetarse su fin último para el que fue creado hasta las últimas consecuencias, o bien devolver a las personas los espacios de autonomía individual o electiva usurpados por dicho pacto ficticio.

b) La soberanía como elemento esencial contra el estado de naturaleza y contra el poder fáctico como proyección de estados de naturaleza.

La Teoría del Estado clásica dice que el Estado se compone de 3 elementos para considerarse como tal. Esos tres elementos son el Territorio, la Población y el Poder. Dos de ellos -Territorio y Población- son elementos materiales para que el Estado pueda existir como tal. El Poder es el elemento sustancial que dará una lógica de estructura y organización a los dos anteriores elementos. El poder, en genérico, puede definirse como capacidad de coacción sobre el individuo, la capacidad para obligar al cumplimiento forzado de las cosas. El Estado parte de la ficción de que monopoliza esa capacidad de coacción, esa capacidad para la determinación que se proyecta en última instancia con el monopolio de la violencia y de la toma de decisiones. Monopolizando y administrando su gradación. Eso es la soberanía.

La soberanía sería el instrumento central de toda la teoría sobre la figura del Estado. Su elemento central e indispensable. Significa que el Estado monopoliza la toma de decisiones y que nada que afecte al bien colectivo se decide fuera de sus centros de decisión política (estado de naturaleza). El Estado monopoliza la fuerza y su modulación como disuasión, presión o castigo. En este sentido la consensuadísima definición de Carré de Malberg apela a las dos caras del valor como *summa potestas*. Por un lado, significa independencia respecto a otras fuerzas del exterior, ya sean Estados o cualesquiera grupos organizados; por otro lado, significa superioridad absoluta en el interior de las propias fronteras respecto a otra irradiación de poder que no sea la proveniente de esferas institucionales de decisión legítimas⁸⁸.

En esta concepción va implícito que ningún actor puede establecer ningún tipo de presión determinante sobre el Estado puesto que ello significaría que los poderes legítimos del Estado estarían al dictado de grupos de poder ajenos a la lógica institucional legítima, y que los *estados de naturaleza se habrían instalado en los cuerpos del Estado*. Y en la medida que ello fuera más acusado, y que dichos grupos tuvieran mayor capacidad de mediatización, se podría decir que el Estado existiría en una proporcional menor densidad y que, llegado un punto, habría dejado de tener tal naturaleza de Estado. Esta es la base de la teoría del Estado que se enseña, desde hace siglos, en las facultades de Derecho.

c) Prosapia del rapto estamental-clasista de la soberanía, bajo lógica propietarista.

A lo largo de la Historia del Estado se han recogido otras fórmulas de soberanía que se correspondían, a su vez, con los distintos tipos de Estado y en que su ejercicio es secuestrado por el estamento nobiliario y la clase de los propietarios.

1) Soberanía unipersonal. Se corresponde con el modelo de Estado Absoluto. El poder es depositado en el monarca absoluto. El Estado se funde con la persona del monarca que lo ejerce bajo legitimación de origen divino. Este modelo histórico tendría proyección en la historia contemporánea -y en la actualidad- en las monarquías unipersonales o dictaduras caudillistas. Ejemplos en la actualidad serían Arabia Saudita, Bahrein, Kuwait o Corea del Norte.

2) Soberanía compartida. Modelo que se encuentra entre la soberanía unipersonal y la soberanía popular, y por el que el poder se reconoce compartido entre el monarca y la Nación. Se corresponde con el tipo más restrictivo de Estado Liberal, propio del pacto socio-político entre las clases dominantes del Antiguo Régimen y la nueva burguesía ascendente. Bajo este modelo, el monarca

⁸⁷ Y, como alternativa al uso de la "razón", desde formulaciones teóricas más aleosas, incluso adulteradas, tal cual la hipótesis del *velo de ignorancia* rawlsiano (Cfr., J. Rawls, *Teoría de la Justicia*, Capítulo 3).

⁸⁸ En este sentido, Carré de Malberg -en la misma data que Weber, y en una coyuntura histórica crítica sobre la naturaleza del Estado- viene a concluir que estamos ante un tipo puro sobre el que no puede haber duda sobre su escueto contenido esencial, y así citaría a Gierke, Jellinek, Redslob, Laband, Mayer, Menzel, Kelsen, Rehm o Duguit (Vid. R. Carré de Malberg, *Contribución a la Teoría General del Estado*, 1920). En su misma línea, vid. H. Heller, *La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho* (1927).

conserva su poder de determinación sobre la estructuración de buena parte de los poderes del Estado. La parcial soberanía popular es un eufemismo que suele encubrir la detentación parcial del poder por parte de la alta burguesía, única legitimada para ejercer los derechos políticos fundamentales, esencialmente el sufragio activo y pasivo (censitario), que se le niega a la mayor parte de la población. Actualmente el modelo de soberanía compartida podemos verlo parapeado tras la extensión del sufragio universal activo. Encontraríamos este modelo en algunas actuales monarquías de la que puede ser Marruecos el mejor ejemplo.

3) Soberanía nacional censitaria. Propia del modelo de Estado liberal decimonónico, actualmente en desuso, pero muy interesante para el actual debate entre propiedad y democracia. El constitucionalismo liberal suele hablar de soberanía popular en la constitucionalización de su modelo, pero es radicalmente falso porque el Estado liberal parte de una perspectiva propietarista de la representación y de la libertad que sólo son operativas legalmente para un censo de propietarios⁸⁹. En la mayoría de las ocasiones este modelo de Estado se gesta desde un *nuevo contrato social propietarista* de la nueva alta burguesía ascendente con la antigua nobleza que queda desprovista de su antiguo estatus pero que, sin embargo, se incorpora a la clase dominante con iguales o superiores posiciones de poder político y económico. En definitiva, es una negación de la democracia y de la libertad que sólo puede ser disfrutada en función de criterios de renta y patrimonio.

Formalmente este modelo dejó de existir pero la realidad nos dice que la ciudadanía con titularidad de propiedades expansivas siguen condicionando la toma de decisiones políticas y la vida del resto de ciudadanos convertidos, de esa manera, en súbditos⁹⁰.

4) Soberanía popular. En sus términos más simples podemos hablar de soberanía popular cuando hay un reconocimiento de que todos los ciudadanos participan en la formación de la voluntad general de manera igual. La soberanía popular se asimila al modelo de Estado Democrático. Ese reconocimiento se debe materializar en el sufragio universal y en unas condiciones suficientes para su ejercicio y desarrollo de la subsiguiente toma de decisiones⁹¹. Sólo debe obedecer a un axioma: la voluntad general (popular) y el principio de igualdad debe presidir todo el funcionamiento del sistema.

d) La derivada del principio soberanía: la cuestión de la representación y el rapto de la soberanía por la representación omnímoda.

Dentro del modelo de soberanía popular el primer debate gira en torno al modelo de representación. La teoría de la representación contempla dos modelos: 1) Imperativo: el poder se delega a individuo o grupo que debe sujetarse a las instrucciones del delegante, ya sea en cuanto a representación como a ejecución; 2) Representativo: el poder se cede (no se delega) sin sujeción (plenos poderes de decisión del mandatario). Este es el tipo de mandato asumido por el modelo de Estado liberal y democrático, supone la participación indirecta del ciudadano en la toma de decisiones a través de intermediarios que no están sujetos por ningún compromiso jurídico efectivo.

La mayor parte de los textos constitucionales así lo han avalando durante todo el ciclo de constitucionalismo liberal-democrático⁹². Supone un modelo de soberanía popular donde hay hegemonía absoluta de la *representación gratuita e impune* (mandato representativo) como formulación política, arrinconándose la voluntad real del individuo y, en mayor medida, la participación esencial efectiva del ciudadano. Esto genera un modelo de Estado Constitucional partitocrático, elitista y generador de ciudadanos menores o súbditos gregarios⁹³.

Por ello la estructura orgánica de control y la participación se presentarán como elementos de neutralización del un modelo representativo unívoco.

⁸⁹ A través de esa gran aporía jurídico-política que sería la función de representación, por la que un derecho esencial como es el derecho al sufragio queda convertido en *función* por los teóricos liberal-burgueses de la representación. Función que sólo podrían desarrollar con competencia y habilidad aquellas personas propietarias, excluyendo al grueso social de la capacidad para elegir y ser elegidos (Voltaire, J. Brissot, J. Roland, B. Constant).

⁹⁰ Para una descripción histórica, *vid.* J. Asensi, *La época constitucional* (1998).

⁹¹ El axioma democrático más homogable y sacralizado, con su base en *El Contrato Social* (J. J. Rousseau, 1762).

⁹² Sirva de ejemplo la propia Constitución Española (art. 67.2): "Los miembros de las Cortes generales no estarán ligados por mandato imperativo".

⁹³ En este sentido la clásica "ley de hierro de las oligarquías en los partidos políticos" (*Vid.*, R. Michels, *Los partidos políticos*, 1911), o su trabajo "La democracia y la ley de hierro de la oligarquía", (1910).

e) La soberanía en clave popular tiene un significado directo e inapelable: el Pueblo es el origen de cualesquiera poder.

Es el elemento más clásico, transcrito en la práctica totalidad de los textos constitucionales. Así, por ejemplo, la Constitución Española (art. 1.3): “la soberanía nacional reside en el pueblo, de donde emanan todos los poderes del Estado”.

f) La problemática y quebrantada calidad de la soberanía popular.

El problema es como la soberanía ha quedado quebrada por la distorsión que el hecho propietario ha efectuado sobre la arquitectura del Estado Constitucional. La relación en el Estado no es sólo dicotómica como se deduciría del principio soberanía, entre Estado y ciudadano (individual o como grupo de interés), mediando un cuerpo intermedio (grupos representativo-institucionales), sino que se juega a tres bandas: Estado, ciudadano y poderes fácticos (presión).

La base del Estado Constitucional es la legitimación racional para la toma de decisiones, en función de la cual el juego de distribución de poder se da entre el Estado, el ciudadano y las instancias y grupos legítimos (representación e interés). Pero el Estado puede mantener también una relación con grupos no legítimos o no legitimados, una relación de colaboración espuria, de intrusión e incluso de fagocitación de esos grupos respecto al Estado. Estamos frente a dos dialécticas diferentes en las que se ve envuelta la soberanía. La primera se produce respecto a ciudadanos y grupos legítimos y la segunda respecto a grupos que desean condicionar, presionar y/o chantajear al Estado. En este segundo caso los grupos ilegítimos llegan a tener una presencia que penetra gran parte de las instancias del propio Estado y que, incluso, lo puede llegar a absorber. El Estado Constitucional se debe caracterizar por mantener fundamentalmente la primera dialéctica y estar al margen de la segunda.

Cuando el Estado esta gravemente penetrado por grupos de presión, el poder está en manos de los grupos (detentado) y no articulado en torno a una institucionalidad representativa. Llegado un límite el Estado habría dejado de existir como tal y sólo será una forma aparente, vacía de contenido institucional real, carente de representatividad y al que se debería apelar como *Ente administrativo* más que como Estado.

2) SISTEMA INTEGRAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Un Estado democrático no sólo está hecho de gobiernos de mayoría de votos o de elecciones periódicas más formales. Un elemento esencial -por no decir el elemento más importante- son los derechos reconocidos: individuales y colectivos. Recogidos en lo que denominamos “parte dogmática” de las Constituciones.

a) Son la parte nuclear del contrato social.

Contrato que al perfeccionarse obliga a la consecuente perfección natural de dichos derechos conforme se incorporan al corpus internacional y nacional y la normativa derivada⁹⁴. Tienen carácter de irrenunciables, irrevocables, inextinguibles y progresivos, y por ello se les da carta de derechos naturales y se les reconoce formalmente como Derechos humanos. Así se plantea desde las primeras declaraciones hasta las últimas, en lo que es un *sistema integral dogmático ius-humanista*⁹⁵.

b) La acepción “derecho humano” indica perfectamente el alcance de los mismos, indicando que dichos derechos son *innegociables*.

No dependen de decisiones políticas de coyuntura, no dependen de ninguna mayoría política o de resultado electoral alguno. Son incuestionables y forman parte de la esencia del Estado Constitucional. Suponen una conquista progresiva de libertad y de capacidad para la democracia por

⁹⁴ Un leitmotiv de este trabajo es como asistimos a una permanente banalización del concepto Contrato Social. Es un empeño todos los partidarios de un proceso constituyente el, cuando menos, recobrar para el contrato social o el contrato político fundamental, los términos y condiciones de conceptualización que viene utilizando durante siglos la dogmática jurídica para el contrato civil común; como sería el caso de la perfección y derivas naturales de lo pactado: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de la expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso ya la ley" (Art. 1.258 C. Civil).

⁹⁵ Desde la primigenia y elemental Declaración de Virginia (1776) hasta las últimas tal como la Declaración Universal sobre el Genoma Humano (1997) o la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígena (2007).

parte de los individuos y de los grupos⁹⁶. Este elemento sería uno de los más importantes en la gradación de un Estado Constitucional. La cantidad de derechos reconocidos hablarían del reto político y de los compromisos asumidos por el Estado correspondiente.

c) Los derechos se consiguieron a base de luchas populares. El Estado liberal hizo un uso funcional de los derechos fundamentales.

Uso centrado en acabar con la estructura rígida que sobre la propiedad y los derechos hacía el Antiguo Régimen respecto a baja nobleza y alta burguesía. Centrado en distribuir la propiedad amortizada eclesial y comunal (expropiada) entre la alta burguesía. No concedió el sufragio universal, era enemigo frontal de partidos políticos y sindicatos, jamás reconoció el derecho a la huelga y limitaba severamente el derecho de manifestación y asociación política para aquellos grupos mínimamente adversos a los intereses de la burguesía dominante. La historia de los derechos y las libertades no es una historia de concesiones sino de luchas, de conquista a base de movilizaciones y sacrificios colectivos: y también de asignación de derechos cuando el sistema acabó dotándose de suficientes mecanismos de control social para que dichas libertades no fueran perturbadoras⁹⁷.

d) Este decurso histórico del Estado nos habla de 4 generaciones o tipologías de derechos.

Las generaciones nos indican cuando fueron teorizados, pero no es indicativo de cuando se palmaron en textos constitucionales y normativos, ya que la teoría y filosofía de los derechos fue muy por delante de cuando, finalmente, las luchas civil-populares consiguieron plasmarlos. Plasmación siempre insuficiente ya que el catálogo que a continuación se expone intenta reflejar el reconocimiento teórico y normativo que se ha hecho del derecho que no significa que en la práctica los Estados hayan garantizado dichos derechos.

No obstante la herencia teórica, la elaboración académica, el reconocimiento de Derecho Internacional y, finalmente, su incorporación formal a las Constituciones nos lleva a la conclusión de que el listado exhaustivo -aunque sucinto- que aquí se presenta debe ser la base para una deliberación constituyente. Lo que nos debe llevar a constitucionalizar de forma reglamentista y detalla los distintos tipos de derechos, incluso acometiendo sus bases de cuantificación (*reglamentación constitucional del derecho*). En caso contrario -con una redacción generalista, ambigua y esquiva- dejaríamos su eficacia en manos de una protección bajo la volubilidad de sedes judiciales y constitucionales. Lo que en la actual organicidad constitucional sería dejarlo en manos de la indeterminación, incluso de la habitual contradicción, sobre la que bajo determinismo político, opera la jurisprudencia⁹⁸.

Por ello se hace necesario proponer un listado de derechos con exhaustividad notable, para un debate constituyente con base a dichos derechos, donde se puedan concretar unos límites, más allá de la simple enumeración del derecho. En muchos textos constitucionales tenemos la simple enumeración del bloque de derechos, y apenas algunos derechos concretados. Se trataría de consignar bloque de derechos, concretar todos los derechos, de dotarlos conceptualmente y de asignarles unos perfiles suficientes. Se pondría una división en cuatro bloques:

- Primera tipología de Derechos Civiles.

Protegen la *autonomía individual básica*, la libertad más primaria del individuo. Podríamos sistematizarla en los siguientes bloques que, su vez, se desgranar en derechos más concretos: a) integridad física: vida, tortura, trato degradante e inhumano; b) personalidad: identidad, libre desarrollo de la personalidad, honor, propia imagen; c) movimiento: circulación, residencia; d)

⁹⁶ Así se adquiría ese compromiso colectivo desde la *Declaración Universal de 1789* a la que se ha apelado de manera tanto expresa como tácita. Y así se ha establecido desde la *Declaración Universal de 1948*. Los Pactos de las subsiguientes generaciones de derechos (civiles, políticos, sociales, culturales), junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos, constituyen la *Carta Internacional de Derechos Humanos*. Obligan a toda la sociedad internacional en su conjunto.

⁹⁷ Para un estudio sobre la ideología oligárquica de la Ilustración nobiliario liberal, la lucha del Estado liberal y del pacto nobiliario-burgués respecto a la omisión de los derechos políticos y su combate contra las reivindicaciones sociales, *vid.*, H. Laski, *El liberalismo europeo* (1936).

⁹⁸ Con mayor en el caso de los derechos sociales. De ejemplo puede servir el caso del propio Tribunal Constitucional en España con sentencias que amparan la reversibilidad de derechos y que contempla un acusado relativismo e incluso contradicción en la baremación y concreción de derechos (*vid.*, F. Balaguer, "El Estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado Social" en J. L. Monereo (dir.) *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, 2002, pp. 105-107).

intimidad: domicilio, secreto de comunicaciones; e) expresión: pensamiento, comunicación, enseñanza; f) seguridad jurídica: principio de legalidad, tutela judicial efectiva; g) propiedad privada: esencial, empresarial, expansivo-patrimonial; h) asociativos generales: agrupación, reunión, manifestación, enseñanza.

Hay numerosos autores que asignan la práctica primaria de estos derechos al Estado Liberal, No es cierto, habría que decir como el Estado Liberal no concretó ni desarrollo estos derechos, y los que concretó lo hizo sometiéndolos a limitaciones severas cuando no a suspensiones de los mismos periódicas e indefinidas (estado de excepción) como sería, especialmente, el caso de las restricciones a los derechos de asociación, manifestación y enseñanza. Omisiones y limitaciones salvo en la protección del derecho a la propiedad privada, que fue desarrollado a través de innumerables normas de tipo civil y mercantil.

- Segunda tipología de Derechos Políticos.

Esta generación se generalizó y consolidó en el modelo de Estado Democrático⁹⁹.

Los derechos políticos son los derechos referentes a la *capacidad y posibilidad de influencia política* del individuo y de los grupos organizados en todos aquellos espacios relacionados con la toma de decisiones. Amparan el acceso a las libertades que dan y controlan poder. Pueden ser divididos en: a) políticos: representación (sufragio universal), participación, asociación, manifestación, reunión, creación de centros docentes, comunicación mediática activa y pasiva, refugio político; b) sindicales: sindicación, conflicto colectivo (huelga), negociación colectiva.

La participación directa, o semidirecta, en la toma de decisiones junto con la comunicación mediática son, por naturaleza, derechos políticos. Sin embargo hay que señalar como no han sido interiorizados ni asumidos básicamente por los Estados constitucionales, siendo derechos inéditos o infravalorados y capitidismos en sus configuraciones normativas y constitucionales. En el elemento 5 (organicidad participativa) se hace una amplia propuesta sobre el derecho y la organicidad para la participación).

- Tercera tipología de Derechos Sociales,

Su objeto es asignar los elementos y condiciones materiales para la existencia y desarrollo digno de la ciudadanía. En este estadio el Estado Constitucional clásico modifica cualitativamente su naturaleza y la perfecciona, pasando de habilitador de derechos a proveedor de derechos, pasa de actor pasivo administrativo-policial a agente activo que materializa y asigna condiciones materiales básicas de existencia al individuo. El Estado social es el modelo al que le corresponde la tarea proactiva de generar un espacio público efectivo. ¿Qué significa *espacio público efectivo*? Generar un sector de servicios esenciales y de infraestructuras necesarias para el libre desenvolvimiento primario de todos los individuos, con independencia de sus capacidades económicas, por el mero hecho de estar bajo coerción y prisión del Estado.

Desde diversos ángulos se ataca esta categoría de derecho fundamental bajo el argumento de que un derecho social es una donación del Estado cuyo peso recae indirectamente sobre la productividad de otros agentes económico-sociales. Falso, por varios motivos. En primer lugar porque a través de los derechos sociales el Estado viene a *suplir la expropiación* (eliminación de espacios dominados por el individuo) que de todos los espacios económicos y sociales ha efectuado el propio Estado y, sobre todo, el instituto de la propiedad privada. El Estado social viene a suplir la hipótesis por la cual un ciudadano -por el hecho de nacer igual y libre- tendría derecho a una parte alícuota de la riqueza y los espacios que hubiera en dicha sociedad (*hipótesis igualitaria ius natural*). Hipótesis inédita y fallida por la mencionada apropiación de los espacios que hace la propiedad privada y el Estado, y que dan lugar a las *responsabilidades materiales del Estado expropiador*. Por lo tanto el Estado está en la obligación de suplir esa expropiación del individuo, devolviéndola en derechos sociales, retornándola bajo una *procura existencial* mínima o esencial¹⁰⁰.

⁹⁹ Aquí habría que matizar algo importante sobre el hecho de que numerosos autores recogen en la misma generación los derechos civiles y políticos. No tiene justificación esta fusión, ya que las dos tipologías tienen naturaleza y objetivos diferentes y, sobre todo, se facturaron históricamente en diferentes momentos ya que el Estado Liberal fue enemigo frontal de los derechos políticos esenciales. Se puede hablar incluso de *antinomia entre liberalismo y democracia* (Vid., M. García Pelayo, "Antinomias y crisis del Estado democrático-liberal" en *Derecho Constitucional Comparado*, Fundación García Pelayo, Caracas, 2005, pp. 198-204).

En segundo lugar, los derechos sociales -dicha procura existencial- se hacen imprescindibles para el disfrute suficiente del resto de derechos civiles y políticos, los cuales se han mostrado inhábiles sin una base material y social que aporte las condiciones objetivas esenciales para su eficaz ejercicio (*conexidad*). Los derechos civiles y políticos, sin un apoyo material y unas condiciones sociales suficientes, siguen mostrándose actualmente, en muchas sociedades depauperadas, tan estériles como lo fueron bajo las urbes fabril-proletarias y el ruralismo miserable de los siglos XIX y XX o como lo pueden ser ahora bajo el, aparentemente, menos dramático nihilismo competitivo desarrollista de principios del siglo XXI. En todas esas circunstancias los derechos civiles y políticos fungen teóricamente de supuestos reales cuando, en realidad, no son sino simples hipótesis a merced de que el Estado Constitucional garantice su *aprovisionamiento básico-eficaz*, generando las condiciones y aplicaciones sociales mencionadas. Muchas sociedades miserables del mundo globalizado son exponentes esenciales de ello¹⁰¹.

El Estado Constitucional social debe reseñar la siguiente tipología de derechos sociales: a) derechos-servicios esenciales: sanidad, educación, alimentación, vivienda; b) derechos de previsión: enfermedad, desempleo, incapacidad laboral, jubilación; c) derechos laborales: empleo, remuneración suficiente, contratación estable, seguridad e higiene, actualización técnica, participación y propiedad del trabajador en la empresa; d) derechos genéricos: cultura, deporte, distribución equitativa de la renta; e) derechos asistenciales: grupos marginales, discapacitados; f) derechos social-asociativos: aprovisionamiento para el ejercicio real del derecho de asociación y de comunicación;

De la actuación del Estado respecto de los anteriores derechos se deduce una *acción de complementariedad* del Estado social respecto al derecho a la propiedad privada. En el sentido de enmendar la lógica excluyente del derecho a la propiedad privada que emprendió el Estado liberal al limitar el disfrute de este derecho a una clase social de propietarios que concentró propiedades -previamente expropiadas al espacio comunal y municipal- en detrimento de masas jornaleras y proletarizadas.

- Cuarta tipología de Derechos colectivos

El constitucionalismo comparado y los espacios jurídicos internacionales comienzan a recoger una última generación de derechos: los derechos colectivos (o de la solidaridad). Denominados así porque mantienen una diferencia fundamental con los anteriores, ya que las tres primeras generaciones albergan derechos individuales que el Estado debe de atender individualizadamente, en función de lo cual cada individuo se confronta en su exigencia directamente con el Estado. Sin embargo los derechos colectivos, al ser de disfrute conjunto, confrontan a colectivos de individuos con el Estado. Derechos muy difusos pero concretables y que se imponen como necesidad por las características abrasivas de la globalización. Derechos que, por un lado, completan a las generaciones de derechos anteriores y, por otro, reaccionan ante la debilidad que comienzan a mostrar todas ellas en plena ofensiva neoliberal en el derecho y la cultura¹⁰².

Los derechos colectivos tienen objetos muy diferentes. Unos apelan a la necesidad global del conjunto de una sociedad e incluso de una sociedad materialmente desarrollada (medio ambiente, consumidores, patrimonio artístico); otros tienen un objeto internacional global, aunque focalizado en la protección de los sectores más vulnerables a circunstancias extremas tales como el conflicto armado y la pobreza (derecho a la paz y derecho al desarrollo). Finalmente se recoge el derecho de los pueblos indígenas a su autonomía y a su estatus diferenciado, y por el que puedan proteger unas

¹⁰⁰ Forsthoff teorizó de manera generalmente aceptada la función y naturaleza del Estado social en cuanto a la construcción de un espacio de seguridad social nuevo recogiendo a G. Jellinek, R. Smend o H. Heller (*Sociedad Industrial y Administración Pública*, E.N.A.P., Madrid, 1967, pp. 19-38). Es referencia central homologable H. Heller (*Teoría del Estado*, 1934). Respecto a la legitimidad de los ciudadanos en percibir un sistema de asistencia/renta básica se pueden encontrar posiciones más contundentes con base en el también clásico opúsculo de P. Lafargue (*El derecho a la pereza*, 1883).

¹⁰¹ A este respecto la legitimación de los derechos sociales como cooperadores necesarios para la eficacia de los derechos civiles y políticos tiene una primera y clásica prospección en Jellinek en su teoría del *sistema de derechos públicos subjetivos* respecto a la relación del ciudadano con el Estado y los derechos públicos (*Teoría General del Estado*, 1900; *Sistema de derechos públicos subjetivos*, 1912). Introduce tímidamente una categoría a partir de la cual el individuo ya no sería un sujeto pasivo o neutro dentro de un Estado (*status libertatis*) y, por lo tanto, a merced de un hábitat social depredador sino sujeto hábil de prestaciones por parte del Estado (*status positivus*). Con su desarrollo teórico posterior (*status sociale positivus*) se remarca la idea de un ciudadano enmarcado en un sistema de derecho social.

¹⁰² Tipología polémica, a la que se la ha negado la posibilidad de existir por parte de las posiciones más individualistas y utilitaristas e la filosofía política y jurídica (*vid.*, la reflexión de N. López Calera, *¿Hay derechos colectivos*, 2000).

peculiaridades distintas a las que recogía el clásico derecho de autodeterminación que también es incluido dentro de estos derechos. El reconocimiento del derecho de autodeterminación nos habla de un modelo de Estado Constitucional plural que recoja las distintas inquietudes de diferenciación político-cultural de colectivos territoriales enteros¹⁰³.

d) La extensión de los derechos fundamentales a través de la cláusula internacional o de la cláusula *ius naturalista*.

En el derecho constitucional hay ejemplos de referencia explícita al derecho internacional de los derechos humanos como fuente normativa. Garantizan los derechos de tal manera que salen del marco estricto positivo de lo articulado por el texto constitucional y se referencian en todos aquellos textos de carácter internacional ratificados por el Estado (*cláusula ius- internacional*)¹⁰⁴.

En los casos más extremos la referencia se ha hecho de manera más ambiciosa. Lo ha facturado así el nuevo constitucionalismo latinoamericano. El caso más generoso es el de la Constitución Bolivariana de Venezuela apelando incluso al derecho natural al aludir a todos aquellos derechos inherentes a la persona (*cláusula ius-natural*)¹⁰⁵.

El reconocimiento de derechos forma parte esencial de la calidad de un Estado Constitucional¹⁰⁶. El reconocimiento formal tiene valor normativo supremo, que hay que exigir con contundencia. El reconocimiento del mayor número de derechos siempre resulta una baza jurídica, un incentivo técnico-político y un mecanismo pedagógico social. Esta idea habría sido recogida por diferentes procesos constituyentes del nuevo constitucionalismo latinoamericano tales como Ecuador, Venezuela o Bolivia en donde se han desarrollado muy amplias tablas de derechos fundamentales que recogen las cuatro generaciones mencionadas.

3) ESTADO GARANTISTA

Habría que partir de un axioma jurídico: un derecho humano o fundamental por el mero hecho de reconocerse en un texto constitucional o internacional ya tiene valor jurídico y, por lo tanto, obliga a los poderes públicos en una intensidad esencial y progresiva.

Habría un problema: el axioma se ha tornado insuficiente, porque los poderes públicos quebrantan dicho axioma, a pesar de que los poderes públicos deberían darle la mayor tutela al mismo¹⁰⁷. No lo han hecho, y generalmente, han eludido dicha responsabilidad amparándose en la ambigüedad con la que suele venir recogido el derecho. Por lo tanto, para evitar la fácil *elusión del axioma normativo* por parte de los poderes públicos de sus obligaciones, se hace necesario atender a establecer un sistema teórico y orgánico de garantías lo más consistente posible. No suele haber derechos sin garantías¹⁰⁸.

¹⁰³ Los derechos colectivos viene a responder a la ofensiva de neoliberalismo y de la asfixiante presencia del interés de lo individual, que al estar reafirmando en un escenario darwiniano tiende a acabar con lo comunitario y grupal; a la vez que terminan excluyendo a otros individuos -no aptos para competir de manera individual- en un escenario depredador. Defensas esenciales desde posiciones comunitaristas de un escenario colectivo de los derechos en C. H. Wellamn (*Theory of Rights*, 1985; J. Raz, *The morality of freedom*, 1988).

¹⁰⁴ Es el caso del artículo 10 de la Constitución Española, que manda interpretar todos los derechos del título I conforme a los pactos y tratados firmados. Ello abre posibilidades más amplias al estricto literal del texto de 1978.

¹⁰⁵ La CBV contiene dos cláusulas extensas: a) cláusula *ius-internacional*: artículo 23. “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata”; b) cláusula *ius-natural*: artículo 22. “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

¹⁰⁶ Sin olvidar que el reconocimiento internacional de derechos hace, de facto, a los ciudadanos sujetos de derechos del propio Derecho Internacional (L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 1999).

¹⁰⁷ Tutela promovida por el positivismo más contundente, ya que no se admisible dejar la validez de una norma a su inferencia, la argumentación deductiva o los vaivenes jurisprudenciales, máxime cuando esa norma es la *norma fundacional básica presupuesta* de la que deben ser desarrolladas el resto de normas (Vid., H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 1935).

¹⁰⁸ En este sentido es necesario citar al autor que con mayor profundidad ha sabido vincular derechos fundamentales a sistema garantista y lógica de la garantía, como es el caso de Luigi Ferrajoli (*Derechos y garantías; Garantismo, una discusión sobre derechos y democracia*). Advertiendo que en este texto no se siguen los criterios taxonómicos concretos del mismo.

Las garantías tendrán un escenario dogmático y un escenario orgánico¹⁰⁹.

3. A) El escenario dogmático.

Girará en torno a dos principios esenciales para contemplar el sistema de derechos como una estructura objetiva de convivencia generadora de mayor igualdad y libertad. En este sentido habrá dos principios técnicos esenciales: conexidad y progresividad.

A. 1) Conexidad

a) Los derechos conforman un sistema indivisible o conexo.

Principio por el cual todo los derechos forman un sistema único e inseparable, un *sistema integral*. Todos los derechos se componen de las tipologías o generaciones anteriormente mencionadas. La omisión incumplimiento, fractura o eliminación de alguno de los derechos, parcial o totalmente, conllevaría una merma del sistema, una mutación del sistema o su destrucción como tal sistema de derechos fundamentales que posee lógica propia¹¹⁰.

b) Los derechos civiles y políticos son parcialmente derechos virtuales.

La *conexidad* parte del la premisa de como los derechos civiles y políticos son *derechos de posibilidad*. Con ellos se reconoce y ampara una posibilidad: desde el derecho a la libertad de circulación al derecho a la integridad física, pasando por el derecho de asociación o de comunicación. Son todas ellas posibilidades. Pero no son realidades, salvo que medie una cobertura material que habilite la realidad y disfrute de dichos derechos. Sin dicha cobertura material una parte esencial de dichos derechos queda muy mermada hasta posibilitar la desustancialización de dichos derechos.

c) Los derechos sociales habilitan los derechos civiles y políticos.

La habilitación de derechos civiles y políticos -en función del principio de igualdad- se consigue a través de la activación de los derechos sociales, porque incorporan la *arquitectura material* para que derechos civiles y políticos como los anteriormente mencionados puedan tener realidad. Lo contrario -restar o eliminar esa base material- sería hacer de los derechos civiles y políticos derechos simplemente virtuales.

En un sentido semejante los derechos colectivos harán un papel de cobertura sistémica muy semejante al de la conexidad, respecto a todos los anteriores tipos de derechos, al aportar un sistema relacional a la deformación segregacionista de los derechos civiles y políticos.

A.2) Progresividad

Es un principio técnico aplicable fundamentalmente a los derechos sociales al ser estos mucho más susceptibles de ser cuantificados que los civiles o los políticos. Y en la conclusión anterior de cómo los derechos sociales son los soportes materiales de los civiles y políticos.

a) Habría dos tipos de progresividad,

- Recibe el calificativo de *progresividad adecuada* cuando el desarrollo del derecho está adaptado a las capacidades del Estado y a las circunstancias de su sociedad, puesto que a ningún Estado se le puede obligar a que cumpla con la satisfacción integral de un derecho social de forma inmediata a su reconocimiento, garantía y novedosa implantación.

- Se denomina *progresividad consolidada* (o *no regresividad*) el hecho de que no pueda haber retroceso en la configuración y prestación de un derecho social salvo en situaciones excepcionalmente límites propias de una catástrofe natural.

Por ello la *lógica integral de la garantía* estará muy vinculada al principio de la progresividad, ya que si los derechos sociales merman, o son revertidos, la posibilidad de ejercicio para los derechos civiles y políticos quedará progresivamente reducida. Principio al que hay que prestar especial atención ya

¹⁰⁹ El escenario dogmático de las garantías se hace especialmente apremiante por carecer los textos constitucionales de mecanismos de garantías para los niveles cualitativos y cuantitativos de derechos sociales alcanzados que, por lo tanto, dejan a estos derechos a la volubilidad de las autoridades políticas y judiciales (*vid.*, M. A. García Herrera y G. Maestro, "Regulación constitucional y posibilidad el Estado social", en *Revista vasca de administración pública*, nº 22, 1988).

¹¹⁰ Desde la gestación de los pactos internacionales se incremento la literatura en torno a la teoría de la conexidad o indivisibilidad de los derechos. A este respecto -por pioneras y reseñables- y por la utilización que el Comité de Derechos sociales, económicos y culturales haría de ellas, *vid.*, H. Shue (*Basic rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy*, 1980) o Ch. Sampford (*Law, rights and welfare state*, 1986).

que la actual coyuntura política se caracteriza por las políticas de involución y reversión de derechos sociales por parte de muchos gobiernos, fundamentalmente en el Estado social occidental. La discusión sobre progresividad de derechos sociales -y todo lo que conlleva (panel de prioridades, suspensión de deuda no legítima, modelo productivo)- se convierte actualmente en punto cardinal de un hipotético debate constituyente.

b) El principio de *progresividad* y de *progresividad consolidada* tiene una base normativa de legitimación en el Derecho Internacional de los derechos humanos. El *bloque de constitucionalidad internacional*.

Vinculación directa con el conjunto de normas que fungen de “Constitución de la Comunidad Internacional”, agrupadas en la denominada *Carta Internacional de Derechos Humanos*¹¹¹. Carta Internacional de Derechos Humanos, que tiene como núcleo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los subsiguientes normas de desarrollo como son el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales¹¹².

Es el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, bajo la fiscalización del órgano gestor y de control como es el Comité de derechos económicos, sociales y culturales, sobre el que girará gran parte de la hermenéutica del principio de progresividad.

c) El Pacto Internacional exige progresividad activa y pasiva.

Conforme al artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, los Estados signatarios se obligan a comprometer “el máximo de los recursos de que dispongan” con el fin de alcanzar la “plena efectividad” de los derechos en él reconocidos. La progresividad implica una obligación de aumento paulatino -pero posible- en el nivel de satisfacción de los DESC (progresividad activa)¹¹³. Pero también, en la misma lógica, la progresividad trae aparejada la idea de “*progreso*”, como mejora constante y estabilizada (*no retrocesión*) de los resultados en materia de derechos sociales (progresividad pasiva)¹¹⁴.

d) Los derechos sociales esenciales bajo cláusula de inexcusable prioridad.

Lo que el Comité y el desarrollo de la doctrina denominan “obligaciones de inexcusable cumplimiento” ya sea como formulación normativa o materialización de políticas públicas. En el supuesto de cómo los Estados partes asumieron desde su ratificación una serie de compromisos inmediatos ante la comunidad internacional y ante sus ciudadanos, respecto a la plena realización de los derechos sociales. Políticas sociales que no pueden ser sometidas a pretexto alguno relacionado con el nivel de recursos disponibles, sino obligadas, cualquiera que fuere la situación presupuestaria por la que atraviese el Estado correspondiente en función de la cláusula “prioridad”¹¹⁵.

Esta doctrina en distintos campos, respecto a distintos derechos, insta a adoptar todo tipo de medidas (legislativas, administrativas y judiciales), comprometer hasta el máximo de los recursos disponibles

¹¹¹ La *Carta Internacional de Derechos Humanos* es un bloque de normas que junto con la *Carta de Naciones Unidas* formaría una especie de “bloque de constitucionalidad internacional” (Vid., <http://www2.ohchr.org/spanish/law/>).

¹¹² El *Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales* (Res. 2200A, 1966) junto con el *Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos* (Res. 2200A, 1966) se consideran como desarrollos de la norma-guía en derechos humanos de la comunidad internacional: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Los dos nacen bajo principio de *ius cogens* y, por lo tanto, los Estados que lo firman quedan obligados a su estricto cumplimiento.

¹¹³ Art. 2.1 PIDESC: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. En este sentido, *vid.*, Comité de derechos económicos, sociales y culturales, *Observación General n.º 3*, “La índole de las obligaciones estatales” (E/1991/23), 1990, párr. 13.

¹¹⁴ “Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, *Observación General n.º 3*, “La índole de las obligaciones estatales”, doc. E/1991/23, 1990, párr. 9).

¹¹⁵ “...aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato” (Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, *Observación General n.º 3*, “La índole de las obligaciones estatales”, doc. E/1991/23, 1990, párr.1).

convirtiendo en accesorias otras inversiones públicas, no amparándose en situaciones de crisis que deben ser solventadas mermando otros recursos¹¹⁶.

e) Los derechos sociales tienen *configuración poliédrica múltiple* en cuanto a la responsabilidad y funciones del Estado respecto a ellos.

A este respecto ha insistido la doctrina del Comité y sucesivos documentos y posiciones teóricas, académicas y jurisprudenciales. Todas ellas proporcionan suficientes materiales para un debate sobre la juridificación constitucional de determinados instrumentos conceptuales y metodológicos respecto a garantías¹¹⁷.

Podríamos hablar de espacios de omisión, defensa y procura.

- Omisión. Los derechos sociales comportan para el Estado, en primer lugar, unas obligaciones de abstención, deber negativo por el cual los poderes públicos no pueden legislar o accionar introduciéndose en el espacio económico-social de un derecho social ya habilitado, entorpeciendo, inhabilitando o destruyendo algún elemento, área o espacio correspondiente al derecho. No puede haber pretexto de política pública susceptible de ser utilizado.

- Defensa. En segundo lugar, le corresponden al Estado unas obligaciones defensivas ante el ataque de actores económicos o sociales que maniobren para poner en peligro o cuestionar los derechos sociales. En esa categoría se debería incluir a cualquier poder fáctico y grupo de presión con estrategias envolventes respecto a derechos sociales. El Estado tendría una responsabilidad *in vigilando* -de seguridad nacional social- a tenor del papel que corresponde a sus entes administrativos como actores con funciones preventivas ante escenarios hostiles al Estado social.

- Procura. Desde los primeros o principales teóricos del Estado social existe una obligación de procurar elementos y condiciones materiales sin los cuales es imposible la construcción de un espacio de autonomía y libertad mínimo para el ciudadano (espacio vital efectivo). Elementos que deben ser asignados por el Estado bien mediante una lógica de universalidad (esencialidad) o de reciprocidad (previsión)¹¹⁸.

f) La violación de la progresividad consolidada (o no regresividad) por parte de gobiernos o parlamentos va contra la naturaleza del sistema de derechos.

La obligación de progresividad conlleva para los Estados el compromiso de avanzar lo más rápidamente posible para lograr la plena efectividad de los derechos sociales, de manera que resulta contrario a la lógica y naturaleza del *Pacto* que sean adoptadas, normas jurídicas, programas, planes o medidas administrativas que menoscaben el nivel de realización de los derechos alcanzados y disfrutados por los ciudadanos¹¹⁹.

¹¹⁶ Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, *Observación General n.º 1*, “Presentación de informes por los Estados partes”, doc. E/1989/22, 1989, párr. 3 y 4; *Observación General n.º 3*, “La índole de las obligaciones estatales”, doc. E/1991/23, 1990, párr. 1 a 11.

¹¹⁷ En primer lugar lo más relevante son los Informes del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales. Acto seguido los denominados Principios de Limburgo (*Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, 1986) por su legitimidad ético-jurídica al ser un cónclave reconocido de especialistas y técnicos. Ha tenido distintas reformulaciones desde las ya mencionadas premisas de H. Shue (1980) o Ch. Sampford (1986) a las más citadas de F. van Hoof (*Legal nature of economic, social and cultural rights*, 1984) o en calidad de relator especial, A. Eide “Realisation of economic and social rights; the minimum threshold approach” en *The Review of ICJ*, n.º 43, 1989). Resulta especialmente significativa la aportación de R. Uprimny en su doble calidad de magistrado y teórico (*vid.*, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía”, en *Justicia Constitucional y política económica, Revista de Derecho Público*, n.º 12, 2001. La obra *Derechos sociales. Instrucciones de uso* (Doctrina jurídica contemporánea, México, 2003), recoge la mejor compilación a este respecto; entre otros, L. Ferrajoli, V. Abramovich, M. Añón, C. Courtis, G. Pisarello.

¹¹⁸ Procura existencial (*daseinvorsorge*) es un concepto que desarrolla Forsthoff (1938), pero que podemos deducir de teóricos tan poco subversivos como de Von Stein. A este respecto los parámetros esenciales pueden encontrarse en W. Abendroth. E. Forsthoff, K. Doehring, *El Estado social*, *op. cit.*

¹¹⁹ “Más aún, cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 3*, “La índole de las obligaciones estatales”, doc. E/1991/23, 1990, párr.9). Referencias a la prohibición de regresividad en Observaciones Generales n.º 12, 13, 14, 15, 16, 18 y 19 (respecto a derecho a una alimentación adecuada, educación, disfrute del más alto nivel posible de salud, agua, trabajo y seguridad social).

El Comité exige para el caso excepcional de un retroceso puntual, que se hubiere implementado bajo la más cuidadosa consideración de todas las alternativas posibles, y que la elegida sea la menos lesiva para los derechos involucrados; así como que se enmarque dentro de un contexto de aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone¹²⁰.

g) La *progresividad consolidada* es un principio trascendental, y de su incumplimiento hay que deducir que, cuando se produzcan retrocesos en cobertura y garantías de los derechos, estaremos ante una degradación del Estado constitucional.

Podría decirse que es el principio en torno al cual gira todo el debate económico y político-social, desde el cuestionamiento que del Estado social se viene haciendo a partir de 1980. Es un tema central desde el momento en que determinados actores económicos y políticos hegemónicos están laminando derechos sociales como único falaz remedio para superar las denominadas crisis económicas (o bien actores que generan crisis económicas para producir determinados efectos en las relaciones de poder). Las disfunciones del modo de producción (económico) no deberían ser excusas determinantes en el retroceso del Estado Constitucional, en la idea de que debería ser *el Estado Constitucional quien determinara al modo de producción* y no aceptar, al cabo de dos siglos, el argumento contrario, paradójicamente formulado por quienes dijeron combatir el dogma del materialismo histórico.

h) La base del principio de progresividad consolidada debe servir para negar la tesis de cómo la integridad jurídico-social de derechos sociales pone en peligro la propia subsistencia del Estado.

Lo contrario sería ceder al argumento de la *inconveniencia estructural de los derechos sociales*; sería tanto como legitimar la merma e incluso la desaparición de esos mismos derechos sociales por ser anti-sistémicos respecto al modelo técnico-político. Sería, en definitiva, aceptar que la culpabilidad de las crisis sistémicas del aparato productivo, de la burocratización clientelista, de la administración pública o de la crisis fiscal de Estado fuera culpa de los derechos sociales. Es lo que están planteando actualmente determinadas posiciones políticas de los partidos hegemónicos que han gobernado Europa en los últimos treinta años¹²¹.

La tesis sería inaceptable, porque más bien estamos ante el escenario contrario en función de la siguiente premisa: la actual quiebra parcial de la estructura económico-financiera internacional y de la quiebra sectorial del sistema productivo -producidas a pesar del desmantelamiento del sector público estratégico y la merma de derechos sociales 1980-2008- es *falla de sistema* y, por lo tanto, sería el reconocimiento del propio sistema sobre su incapacidad para conservar básicamente el sistema de derechos contratado entre todos los ciudadanos y de la subsiguiente ruptura del principio de igualdad de manera radicalmente exponencial. Proceso socio histórico que podemos englobar en lo que se ha venido a denominar *la gran divergencia* en alusión a la quiebra de la igualdad y la paralela concentración de poder económico, en un proceso histórico que comienza a mediados de los años setenta y que se agrava a comienzos del siglo veintiuno¹²².

i) Esta falla de sistema no sería una falla inocente, sino que se habría manifestado como una falla que ha contribuido a generar mucha mayor concentración de poder económico y político.

¹²⁰ Vid., *Observación General n.º 3*, “La índole de las obligaciones estatales”, párr. 9. La misma fórmula en *Observación General 13* (párr. 45), *14* (párr. 45) y *15* (párr. 19). La comunidad académica -sistematizando los criterios del Comité- elaboraría unos materiales de lógica jurídica y política respecto a los mínimos de funcionamiento y respecto a la abstención en la toma de medidas normativas por parte de los Estados (Directrices de Maastricht, 1997), y que señalan como incompatibles con el Pacto: “La anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento” (Principio 14 a); “La aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a estos derechos, salvo cuando esto se hace con el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables” (Principio 14 d); “La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos” (Directrices de Maastricht sobre las violaciones a los Derechos económicos, sociales y culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997, en Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, 24º período de sesiones, Ginebra, 2000).

¹²¹ Vid., en la primera parte de este trabajo el capítulo “La heteronomía orgánica de la Unión Europea. Alambiques institucionales económico financieros como núcleos rectores de las esenciales decisiones políticas”.

¹²² Vid., P. Krugman, *The Conscience of a Liberal* (2007); recientemente, T. Noah, *The Great Divergence* (2012).

La concentración de mayor poder político y económico, unido a la creciente estructura de desigualdad y la subsiguiente oligarquización mayor del modelo político-social, es sinónimo de *minoración democrática*¹²³. Así se entendió desde los principales movimientos civil-populares de defensa de los derechos ante la llamada “crisis”¹²⁴.

En ningún caso es aceptable la tesis que ha sido la propia estructura de derechos la causante de la crisis. La estructura de derechos es el producto directo del contrato social y deben ser irrenunciables e inamovibles porque resultan ser el único *patrimonio del modelo de civilización* política.

j) La directa vinculación normativa del principio de progresividad, a través del Pacto, en la Constitución Española de 1978. Potencialidad del artículo 10 C. E.

El artículo 10.2 de la Constitución Española es un artículo que introduce un valor y una técnica auto-integrativa de todas las normativas de derechos humanos ratificadas por España de cara a interpretar el alcance, dinámicas y mecánicas de los derechos humanos, y que viene reforzado en su control y garantía por la obligación directa que impone el artículo 93 C.E. a los poderes del Estado¹²⁵.

Este artículo 10 -en combinación con el artículo 93 CE- es ya una “realidad” obviada por los poderes públicos en cuanto a salvaguardar los derechos sociales y progresividad.

Cuando aquí se habla de “potencialidad” se pretende que en un futuro proceso constituyente se debata sobre las grandes posibilidades que tiene la técnica de la *transposición* del Derecho Internacional de los derechos humanos al Derechos Constitucional, agudizando la conveniencia de una ambiciosa y omnicomprensiva redacción constitucional de contenidos en este sentido en cuanto a artículos-cláusula de cariz hermenéutico.

3. B) El escenario orgánico.

El escenario orgánico responderá a la pregunta: ¿Quién garantiza que los derechos van a ser cumplidos?

En principio debe ser un órgano con competencia y poder de ejecución. Aquí no nos referimos a cuestiones anexas a este elemento “garantía” como es la transparencia administrativa, el control político y la división del poder, que serán tratados a continuación. Aquí la referencia es a los mecanismos concretos -normativos- que deberían permear todas las instancias del Estado y, fundamentalmente, las del poder judicial; más concretamente, los foros de tutela específicamente constitucionales.

a) El término Estado garantista es un genérico que abarca los niveles de *capacidad técnica del Estado* para garantizar derechos no sólo en el ámbito de lo judicial sino en los espacios del poder legislativo y ejecutivo.

- Poder Legislativo. En el ámbito del poder legislativo se utiliza la expresión *contenido esencial* para apelar a la obligación de un Estado de, cuando menos, respetar los parámetros básicos de un derecho. Esos parámetros pueden ser activos o pasivos, ya que muchos derechos -sobre todo de 1ª generación- se salvaguardan mejor con una legislación omisiva. El principio de progresividad básica se debería aplicar junto con el de contenido esencial para desarrollar una legislación acorde con los derechos

¹²³ Los datos son tan flagrantes que han sido reconocidos hasta por los dos templos institucionales del sistema, tal como, a) La Comisión Europea (Eurostat, 2011) para la que, además, España se ha convertido en el país de la Unión Europea con mayor crecimiento en desigualdad y distancia entre rentas altas y bajas (Comisión Europea -Eurostat-, *Estadísticas sobre distribución de la renta en la Unión Europea*: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Income_distribution_statistics/es); de la misma manera para Estados Unidos, Congress of the United States (Congressional Budget Office), *Trends in the distribution of household income between 1979 and 2007* (2011).

¹²⁴ Así los movimientos más emblemáticos desde el movimiento 15-M (España) al movimiento Cinco Estrellas (Italia) o al pionero movimiento de las cacerolas (Islandia). De manera más específica, el espacio teórico *la gran divergencia* dio lugar a movimientos civil-populares como *Occupy Wall Street*, que tuvo como lema principal "Somos el 99%" en alusión a la concentración de riqueza exponencial en el 1% de la población.

¹²⁵ El artículo 10 impone una interpretación de directo paralelismo al utilizar la expresión de “conformidad”. El artículo 93 impone obligación orgánica de garantía a la Cortes Generales y al Gobierno no sólo respecto a tratados sino también -y para nuestro propósito es muy importante- a “resoluciones emanadas de los *organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión*”.

constitucionalmente enunciados. Ningún texto constitucional alude en su apartado de garantías al poder legislativo salvo los textos del nuevo constitucionalismo latinoamericano¹²⁶.

- Poder Ejecutivo. Cuando se habla de Estado Constitucional y de garantías apenas se apela al ámbito ejecutivo. Sin embargo un punto básico en teoría del Derecho es como la ley tampoco garantiza la eficacia de los derechos -fundamentalmente los derechos sociales- si no hay una buena actividad reglamentaria detrás. Y no sólo una buena actividad reglamentaria sino un buen gobierno gestor que, además, cuente con una imprescindible Administración básicamente solvente, ya que un aparato administrativo no eficaz -ya sea por incapacidad, falta de recursos o corrupción- frustra una buena Constitución e incluso unas voluntariosas leyes. Tampoco los epígrafes de garantías hacen alusión al poder ejecutivo, salvo en el nuevo constitucionalismo latinoamericano¹²⁷.

b) El Poder Judicial. Es la institución garantista por antonomasia, la institución de cierre del sistema. Atiende la vulneración de derechos fundamentales de manera judicialmente expeditiva. Lo debe hacer de una doble manera: *contra legem*, expulsando del ordenamiento jurídico aquellas leyes que adolezcan de inconstitucionalidad total o parcialmente; *ad personam*, tutelando individualmente la vulneración de derechos fundamentales por parte del Estado e incluso por parte de los particulares.

La garantía judicial puede ser más o menos amplia, dependiendo del número de derechos que abarque el campo de acción de la acción de tutela. ¿Ha sido amplia? No, el constitucionalismo liberal obvió la tutela concreta de los derechos. Lo que el constitucionalismo clásico ha garantizado, posteriormente, es una tutela muy limitada a los derechos más básicos como son los civiles.

c) La suspensión de derechos como negación extrema del Estado de derechos. Especial alusión a la suspensión de derechos sociales

El Estado garantista sufre una quiebra esencial cuando utiliza la fórmula de la “suspensión excepcional” de los derechos para ejecutar suspensiones periódicas o permanentes que, habitualmente, se configuran bajo normativa especial de excepcionalidad, tomando como pretexto coyunturas de riesgo para el Estado. Actualmente se ha venido a encubrir bajo la sinonimia de la *seguridad* que hace crónica la suspensión y/o limitación de múltiples derechos civiles y políticos a través de legislación de *excepcionalidad ordinaria*¹²⁸.

Es este el lugar adecuado para plantear una cuestión no tasada en el constitucionalismo clásico: la *suspensión de derechos sociales*. La suspensión de derechos sociales se ha venido desarrollando de facto con impunidad y alevosía normativa. Una forma de controlar su vulneración sería integrar a los derechos sociales en los sistemas de suspensión excepcional de derechos fundamentales como forma de impedir su minoración o quebrantamiento a través de simples mecanismos reglamentarios.

¹²⁶ En este sentido la Constitución de Ecuador apela premeditadamente en su capítulo de garantías al poder legislativo, bajo el título de *Garantías normativas* (art. 84) “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

¹²⁷ La Constitución de Ecuador apela a ello bajo el capítulo *Políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana* (Art. 85). “La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos. En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades”.

¹²⁸ Los atentados del 11-S sirvieron de excusa para generar un ambiente mundial proclive al miedo y la incertidumbre, proclive para aumentar las competencias de los Estados en normativas y mecánicas de represión, para que muchos Estados aprobaran legislaciones de excepcionalidad para hacerlas valer en todo momento bajo la ambigua cláusula de “terrorismo”. Se ha consumado toda una obra penal y administrativa de excepcionalidad ordinaria, susceptible de violar todos los derechos fundamentales civiles en cualquier momento bajo opinión individualizada de múltiples instancias y agentes administrativos. En este sentido es el mejor ejemplo la conocida como USA Patriot Act (*Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*). No objetada en su aplicación por ninguna alta instancia judicial de control o de garantías, con apenas casos de revocación judicial de administraciones administrativas en cuanto a su aplicación (vid., D. Cole, J. Dempsey, *Terrorism and the Constitution: sacrificing civil liberties in the name of national security* (2006).

Un debate constituyente deberá valorar el hecho de la suspensión de derechos acotando las causas de manera sucinta y supeditando tal suspensión a mecanismos de control tasados y complejos, con mecanismos de control suficientes. Además de incluir a los derechos sociales en una posible dinámica de suspensión de los mismos como es posible hacerlo con otros, en cuanto se redujera o limitara la amplitud de tal derecho social.

d) Las posibilidades en cuanto a mecanismos de garantías judiciales extensas y concentradas pueden ser muy amplias.

Como ya se ha dicho el constitucionalismo liberal obvió la tutela concreta de los derechos fundamentales. El constitucionalismo democrático introdujo sólo la tutela de un número muy reducido de derechos, supeditado al campo de los civiles. No hay textos constitucionales que enumeren un gran listado de mecanismos de garantías. Ha tenido que ser el nuevo constitucionalismo latinoamericano el que profundice a este respecto. Por ello, aquí se van a transcribir los mecanismos presentes en la Constitución de Ecuador (2008), como el texto en el constitucionalismo comparado que alberga más mecanismos normativos de tutela de derechos fundamentales. Dichos mecanismos podrían ser la guía inicial para un debate constituyente¹²⁹.

El desarrollo de los mecanismos es largo. Aquí se hace una enumeración escueta y se remite a la lectura de los mismos:

- *Acción extraordinaria de protección.*

Es la clásica tutela constitucional pero ampliada a todos los derechos de manera explícita y sin establecer exclusiones de derechos o jerarquías como es norma en el constitucionalismo liberal y en el constitucionalismo minimalista¹³⁰.

- *Habeas Corpus.*

El derecho fundamental por excelencia tiene un tratamiento exhaustivo y pormenorizado, pasando a ser el artículo más garantista del constitucionalismo comparado. Concretar constitucionalmente garantías en la privación de libertad es tema importante, sobre manera aplicado al campo de detenciones y privaciones de libertad relacionadas con derechos fundamentales, tales como manifestación, reunión, organización o expresión, susceptibles de ser neutralizados como forma de reprimir cualquier disidencia esencial¹³¹.

- *Acción de acceso a la información pública y Acción de habeas data.*

La transparencia y el control son instrumentos de participación política también habitualmente obviados en cuanto a su concreción constitucional. Ese es el sentido de la inclusión de una acción tutelar de información que obliga a las administraciones públicas -a todas- a facilitar y detallar cualquier tipo de material administrativo gestado por sus organismos¹³².

Por otro lado la acción de habeas data intenta evitar la progresiva actuación del Estado respecto a datos de ciudadanos con propósitos cada vez más inescrutables y opacos. El habeas data protegerá al ciudadano de la acción espuria del Estado en cualquiera de sus modalidades de prospección, investigación o conocimiento de datos personales de los ciudadanos¹³³.

- *Acción de protección.*

La gran aportación de la Constitución de Ecuador. Una novedad todo terreno que afecta a cualesquiera política de todo tipo de gobierno y administración pública, explícitamente respecto a cualquier política pública, incluyendo tanto actitudes activas como omisivas. Incluyendo a regímenes y esferas para-estatales, inclusivas de los regímenes de concesión administrativa en un sentido extenso¹³⁴

- *Acción por incumplimiento.*

¹²⁹ Visiones generales de este nuevo espacio en G. Pisarello, "Garantismo social e institucional: una lectura republicano democrática", en F. Palacios y D. Velázquez (coord.), *Estudios sobre la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (2009); C. Storini, "Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano" en C. Storini, J. Alenza (dir.) *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano* (2012); R. Avila, "Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos" en R. Avila, A. Grijalva, R. Martínez Dalmau, (ed.), 2008.

¹³⁰ Art. 94 "...contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos..."

¹³¹ *Vid.*, arts., 89-90.

¹³² Art. 91: "...tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado..."

¹³³ *Vid.*, art. 92.

Una acción por omisión ejecutiva o administrativa del ordenamiento jurídico que afecte a derechos fundamentales. Es otra acción de garantía todo terreno. Entre dichas normas se incluyen sentencias o informes de organismos internacionales, lo que abre el campo garantista a la doctrina de todos aquellos organismos reguladores y de control de la normativa internacional¹³⁵.

4) DIVISIÓN, CONTROL Y RESPONSABILIDAD DE PODER

La clásica teoría de la separación de poderes no se ideó con la pretendida asepsia con la que ha venido siendo glosada. Más bien teorizaba una estructuración constitucional orgánico-distributiva que rompía, parcialmente, el sistema europeo de Estado absolutista, dando aposento institucional reglado a las aspiraciones y anhelos de la aristocracia, clero anglicano y alta burguesía. Es decir no era un sistema de división “real” del poder sino un *sistema de división “realista” del poder*, entre antiguas y nuevas clases dominantes. En una segunda etapa se produce una democratización mayor de la representación pero no una división de poderes real sino que se corresponderá con una división de poderes dentro de las áreas de influencia (*check-point orgánicos*) de la partitocracia hegemónica con el objetivo de la estabilidad del statu quo.

A) División.

a) La primigenia teoría de la división de poderes como instrumento para el reparto del poder en el Estado liberal.

Merece la pena detenerse aquí porque la separación de poderes ha sido un deificado instrumento de marketing constitucional cuando no era sino un mecanismo institucional cerrado para el reparto del poder entre clases dominantes.

El barón de Montesquieu no hizo sino plasmar en la teoría lo que iba significando la experiencia inglesa. Vislumbraba que el futuro estaba en copiar dicho peculiar *check and balances nobiliario-realista*. No le movía ningún anhelo democrático o igualitarista más bien una inquietud por un proyecto de nuevo reparto del poder (estabilidad del statu quo). Por ese motivo intenta teorizar sobre una configuración del poder que generará mayor funcionalidad e institucionalidad al rígido sistema absolutista. El famoso “gobierno moderado” de Montesquieu no tenía nada que ver con un aséptico equilibrio de poderes que no era sino el reparto descarnado del poder entre las *potencias* (estamentos). La moderación estribaría en “moderar” las pretensiones de una potencia a través de la ocupación de una parte del poder por parte de las otras. En definitiva, a la pregunta de si la separación de poderes es un mecanismo técnico para evitar el despotismo deberíamos que responder que sí. Pero ¿para evitar el despotismo a quien?, en primer lugar evitárselo a la nobleza respecto al rey y la corte y, en segundo lugar, para evitarse todos los dos estamentos anteriores la presión política de los poderes sociales populares emergentes entronizando a la alta burguesía emergente. ¿Objetivo? mantener la esencia del sistema de poder, y para ello se debía hacer de su estructura institucional un elemento más funcional, dando entrada a otros poderes fácticos que revitalizaran su estructura y evitaran -conjuntamente- la irrupción del poder popular¹³⁶.

El modelo de *soberanía compartida* no sólo dejaba en manos del soberano el nombramiento de todo el poder ejecutivo, el desarrollo de las leyes, el desarrollo normativo, la gestión de las políticas

¹³⁴ Art. 88: “...podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales...”.

¹³⁵ Art. 93: “...garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos...”.

¹³⁶ El mito de la división de poderes en Montesquieu es otro mantra establecido en el que merece la pena detenerse en cuanto a mantra a combatir. Así Tierno Galván hablaría de sus virtualidades, como forma de “...evitar a su vez la destrucción del Estado y de los ciudadanos(...)evitar la corrupción” (*cfr.*, “Introducción” a Montesquieu, *El Espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. xxxviii, iv). Tierno Galván ve una sincera intencionalidad política cuando, sin embargo, no es una laudable intencionalidad ideológica la que se mueve sino una articulación técnica estratégico-institucional. Constatable en múltiples aseveraciones del libro XI (capítulo VI) tales como la defensa de la monarquía hereditaria en el control del poder ejecutivo y parte del legislativo (sin la cual “la libertad no existiría”), el apoyo a una nobleza hereditaria en la ocupación del grueso del legislativo y del judicial, la reivindicación del sufragio censitario para nobleza y grandes patrimonios (“sin el que “la libertad común sería esclavitud para ellas”) y, en general, la construcción de un modelo oligárquico cerrado (*vid.* p. 184). Habría que recordar a los defensores del Montesquieu “innovador” que el clásico tratado del barón no puede pecar de ingenuo ya que fue contemporáneo de *El Contrato Social* y que ya había transcurrido un siglo y medio desde *La Política* de Althusius, con su correspondiente propuesta orgánica de articulación del poder.

públicas y el nombramiento de los empleados públicos entre los que se encontraba la casi totalidad del poder judicial. También le confería habitualmente iniciativa legislativa, dilación de la entrada en vigor de las leyes (cuando no el veto directo o suspensivo de las mismas), suspensión de derechos fundamentales y posibilidad de entrar en guerra¹³⁷.

c) A partir del final de la II G. M., los nuevos modelos constitucionales democratizan la legitimidad del poder ejecutivo y legislativo pero no introducen una división del poder.

En la técnica constitucional del parlamentarismo no hay separación o independencia de poderes, porque en la práctica totalidad del constitucionalismo comparado hay una *dependencia relacional*. Es decir desde la mayoría parlamentaria -desde la hegemonía partidocrática- se nombran directa, o indirectamente, a los órganos superiores del resto de poderes. El poder ejecutivo resulta de la relación directa de fuerzas políticas del legislativo, e incluso la yuxtaposición de los dos poderes se hace ya absoluta en los casos que un partido político cuente con mayoría absoluta en la cámara.

¿Asigna mayor calidad al Estado Constitucional el hecho de que los poderes legislativo y ejecutivo estén esencialmente divididos? No, ese no sería el problema como bien demuestra la práctica de las repúblicas presidencialistas. Todo lo contrario, ya que si acaso produce una mayor distorsión en el funcionamiento del Estado que para nada incide en una mayor altura democrática del Estado, distraendo de otros problemas que sí inciden en su calidad democrática.

Sin embargo sí es una cuestión trascendental para el caso del Poder Judicial y de los Tribunales Constitucionales, donde tampoco se introducirá división del poder ya que las altas magistraturas judiciales quedan ahora vinculadas a los otros dos poderes de la misma manera que lo estaban en la fase del liberal-monarquismo, con la evidente atenuante de una mayor legitimidad democrática que la que derivaba de las monarquías y del parlamentarismo patrimonialista. En esta coyuntura será el espacio político anglosajón el que anulará la independencia de manera más descarnada¹³⁸.

d) Se hurtan al texto constitucional -al contrato político fundamental- mecanismos autónomos de extracción y legitimación del poder judicial y de los órganos de control constitucional, que quedan en manos de los partidos hegemónicos.

En el modelo continental el principio de independencia esencial se ve cercenado por una intensa intromisión en el nombramiento de los órganos de gobierno y decisión judicial que puede ser directa o indirecta. La cuestión no sería del todo relevante si la intromisión en los órganos de gobierno afectara al control administrativo, pero el problema es que afecta esencialmente al núcleo central de la independencia como resulta ser el tema de los nombramientos y, sobremanera, de los nombramientos de las altas instancias supremas por parte de los poderes ejecutivo y legislativo y, en definitiva, de la partidocracia hegemónica. El poder judicial, o las instancias judiciales de control constitucional, tienen determinados todos sus nombramientos desde las mayorías parlamentarias más o menos cualificadas o, incluso, a partir de las propias funciones del poder ejecutivo (*división instrumentalista del poder*).

No ha existido la más mínima voluntad político-constitucional para articular una estructura orgánica independiente, hasta el punto de que se ha reconocido que los consejos de gobierno judicial no son órganos del poder judicial sino “órganos del Estado” con la misión de “gobernar” el poder judicial¹³⁹.

¹³⁷ Un análisis muy ilustrativo a este respecto en L. Duguit, “La separación de poderes en la Asamblea de 1791” en *Manual de Derecho Constitucional*, 1911 (1ª parte, cap. III.B).

¹³⁸ En Inglaterra hasta entrado el siglo XXI, sería el gobierno (primer ministro), con el placet real por medio, el que determinará la composición de la práctica totalidad de la judicatura superior. Otra parte menor sería nombrada -y ejercida- por la Cámara de los Lores. Ese mismo primer ministro -mediando intercesión real- nombraría al Lord Canciller que es la pieza maestra fundamental de todo el sistema judicial. En Estados Unidos el Presidente viene ungido por el artículo 2.2.2. para poder nombrar a los jueces del Tribunal Supremo, además de poder suspender la ejecución de sentencias. Con ello la cúspide del poder judicial es determinada directa y terminantemente por el Presidente con nombramientos vitalicios. Para toda la actual coyuntura de determinación partidocrática del poder, *vid.*, F. Palacios, “El mito de la separación del poder judicial en el constitucionalismo clásico y la nueva configuración participativa en Latinoamérica (En torno a una aporía del constitucionalismo clásico: Quis custodiet ipsos custodes?)” en *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 9, Iustel, 2011.

¹³⁹ En ocasiones de manera tan políticamente intervenida como en el caso francés, en donde funge como apéndice del poder ejecutivo ya que todos sus componentes están dirigidos o redirigidos en cuanto a su elección desde el gobierno, tal vez para no contradecir su artículo 64: “El Presidente de la República es el garante de la independencia de la autoridad judicial”. Estaríamos ante una concepción de la independencia judicial de carácter instrumental.

e) Hay que considerar métodos de elección de las altas instancias del poder judicial y constitucional que no pasen por la determinación partidocrática (*división efectiva del poder*). Este presupuesto es extensible a todas las instituciones u órganos de control de la orgánica constitucional. Es uno de los temas más prioritarios en un proceso deliberativo-constituyente¹⁴⁰.

Considerar las ventajas de una extracción en su composición por métodos de democracia directa o corporativa. O bien el hecho de un método mixto que integrara los siguientes cinco métodos:

- Elección institucional.
- Selección orgánico-participativa.
- Democracia directa.
- Elección corporativa.
- Insaculación.

Garantizando este tipo de extracción sí se podría hablar de un poder judicial y/u órgano constitucional esencialmente independiente aún el caso de que estuviera condicionada en algún porcentaje por la agrupación partidista de los candidatos.

f) La paradoja insostenible de la Jefatura del Estado monárquico democrática. La opción entre la fórmula República o la fórmula Monarquía -desde una perspectiva puramente democrática- debería resolverse ya desde la propia posición de clave etimológica: Monarquía significa “gobierno de uno” y República significa “asunto de todos”. De la misma manera Monarquía y Democracia componen la más exquisita de las antinomias. Como consecuencia hablar de Monarquía democrática es una contradicción -pura- en los términos. La monarquía -aun desposeída de poderes efectivos- queda constituida como la institución simbólico-representativa más elevada del Estado Constitucional. La monarquía sigue basándose en la discriminación por razón de nacimiento e incluso en la discriminación por razón de sexo, además de forma vitalicia y multiseular.

Es una paradoja como, mientras se está teorizando permanentemente en como refinar las mecánicas democráticas del Estado, su máxima instancia simbólico-representativa la constituye: 1) un instituto discriminatorio por naturaleza; 2) personificada por el heredero natural de la saga familiar que imperó en los Estados absolutos e inquisitoriales. La presencia de la monarquía -junto con la pervivencia jurídica de la nobleza- se convierte en un *distorsionador estético constitucional* y, además, en un lastre para una cultura política democrática e igualitaria.

g) La jefatura del Estado republicano-ornamental tampoco tiene valor orgánico alguno. Las repúblicas parlamentaristas tienen un problema de bicefalia, ya que adolecen de poderes ejecutivos fragmentados asimétricos en la forma de un presidente que funge de jefe de Estado y un jefe de gobierno encargado de la práctica totalidad de las funciones ejecutivas. Tan asimétricos que en la mayoría de las ocasiones al Presidente de la República, al Jefe del Estado, se le dota de poderes superfluos cuando no de funciones sumamente forzadas (*republicano-ornamental*). Figura prescindible por cuestiones de economía institucional, si valoramos el hecho de que el presidente del gobierno, por sí solo, puede representar perfectamente al Estado. Es una de las varias instituciones, y múltiples organismos, cuya única función es dar reposo y privilegios a cuadros y clientelas de los partidos políticos hegemónicos. Suiza sería un simple ejemplo -fuera de todo tipo de sospecha ideológica- de que dicha figura es absolutamente prescindible¹⁴¹.

B) Control.

Completando la arquitectura garantista anterior, el Estado Constitucional debe generar toda una arquitectura de control lo más eficaz posible. En este capítulo se hace referencia sólo al juego de controles institucionales, dejando la participación civil-popular como instrumento de control para el siguiente elemento “Organicidad Participativa”. Siempre partiendo del supuesto que el control del

¹⁴⁰ Se deja brevemente planteado este tema ya que la enjundia y trascendencia democrática del mismo debe dar para un trabajo complementario.

¹⁴¹ Vid., *Constitución Federal de Suiza*, por la que la Jefatura del Estado es elegida por la Asamblea Federal, para un solo año, siendo, a su vez, presidente del Consejo Federal. Unificando así el cargo de jefe de Estado y presidente del gobierno (Art. 176).

poder deber ser producto de una simbiosis entre control institucional y control civil-popular directo o indirecto.

Cuando en Derecho Constitucional se habla de control prácticamente éste queda supeditado al control que ejerce el parlamento sobre el gobierno. Sin embargo a la hora de articular un Estado Constitucional de calidad deberemos tener una perspectiva mucho más amplia sobre el control que cubra tres espacios:

a) Control del Parlamento hacia el Gobierno.

Es el control clásico del Parlamento sobre la acción de gobierno y sobre la actuación de la Administración. Esta tarea no la efectuará el Parlamento en solitario sino que recibirá la colaboración de otros órganos específicos encargados de una fiscalización especial de las áreas administrativas, económico-financieras y de derechos humanos. Es lo que en nuestro modelo constitucional español serían el Tribunal de Cuentas o el Defensor del Pueblo o, en distinta medida, el Consejo de Estado.

Insuficientes por dos motivos:

- 1) su dependencia electiva del propio parlamento;
- 2) la dependencia de otras instancias de control por parte del propio poder ejecutivo, tal como la Intervención contable o la Fiscalía general.

La propuesta pasaría por desvincular a todos los órganos anteriormente mencionados (Tribunal de Cuentas, Defensoría del Pueblo, Consejo de Estado, Intervención General y Fiscalía General) de su dependencia electiva o de su dependencia jerárquica y funcional de los dos poderes a controlar. Ello podría conseguirse formulando la aparición de otro u otros poderes separados de los tres poderes clásicos, sometiendo su elección a idénticos mecanismos a los ya expuestos anteriormente para las instancias judicial-constitucionales en el apartado A) e¹⁴².

b) Control desde el Poder Judicial.

Es el espacio natural de control general. El poder judicial ha de velar porque el monopolio del poder quede en manos del Estado, porque el Estado no sea interpenetrado, e incluso chantajeado, por grupos de poder ajenos. El primer celo ha de producirse respecto a sí mismo, ya que el espacio procesal es uno de los espacios más débiles en múltiples Estados, sujeto a todo tipo de corrupciones. En segundo lugar, el poder judicial tiene una función de control activa y permanente para frenar los intentos de que las distintas administraciones públicas sean objeto de patrimonialización por parte de grupos fragmentados, en los casos más leves, o de grupos organizados en los casos más graves¹⁴³.

Para esta tarea de dotar al poder judicial de instrumentos suficientes se requiere de cuatro elementos que deben tener arquitectura constitucional suficiente:

- La no dependencia electiva de las mayorías partidocráticas que, a su vez, sostienen al propio gobierno.
- Habilitar instrumentos constitucionales-tipo penal, mercantil, fiscal y administrativos que deban, a su vez, generar una normativa *ad hoc*, que proporcionen a la judicatura espacios para la maniobra suficientes.
- Foros especiales para delitos económico-administrativos.
- Habilitación y dotación de una estructura judicial en relación al crecimiento de la administración pública en general, del producto interior bruto y de otras magnitudes macroeconómicas.

c) Control desde la Administración.

Es el otro gran vector para el control de la legalidad. El control de la legalidad y los espacios, más sutiles, de la desviación de poder. El objeto es idéntico al del poder judicial: control de legalidad impidiendo la actuación impune o privilegiada de grupos y clanes. Actualmente las fórmulas de inmersión, e interpenetración en los aparatos del Estado, no son explícitamente delictivas, cubren

¹⁴² En los nuevos textos constitucionales latinoamericanos la Administración recibe la fiscalización especial por parte de instituciones de autónoma relevancia constitucional hasta el punto que llegan a conformar nuevos poderes del Estado (denominados “funciones”), separados del poder ejecutivo o legislativo tal como así se constituyen el Poder ciudadano o el Poder electoral. El caso más sofisticado es el de la *Constitución de Ecuador* (2008) que conforma una nueva *Función de Transparencia y Control Social* encargada de la selección, elección y monitoreo de las distintas instituciones y órganos de control, a través de una estructura propia como es el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (*vid.* Título IV, Capítulo V, arts. 204-216).

¹⁴³ Una referencia desde la judicatura y el Derecho Constitucional en P. Andrés (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la judicatura* (1996).

todas las formalidades, pero eso no impide que el hecho suceda y se produzca una progresiva patrimonialización del Estado a cargo de grupos de presión o grupos clánicos -nacionales e internacionales- que rompan la esencia misma de lo que es un Estado Constitucional: un espacio de soberanía popular¹⁴⁴.

Requiere base constitucional que imponga¹⁴⁵:

- Una estructura administrativa absolutamente funcionarial y especializada, evitando la integración en la administración pública por canales ajenos o distorsionados fuera de los principios de mérito y capacidad.
- Una estructura orgánica de control de todos los procesos de asignación, concesión y autorización.
- Un régimen de transparencia milimétrico que llegue al último espacio orgánico.
- Una base normativa que evite la arbitrariedad y la desviación de poder formulando límites al principio de discrecionalidad.

C) Responsabilidad.

El poder ejecutivo, y la administración pública en general, es responsable ante el ciudadano, y no de manera ocasional, sino por principio, de manera permanente y continuada, más allá de responsabilidades directamente judiciales.

El primer espacio es administrativo y tiene una consecuencia económica, aquí la responsabilidad es patrimonial ante actuaciones de la administración pública de carácter culposos, que denoten una manifiesta falta de eficacia.

La responsabilidad tiene un segundo espacio político, que contiene una misión informativa y otra explicativa por parte de todos los cargos electivos. La responsabilidad incluye comunicar al ciudadano cómo se desarrolla la gestión de gobierno.

En tercer lugar quedaría pendiente mencionar la responsabilidad política más absoluta como es el cumplimiento o incumplimiento del programa electoral que, en definitiva, es un contrato suscrito entre el representante y el representado. Este tema está cerrado en la práctica totalidad del constitucionalismo comparado al eximir de sujeción a mandato a los parlamentarios y gobiernos. Podría haber la posibilidad de la depuración de responsabilidades a través de:

- competencias asignadas a instancias de control constitucional para, cuando menos, los casos más flagrantes de incumplimiento.
- introducción de los mecanismos revocatorios de mandato.

Capítulo éste de notable dificultad técnica y política pero no por ello de imposible fiscalización.

D) Para una conclusión sobre división y control real del poder

Los mecanismos de control, transparencia y pluralismo del Estado constitucional deberían componer el sistema de custodia de la división de poderes y, por ende, de la democracia.

La democracia representativa es en sí misma muy insuficiente. Pero tiene el problema añadido de que no puede tener un funcionamiento engrasado porque en el actual modelo de constitucionalismo imperante está literalmente secuestrada por la *hegemonía extractiva* de los partidos hegemónicos.

Hay que recordar cómo en los textos y la teoría constitucional los ítem división, poderes, transparencia, control, independencia tienen numerosas entradas. También lo tienen en la exposición de motivos de muchas leyes porque hay un consenso establecido en que transparencia, control y publicidad forman parte central de lo que es un Estado Constitucional. Y, por lo tanto, para que control, transparencia y garantía sean principios realmente eficaces tienen que estar fuera del

¹⁴⁴ El Informe Nolan es lugar común en cuanto a transparencia y control en el ámbito de las administraciones públicas (mitad jurídico mitad deontológico). Tiene marco muy institucional (encargado por el gabinete británico al juez Nolan) pero, no obstante, es tal la estructura de desviación de poder y discrecionalidad que si sus propuestas se constitucionalizaran -y subsiguientemente se normaran- crecería exponencialmente el control eficaz de cualquier administración pública (Informe Nolan, *Normas de conducta para la Vida Pública*, Documentos INAP, Madrid, 1996). Clásicos de referencia, *vid.*, A. Sabán, *El marco jurídico de la corrupción* (1991); A. Nieto, *La nueva organización del desgobierno* (1996).

¹⁴⁵ También aquí sería referencia el nuevo constitucionalismo latinoamericano, aunque adolece de bajo tono y mucha dispersión la nueva regulación sobre Administración pública. No obstante podría servir de base deliberativa (*Cfr.*, Constitución de Ecuador, Título IV, Capítulo VII, *Administración Pública*, arts, 225-237).

imperium de dichos partidos hegemónicos, para lo cual habría que devolver un protagonismo sobresaliente a la sociedad civil-popular para revolver temas tan evidentes como podría ser la elección no vinculada al hegemonismo partidocrático de instituciones tales como¹⁴⁶:

- Tribunal Supremo
- Tribunal Constitucional
- Consejo del Poder Judicial
- Defensoría del Pueblo
- Fiscalía General,
- Tribunal de Cuentas
- Consejo Electoral
- Consejo de Estado
- Intervención General del Estado / Contraloría
- Intendencias

Asignándoles a todas ellas personalidad y rango constitucional autónomo, estableciendo su extracción desde procedimientos selectivos autónomos de los poderes ejecutivo y legislativo.

5) ORGANICIDAD PARTICIPATIVA

Cuando se hablaba del concepto de soberanía popular se observaba como el liberalismo la había canalizado hacia el modelo de mandato representativo o, lo que viene a ser lo mismo, hacia el *mandato plenipotenciario*. Por este, el ejercicio del poder se cede (no se delega) por el ciudadano sin ninguna sujeción (plenos poderes, limitados, pero no sujetos) al representante.

a) La participación como una estructura inédita y burlada por la organicidad constitucional.

La soberanía popular, la democracia, se ha convertido en una suerte de acto de fe, en donde el ciudadano apenas tiene participación directa salvo para una elección despersonalizada y exenta de responsabilidad.

Así ha sido, puesto que según el dogma del mandato representativo el incumplimiento de esta elección no puede conllevar sanción alguna. La participación directa se ha circunscrito desde los orígenes del constitucionalismo, de forma muy episódica, a una serie de limitados y habitualmente consultivos actos plebiscitarios.

La pregunta sería si se puede hablar de Estado Constitucional cuando el alejamiento del ciudadano de la toma de decisiones es casi absoluto. Los diferentes modelos de Estado Constitucional no han hecho ningún esfuerzo por acercar la toma de decisiones al ciudadano, ningún intento por ir generando mecanismos de participación. El Estado liberal ha ejercido un monopolio partidocrático con más de dos siglos de ingeniería jurídica sin articular un solo mecanismo participativo.

¿Falta de creatividad jurídica? No, no sería por falta de creatividad jurídica porque, mientras tanto, los códigos de comercio incorporaban cientos de figuras para el mejor manejo de la irresponsabilidad societaria mercantil. Mientras tanto, decenas de normas trabajaban para establecer mil vericuetos con los que hacer más opacos los flujos de capital financiero. Mientras tanto, centenares de normas privilegiaban fiscalmente a grandes concentraciones de capital. Resulta chocante que la ingeniería jurídica se haya hecho progresivamente más sofisticada -tanto en derecho positivo como en jurisprudencia- y que, sin embargo, apenas haya avanzado un centímetro en articular espacios e instituciones para la participación más directa del ciudadano. Aún resulta más chocante si consideramos que, mientras tanto, nuestros poderes del Estado, legislativo y ejecutivo, han podido acuñar miles de nuevas figuras jurídicas de complejidad extrema, en materias de expansión múltiple, como el derecho fiscal, el derecho financiero o el derecho mercantil.

La palabra participación se manejaba en las constituciones como un adorno floral, un *ritual litúrgico*, ajeno a la lógica de la mínima eficacia por la cual se quebranta el principio democrático sagrado por el que una Constitución es una norma y además una norma donde todas las palabras deben tener un contenido a desarrollar y no a evitar o incluso a quebrantar.

¹⁴⁶ Se hace necesario resaltar una cuestión tan importante a través de un listado tan visualmente explícito como el que se presenta, semejante al que se trabajó en la Asamblea Constituyente de Ecuador de 2008 (consensuado y distribuido en Comisión 2 (*Organización, Participación Social y Ciudadana*) y Comisión 3 (*Estructura e Instituciones del Estado*), en idea de considerarlo un *sistema orgánico de extracción participativa*.

Las Constituciones suelen hacer guiños a la participación que la omisión legislativa convierte en articulado directamente quebrantado. Por ejemplo, la Constitución de 1978 preceptúa textualmente “el derecho de participar en los asuntos públicos directamente” (art. 23) e insta al Estado a “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” desde el mismísimo *Preámbulo* del texto (art. 9). Lo dicta en relación a organismos públicos e incluso habla de promover eficazmente formas de participación en las empresas. En estos tiempos de la demolición participativa -e incluso negociadora- en el mundo laboral, es bueno reseñar que la Constitución (sí, la Constitución de 1978) no sólo habla de participación política sino de *autogestión*, de promover eficazmente formas de *participación en la empresa*¹⁴⁷.

La pregunta podría ser si podemos hablar de Estado Constitucional con unos niveles casi inexistentes de participación. No se trata -como irónicamente critican los apologistas de las democracias elitistas- de generar sociedades asamblearias¹⁴⁸. Se podía haber tratado de generar imbricaciones progresivas de tejido asociativo, espacio institucional y participación del ciudadano individual. Generar institucionalidad participativa -aun de forma muy lenta y medida- de forma simultánea a la creación de una cultura cívica de participación activa y no de una cultura cívica plebiscitaria.

A comienzos del Estado liberal, comenzar a generar espacios de participación, hubiera resultado más sencillo que un siglo después, teniendo en cuenta la mucha menor complejidad técnica (demográfica, administrativa, económica, institucional) de las sociedades decimonónicas. No sólo no hubo voluntad sino que se reprimieron todos los intentos ya no “socialistas” sino asociativos, comunitaristas, gremialistas o cooperativos. Se desechó cualquier proyecto de articular formulaciones políticas mixtas, donde los consejos (agrarios, urbanos, industriales, vecinales) tuvieran un crecimiento y una institucionalización progresiva. No es descabellado pensar como esta represión de la cultura cívica participativa generó una frustración sobre el sistema institucional del constitucionalismo liberal, que acabó en un desprestigio propicio para allanar el camino a las tentaciones y proyectos totalitarios¹⁴⁹.

En la reformulación de nuestros Estados democráticos, a mediados del siglo XX, se estableció fuera de discusión el hecho de la irreductibilidad del problema de la operatividad política, en función del cual sociedades complejas y numerosas eran lugares imposibles para la participación. Aunque tampoco se hizo ningún intento en el sentido de una acomodación de los mecanismos de participación a dicha complejidad.

b) Posibilidades e hipótesis actuales. A principios del siglo XXI podemos considerar que se ha producido un salto cualitativo en las técnicas de comunicación, de tal manera que es falaz el argumento de la imposibilidad participativa debido a la complejidad técnica.

Las técnicas telemáticas de intercomunicación posibilitan nuevas condiciones para ir generando espacios posibles de institucionalización para la participación. La posibilidad de consulta -incluso directa- a la totalidad de los ciudadanos es una realidad técnica, ya, en casi todas las sociedades productivamente desarrolladas.

No obstante, la complejidad y la falta de recursos no deberían ser óbices técnicos o políticos para abordar planes que comiencen a estructurar y a incentivar la participación tal como lo demuestra el hecho de su institucionalización en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Estas nuevas experiencias y proyectos recogen la posibilidad de una articulación de diferentes ámbitos de participación: a) orgánicos, a través de la estructuración de ámbitos permanentes de consulta y

¹⁴⁷ Así el mandato de cómo “los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa” (art. 129) e incluso preceptuar la obligación del Estado de facilitar la participación de los trabajadores en la propiedad de las propias empresas (sic): “facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción” (art. 128).

¹⁴⁸ Sin embargo, la dirección elitista de nuestras sociedades sí ha sido la creadora de sociedades “asamblearias”, sociedades de consejos, puesto que los Estados -elitistas- se han guiado con base a auténticos consejos de administración de dirección política y económica del Estado. Esquema de gobierno, *constitución material*, que ya se diagnosticó en el siglo antepasado (Vid., F. Lassalle, *Qué es una Constitución?*, 1862; J. Proudhon, *¿Qué es la propiedad?*, 1840; K. Marx, *Manifiesto Comunista*, 1848).

¹⁴⁹ El ya citado libro de P. Kropotkin (*El apoyo mutuo. Un factor de la evolución*, 1907) es el tratado de sociología jurídica que mejor describe tanto las propuestas de participación civil popular a nivel auto-organizativo como de responsabilidad en políticas públicas; así como la represión y sabotaje que de las mismas haría el Estado liberal. En cuanto a un tratamiento más político institucional resulta ilustrativos los textos de Saint-Just, 1792-1793 (recopilados en L. Saint-Just, *La libertad pasó como una tormenta. Textos del periodo de la revolución democrática popular* (2006); de la misma manera P. Kropotkin (*La grande révolution*, 1909). Reviste un interés especial el tratamiento monográfico de la Comuna de París y sus antecedentes, bajo la doble perspectiva jurídico política y sociológica, en el clásico de P. O. Lissagaray (*Histoire de la Commune*, 1896).

decisión (consejos) a múltiples niveles; b) colectivos, mediante la articulación de consultas periódicas; c) institucionales, que posibilitan revocación de mandatos.

c) ¿Hay modelo teórico? Los modelos teóricos sobre participación comenzaron a existir desde que la naturaleza humana comenzó a hacerse sociable -*apoyo mutuo*- y las normas cobraron sus formas más simples

De la misma manera que los modelos elitistas u oligarquizantes comenzaron a escribirse cuando esa misma naturaleza humana tendía a quebrar la sociabilidad -competitividad- de forma bien sea directa o compleja¹⁵⁰. La democracia participativa tiene un extenso decurso teórico y práctico que transcurre desde la organización de la *gens* y el comunitarismo antiguo hasta las actuales posibilidades de los modelos telemáticos de *e-democracia*¹⁵¹; pasando por las elaboraciones social-comunitaristas más clásicas¹⁵², hasta llegar a las actuales propuestas institucionales binarias¹⁵³ o, bien, atendiendo a la legislación y organicidad de instrumentos tales como veedurías, presupuestos participativos, consejismo indígena o consejos comunales, tal como se está desarrollando en la nueva práctica participativa latinoamericana¹⁵⁴.

d) Las hipótesis actuales de participación: del ciudadano (súbdito) *patiens* al ciudadano *agens*. Cuatro bases para una estructura orgánica participativa (delineamiento teórico para un desglose constituyente).

En el nuevo constitucionalismo latinoamericano se partió del supuesto de que sólo hay una manera de *equilibrar la capacidad de penetración fáctica de los grupos de poder económicos*: dar poder institucional a la ciudadanía. Que la ciudadanía tenga capacidad individual y colectiva para poder interactuar con los ámbitos de toma de decisiones. Dos son los espacios de participación fundamentales: a) control de los órganos de gobierno; b) toma de decisiones directa.

A su vez estos ámbitos generan cuatro lógicas-espacios de participación diferentes más una quinta genérica (el incardinador programático-dogmático) que amparan todo el sistema de participación. Sobre estas cuatro lógicas se asentarían los textos de Venezuela, Ecuador y Bolivia. La incorporación específica y articulada de una arquitectura participativa a los textos constitucionales es una condición imprescindible ya no sólo para su eficacia coyuntural sino para su estructuración más allá de la volubilidad de las leyes¹⁵⁵.

1. *Espacio coyuntural micropolítico.*

Remite al establecimiento de estructuras de información, transparencia y control en el funcionamiento ordinario de los entes representativos locales y de los entes administrativos estatales, regionales y locales. Es la veeduría y contraloría social. Susceptible de introducir, progresivamente, en un segundo momento, mecánicas de deliberación y propuesta consultiva. En un tercer momento debe ser capaz de producir propuestas vinculantes en áreas de interés de colectivos y grupos sociales concretos. Su funcionamiento requiere de representación grupal o sectorial en los distintos entes administrativos.

2. *Espacio coyuntural macropolítico.*

Constituido por todo el sistema de consultas y referéndum. Las consultas por definición son coyunturales, aunque puedan ser periódicas, incluso muy periódicas. No requiere estructura estable,

¹⁵⁰ Puede sintetizarse la anterior fractura ya desde la clave dada por la mitología dialéctica: Caín y Abel (cfr., *Génesis* 4:1-16).

¹⁵¹ Testimoniada desde los relatos sobre participación política directa primitiva y antigua (vid., P. Kropotkin, *El apoyo mutuo, un factor de la evolución*; F. Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*; M. Weber, *Economía y sociedad*) hasta las actuales innumerables propuestas cibernéticas sobre participación política directa (a este respecto, todas las recogidas en S. Clift, *E-Democracy Resource Links. E-Government, E-Politics, E-Voting Links and more*, Publicus. Ne-t Public Strategies for the Online World, <http://www.publicus.net/articles/edemresources.html>; también vid., H. Cairo, *Democracia digital. Límites y oportunidades*, 2002).

¹⁵² Desde la propuesta de Tomas Moro (*Utopía*), pasando por Fourier (*Le nouveau monde industriel et societaire*, 1829), Sheierman (*A vision of the new living*, 1923) o Russell (*Prospects of industrial civilization*, 1923).

¹⁵³ R. Ferguson and L. Miller, *Parliament for the future, Forecasting the form of a digitally-enabled Parliament Hansard Society Report* (<http://www.hansardsociety.org.uk/blogs/edemocracy/archive/2007>); incluso desde ópticas más oficialistas, cfr. D. Rushkoff, *Open source democracy: how online communication is changing offline politics* (www.demos.co.uk), 2003.

¹⁵⁴ A este respecto los propios textos constitucionales de Venezuela, Ecuador, Bolivia e incluso Colombia y, subsiguientemente, su normativa de desarrollo; así como el clásico de B. de Sousa Santos, *Democratizar la democracia: Los caminos de la democracia participativa* (2004); el también clásico, D. Roussoupoulos y C. G. Benello, *Participatory Democracy. Prospects for democratizing democracy* (2005).

¹⁵⁵ Clasificación de la nueva estructura orgánica de participación constitucional que se encuentra desarrollada en F. Palacios, *Nuevo constitucionalismo participativo en Latinoamérica. Una propuesta frente a la crisis del Behemoth occidental* (2012).

sino que es objeto de coyunturas facultativas o preceptivas. Para poder constituirse en un real espacio de participación, requeriría una articulación reglada que fuera haciendo del mismo un espacio sistémico y vinculante. El actual salto tecnológico telemático -que ahora opera sólo a favor de una vertiginosa operativa de trasiegos financieros- podría operar perfectamente a favor de la estructura sistemática de participación directa en la toma de decisiones. Llegado este punto, debería compatibilizarse con el “espacio estructural micropolítico”.

3. *Espacio estructural macropolítico.*

Allí donde directamente, o a través de representantes directos de la sociedad civil popular -planos geográfico, sectorial, gremial o mixto-, se eligen y controlan las más altas instancias de la vida institucional de un Estado. Instituciones tales como tribunales constitucionales, consejos de la judicatura, tribunales supremos o instancias judiciales inferiores, fiscalías generales, tribunales de cuentas o contralorías, intervenciones generales del Estado, defensorías públicas, consejos o juntas electorales.

4. *Espacio estructural micropolítico.*

Es el que posibilita una toma de contacto permanente de la ciudadanía con la toma de decisiones. Es el espacio más susceptible de sofisticación y dificultad añadida y viene a sustituir progresivamente al “espacio coyuntural micropolítico”. Se referencia en la red de participación directa estructural (consejos, asambleas, comisiones) conformada para la toma de decisiones directa en todos los variados espacios institucionales u orgánicos de los distintos entes representativos o administrativos. Espacios creados *ad hoc* para asumir la deliberación y decisión respecto a competencias administrativas que previamente han sido transferidas, delegadas o asumidas con naturaleza de titularidad. Requiere un proceso binario de formación y largas cadencias para su implantación.

5. A las anteriores esferas habría que añadir un *marco programático-dogmático* que: a) calificara al modelo de Estado que regula el texto constitucional; b) introdujera una dogmática participativa, un elenco de derechos como soporte y conexión obligada de la estructura orgánica. La suma de ambas generaría derechos que garantizarían la eficacia y obligada presencia de la estructura y mecánicas participativas, bajo la cláusula *erga omnes* que supondría la asunción de una calificación como Estado participativo.

Establecer mecánicas participativas no es fácil ni debe ser precipitado, requiere una pedagogía que se ha burlado. Requiere una cultura que se ha proscrito y requiere de unos mecanismos que se han hurtado. Requiere tiempo y una concepción democrática real. Un listado básico más concreto, que fue manejado en los foros 15-M, sería¹⁵⁶:

- Operatividad real de la consulta e iniciativa popular tanto en cuanto a iniciativa legislativa como a sistemas múltiples de referendos.
- Presupuestos participativos, como fórmula de poder debatir cuál es el sistema de prioridades sociales en el gasto, si el ciudadano quiere o no quiere endeudarse, cómo y con quién. Fórmula de control del despilfarro, la ostentación y las políticas de lógica clientelista.
- Consejos o Asambleas Ciudadanas, como forma de democratizar la toma de decisiones en un proceso que iría incrementando su carácter vinculante, y donde su composición se encuadraría bajo técnica de implicado, gremial o insaculatoria, dependiendo de la temática a deliberar y decidir.
- Estímulo de la cultura de la e-Democracia (Internet, intranet, foros y sistemas de comunicación telemáticos) como fórmula fundamental de participación y, a futuro, de toma de decisiones.

6) **CONCEPCIÓN INTEGRAL DE LA SOBERANÍA**

El Estado constitucional, desde la formación del Estado social, se haría un Estado intervencionista en lo económico. El Estado interviene en la economía de manera directa como regulador, gestor y empresario. En este plano una Constitución no busca la satisfacción de derechos sociales individuales sino la protección del sistema completo e incluso de la propia esencia del Estado (*protección sistémica*).

La intervención del Estado en la economía se produce como el mecanismo imprescindible que coadyuve a la función de la *seguridad nacional* y al fin supremo del Estado que no debe ser otro que

¹⁵⁶ Listado concreto de consenso de las Asambleas Deliberantes de Zaragoza y Huesca.

la protección de la *soberanía*. El objetivo es generar un espacio vital económico o un espacio de socialización suficiente. Forma parte del segundo parámetro del Estado social junto al primero constituido por el sistema de derechos sociales¹⁵⁷.

La intervención del Estado en la economía esencial y en la geoeconomía estratégica ya se realizó de manera notable durante la existencia del modelo de Estado social (1945-1980), con los mismos parámetros a los aquí expuestos, con una taxonomía muy similar. Facturada con un bloque legislativo económico innovador, socializador y técnicamente muy pormenorizado¹⁵⁸.

No obstante esta intervención del Estado en la economía tuvo una *constitucionalización frágil*, incompleta, inconsistente e inconcreta. De tal manera que el mismo texto constitucional puede tanto avalar una socialización normativa de sectores enteros de la producción, como toda su completa posterior privatización y demolición. Este ha sido el caso general de todo el constitucionalismo económico europeo en el lapso del último medio siglo¹⁵⁹.

A) La finalidad de Soberanía y la función de Seguridad Nacional

a) La Soberanía como finalidad última de la intervención económica del Estado.

La soberanía es un concepto sacralizado desde el pensamiento conservador y liberal, aderezado de epítomes como dignidad, honor, independencia, libertad... Es un tótem de todas las ideologías, desde el tradicionalismo al marxismo. Sin embargo es banalizado en sus contenidos y en sus concreciones.

La soberanía es el primer elemento del Estado, conlleva la concentración de todo poder sólo en el Estado y, más concretamente, en el ejercicio constitucional por parte del gobierno legítimo. Por lo tanto ese marco constitucional e institucional legítimo le hace todopoderoso sobre todo individuo o grupo con pretensiones de poder que se encuentre dentro de sus fronteras. Es omnisciente sobre cualesquiera poderes fácticos externos e internos dentro de su radio soberano. La soberanía protege la voluntad colectiva legítima.

En definitiva es una finalidad defensiva, porque pretende un Estado no hegemónico, no supeditado, no colonizado. El objetivo último es proteger al ciudadano de poderes fácticos organizados. Proteger de agentes hostiles a la ciudadanía es idéntico a proteger del Estado de Naturaleza, que fue el fin para el que nació el Estado, en este caso *proteger de un nuevo Estado de naturaleza* en donde el instinto primario, la competencia y la guerra juegan bajo lógica de la esfera mercatoria de la desregulación económica y financiera.

Construir un espacio público efectivo real no es arrebatar nada al ciudadano sino devolver al ciudadano bienes y servicios evitando la distorsión -e incluso la capacidad destructiva- de otros poderes fácticos.

En esta hipotética dialéctica entre soberanía y propiedad privada expansiva surgiría la pregunta de si la empresa anónima, la propiedad privada expansiva, los mercados, deben ser la última ratio de un sistema soberano y constitucional democrático. La respuesta es no, salvo que cambiemos el concepto de soberanía y de Estado.

b) La función de la intervención del Estado en la economía es atender a los diferentes parámetros de la Seguridad Nacional.

No es un concepto policial-militar de seguridad. No es la actual ideología de la seguridad tal como se configura por las potencias hegemónicas, pero sí es una *técnica defensiva* ante el concepto

¹⁵⁷ La intervención del Estado en la economía es asumida y reconocida de distintas maneras por tratadistas de diferente ideología. Así Fortshoff (*Espacio vital efectivo*) o Abendroth (*Espacio socializador*) gestarían esta concepción recogiendo los elementos dispersos de tendencias que reunían a anteriores constitucionalistas "soberanistas" como E. Kaufmann, O. Mayer, H. Laski, P. Laband o R. Stein. Para todo el sustento teórico del constitucionalismo económico *vid.*, los clásicos trabajos de Abendroth ("El Estado de derecho democrático y social como proyecto político (1965)" en *El Estado Social*, 1986) y E. Fortshoff en 1971 (*El Estado de la sociedad industrial*, 1975).

¹⁵⁸ La intervención del Estado en la economía ("planificadora", "gestora", "ordenadora", "transformadora", "redistributiva") es otro elemento teórico y jurídico aceptado desde todas las posiciones académicas. Posiciones académicas a favor de las funciones anteriores -glosando la tradición administrativa europea en este sentido- en la etapa pre constituyente en España, en J. de Esteban, F. Rubio Llorente, L. Sánchez Agesta y otros, *Constitución y economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales* (1977).

¹⁵⁹ Un desglose de la Constitución económica de Italia y Alemania -tanto como de los textos con mayor potencial ordenador, interventor y redistributivo, así como valorando las limitaciones de constitucionalización económica de los mismos- en A. Predieri, "Régimen Económico y social en la Constitución italiana, en *Constitución y Economía, op. cit.*, pp. 21-42; J. Donges, "Sistema económico y Constitución alemana", en *Constitución y economía, op. cit.*, pp. 129-142.

hegemonista que de la seguridad nacional tiene otros Estados en la vertiente del manejo de la economía internacional.

El objetivo es económico puesto que se plantea contrarrestar la estrategia de grupos o Estados que pretendan condicionar e imponer decisiones, imponer un modelo de comportamiento económico -y por ende social y político- que beneficie sus intereses y sus lógicas de poder.

¿Cómo se concreta? Se concretará garantizando:

- *Seguridad económica*, cuyo objetivo será extraer el mayor beneficio para el Estado.

Los ejemplos más significativos son la explotación directa de materias primas y de sectores productivos de fácil gestión y fácil beneficio. Sirvan como ejemplo el sector petrolífero, el sector carburante y el sector apuestas y loterías.

- *Seguridad social*, cuyo objetivo será el bienestar de sus individuos, tomado aquí el individuo como bien de inversión, como capital humano. Un ciudadano será más funcional para el aparato productivo del Estado si posee niveles notables de alimentación, sanidad y educación. Y, al contrario, un ciudadano analfabeto, con alimentación deficiente y niveles altos de morbilidad será un lastre para el aparato productivo.

- *Seguridad política*, cuyo objetivo será el control, estabilidad y equilibrio esencial de la producción y el aprovisionamiento, evitando que puedan quedar a merced de los grupos de presión. Es un tipo de seguridad garantista respecto a protegerse de una coyuntura -e incluso estructura- de dependencia en cuanto a servicios y sectores estratégicos.

Por otro lado es también una pantalla de protección a favor de la empresa privada y el tejido productivo nacional, al poner a disposición de este tejido una estructura de funcionamiento económico de aprovisionamiento habitual y de costes adecuados no sometidos a la volubilidad del mercado sino a una estructura de costes fija y protegida.

c) La lógica de la intervención del Estado no es la lógica del beneficio sino la *lógica de la inversión*. No, es una cuestión de rentabilidad inmediata. No es un concepto neo-liberal de rentabilidad. Es concepto de inversión, de conseguir una estructura económico-social fuerte más allá del vaivén de la economía mundial, de los flujos especulativos y de los intereses optimizadores del beneficio del capital transnacional y nacional. Es también una lógica de fiscalización activa de los procesos económicos fundamentales.

B) Los mecanismos de la intervención del Estado: los distintos tipos de naturaleza e intervención económica que toman el Estado y la Administración Pública.

La legitimación de la intervención -siempre constitucional- tendrá base en como el derecho de propiedad -en su modalidad de *propiedad privada expansiva*, ya sea patrimonial y propiedad privada expansiva empresarial- tiene límites en: a) derechos fundamentales; b) soberanía y seguridad del Estado integral. La salvaguarda integral de los derechos fundamentales y la soberanía y seguridad integral del Estado componen un *espacio indisponible*, al que se referencia con el epítome interés general¹⁶⁰.

Los campos de intervención serían los tres siguientes que se manejan en una lógica de incardinación gubernamental. Probablemente la arquitectura constitucional de los mismos para su gestión debería superar al poder ejecutivo y generar un espacio orgánico ad hoc¹⁶¹.

a) Estado racionalizador y priorizador.

- Un Estado social e intervencionista debe contar con una Administración Pública amplia, *polivalente* y con capacidad planificadora. Funcionaria estructuralmente evitando todo tipo de clientelismo y altos niveles de personal laboral fluctuante. Bien dotada, estableciendo un sistema de sectores gestores

¹⁶⁰ La *propiedad privada esencial* será aquella de la que se sirve el ciudadano para obtener una autonomía de la voluntad básica y para proporcionarse las bases de un desarrollo libre de la personalidad suficiente. La *propiedad privada expansiva* será la que traspase dichas coordenadas. En este sentido la teoría en torno al individualismo posesorio, *vid.*, C. B. Macpherson, *Teoría Democrática* (1973).

¹⁶¹ Con tradición teórica detrás. G. Gurvitch propondría la articulación constitucional de una estructura institucional de gestión y decisión del sector público de la economía tanto a nivel macroinstitucional (Consejo Nacional de Economía) como a nivel microinstitucional (consejos de control, consejos de gestión), que tuvieran una articulación representativa propia. Todo ello integrado en un corpus o sistema social integral (*vid.*, *La Declaración de derechos sociales*, 1946).

prioritarios. Autorregulada por mecanismos de control internos y regulada por auditorías externas y veedurías civil-populares.

- El principio-guía serán las *prioridades*: asignar recursos a los *espacios esenciales* y no a los *espacios accidentales*, evitando el gasto superfluo y prohibiendo el gasto ostentoso¹⁶².

b) Estado gestor, ordenador y controlador.

Generación de un sector económico público, controlado por el Estado. El Estado no controla todo el sector productivo correspondiente sino los núcleos necesarios del mismo, salvo en los servicios o sectores más esenciales donde el control puede ser total.

El instrumento es una *Administración pública empresarial*.

La lógica predominante de funcionamiento será la de la inversión, no la lógica del beneficio y la rentabilidad inmediata. La inversión bajo una prospección de beneficio sectorial y general para la economía del país.

El control -ya sea por vía de propiedad total o parcial o de concesión administrativa- tendrá tres espacios:

1. *Servicios esenciales*. Espacio de provisión material imprescindible para la vida del ciudadano.

- Alimentación y agua. La alimentación como servicio esencial sería más propio de países con niveles de desarrollo económico menores, aunque la actual crisis patentiza que cuando menos en la distribución debe tener un papel la Administración Pública. El caso del agua, en todas sus dimensiones, y del saneamiento sí han sido un lugar común de los servicios públicos esenciales.

- Sanidad. En todas sus dimensiones y dentro de un modelo universalizado.

- Educación. En el sector primario y secundario, ambos universalizados. El sector universitario público debe ser, en todo caso, mucho más extenso que el sector privado y basar su acceso económico en un sistema de equidad social.

- Vivienda. Política activa de protección social por la que las administraciones públicas someterán a dicho sistema el setenta y cinco por ciento de la vivienda habitada. Política de suma cero en cuanto al rendimiento especulativo del suelo, por la que el cambio de calificación urbanística conllevará la expropiación o la asignación de unos módulos de optimización similares a su valor de pre-calificación.

2. *Servicios básicos y estratégicos*. Espacios de provisión material básico para la existencia del ciudadano y que, a la vez, son muy importantes para la propia posición geo-económica del Estado.

- Comunicaciones. Los sectores tradicionales de correo y telefonía, con una presencia suficiente en el campo telemático.

- Transporte. Comunicación aérea, terrestre y naval, incluyendo las propias vías de comunicación.

- Medios de comunicación. Radio, televisión, prensa y ciberespacio.

- Energía. Producción y distribución de electricidad, combustible y gas. Conlleva la creación y mantenimiento de infraestructuras correspondientes.

- Banca. Generación de una banca pública con diferentes grupos de especialización, tal como el hipotecario, agrícola, comercial o industrial.

- Alimentación. Producción, comercialización, distribución. Este sector no ha formado parte nunca del bloque económico del Estado social europeo, y es más bien un sector a intervenir en Estados periféricos tal y como se patentiza en la actualidad.

3. *Sectores básicos y estratégicos*. Espacios importantes para la posición geo-económica del Estado.

- Es un sector más relativo y depende en mayor medida de necesidades puntuales y sentido de la oportunidad geo-económico. Aquí entraría las industrias siderúrgica, armamentística, aeronaval y motriz sin descartar industrias novedosas que nunca contempló la lógica del antiguo Estado social, tal como el de la industria telemática.

c) El Estado como soporte de un sector de economía social y generador de *democracia industrial*.

¹⁶² Como espacios esenciales podrían citarse: los servicios esenciales (alimentación, sanidad, educación, vivienda), administración pública prioritaria (judicatura, cuerpos de inspección) y los sectores productivos empresariales públicos estratégicos. Como espacios accidentales podrían mencionarse los siguientes ejemplos: la financiación pública leonina, las infraestructuras suntuarias, las administraciones clientelistas, la administración burocratizada (retroalimentada), las subvenciones prescindibles a asociaciones, empresa privada, empresa pública no estratégica, la sobrecarga previsoría (pre-jubilaciones, liquidación de empresas) o las actividades "culturales" superfluas.

- El concepto de soberanía integral parte del supuesto de que es imprescindible y positivo que el Estado controle un bloque geo-económico esencial. Pero de la misma manera se considera que una parte de la economía debe estar en manos de la propia sociedad civil-popular, en el sentido más democrático de la misma, en contacto directo con el campo productivo. Será la democracia industrial, a definir como la propia creación, gestión o posesión de los medios de producción por parte de los ciudadanos que laboran en esos mismos medios de producción. Se trataría de dar la posibilidad a trabajadores individuales o grupos de trabajadores de tener un mínimo (o máximo) control sobre los procesos de producción, evitando ser meras piezas industriales dentro de un engranaje ajeno.

- Este mecanismo iría en auxilio directo de los derechos fundamentales, derecho al *libre desarrollo de la personalidad*, e incluso del derecho a la personalidad, así como de los principios de libertad y de igualdad; por lo tanto tendría una óptica mucho más social-cultural que económica. Su fin sería evitar la formación de individuos alienados, en vertiente económico-laboral del concepto. La alienación convierte el trabajo en algo no creativo, mecánico, embrutecedor, algo separado de sí mismo, inserto en un sistema de *ajenidad*. Por lo tanto convierten la vida de las personas en un ejercicio hostil y gregario que desgarrar personalidad y degrada a la persona. De esa manera se pueden establecer dos tipos de ciudadanos: el ciudadano alienado, el ciudadano que en la jerarquía ciudadana sería el *individuo omega* y, por otro lado, el *ciudadano alfa*, dotado de capacidad de decisión sobre su trabajo, sobre los medios de producción y sobre otros individuos¹⁶³.

- El Estado fungirá de estimulador, financiador, capacitador técnico y aprovisionador en el germen de este tipo de empresas, o bien regulará el papel del trabajador en la empresa privada como agente con responsabilidades de información o decisión. Dichas empresas podrán adoptar distintas modalidades en relación a estructura de autogestión, cogestión o cooperativa.

Por lo tanto en la democracia industrial el Estado -y las administraciones públicas correspondientes- no son las que ejercen de gestoras directas del tejido productivo. No estamos ante un parámetro estatalizador sino ante una acción del Estado como coadyuvador económico-social. No es iniciativa pública, no es iniciativa individual sino que es iniciativa civil-popular, es posesión social-comunitaria. La democracia industrial no es un elemento que quedara incorporado a la praxis del Estado social sino un elemento de debate desarrollado en la teoría crítica del constitucionalismo social¹⁶⁴. Probablemente en esta no incorporación de la democracia industrial pueda radicar una de las causas de la facilidad para la quiebra y el quebranto que se ha podido hacer del Estado Social.

- No obstante -y a pesar de ser la democracia industrial un modelo no estatista o colectivista, e incluso ser un modelo de “iniciativa” y gestión relativamente privada- la posibilidad ha recibido críticas excluyentes desde el neoliberalismo, patentizando como a los nomencladores neoliberales no les motiva tanto el peligro estatista, como drenador de la libertad individual, sino más bien el hecho de que en ellos subyace otro tipo de *tentación totalitaria* en forma de concentración de poder económico del capital monopolista¹⁶⁵.

d) Instrumentos técnicos de intervención y gestión

1. Intervención administrativa del capital.

El recurso a los institutos jurídico-políticos de nacionalización, socialización y expropiación basa su legitimidad en que el interés general y el bien común -la construcción de espacio vital efectivo- está por encima del interés individual y, por lo tanto, por encima de la propiedad privada. Bien entendido

¹⁶³ Alienación es un espacio común en el pensamiento crítico (Marx, Proudhon), aunque también con muchos glosadores en el pensamiento tradicional (vid., M. Alonso Olea, *Alienación, historia de una palabra*, 1974). La agudización del proceso en las sociedades industriales conlleva *cosificación*, por la que seres y relaciones se convierten en objetos intercambiables sin ningún valor diferenciable (vid., G. Luckacs *Ontología del ser social: el trabajo*, 2004).

¹⁶⁴ A partir del siglo XIX, desde partes significadas y diversas de la dogmática jurídica alemana y francesa, así Von Gierke, “personalidades colectivas complejas”, Hariou “soberanía social múltiple”, Duguit “cooperación de servicios públicos” o Gurvitch “derecho autónomo de comunión e integración” (vid., la reflexión conjunta de Gurvitch en *La idea del derecho social*, 1932).

¹⁶⁵ No falta actualmente una intelectualidad orgánica -y una actual clase política hegemónica- a quienes les pueda parecer este elemento de la democracia industrial un desvarío ideológico, a pesar de la teórica militancia de dicha intelectualidad en una supuesta “sociedad abierta” (cfr., Friedman (*Libertad de elegir*, 1980), Norberg (*In Defence of Global Capitalism*, 2001) o Rodríguez Braun (*Estado contra mercado*, 2000). Pues bien, los peligros de la alienación, de la actual estructura laboral, e incluso del capitalismo libérrimo, son reconocidos como un peligro real para la dignidad humana y un básico desarrollo libre de la personalidad incluso por distintas encíclicas (Vid., *Centesimus Annus*, n.º 41, *Redemptor Hominis*, n.º 15, *Sollicitudo Rei Socialis*, n.º 38).

que la lógica y la técnica de dichos instrumentos los aleja de la confiscación pura y simple al estar sometidos a la cláusulas de *interés general*, utilidad pública o bien bajo terminología de signo mayestático tal como *seguridad nacional* o soberanía nacional. Por otro lado, siempre será preferible que el Estado pueda hacerse con sectores de la producción por la vía de la compraventa¹⁶⁶.

Los instrumentos de concesión administrativa deberían reglarse constitucionalmente en su tipología y alcance.

Los instrumentos de contratación pública deberían reglarse constitucionalmente en su tipología y alcance prohibiendo un régimen administrativo más oneroso y de responsabilidades que el establecido para la contratación privada.

2. Hacienda Pública.

Contemplaría un *sistema fiscal progresivo*, es decir de finalidad redistributiva que eliminara paulatinamente niveles de desigualdad económica.

Se constitucionalizaría una tipología impositiva amplia vinculante¹⁶⁷.

Los presupuestos de un Estado intervencionista no tienen porque basarse en la filosofía de deuda creciente y de déficit estructural, salvo en circunstancias muy especiales. Un Estado intervencionista debe ser, por definición y por necesidad, austero y evitar el gasto superfluo.

3. Control administrativo del capital privado.

Mecanismos de intervención administrativa directa contra prácticas nocivas e indeseables del capital, especialmente agravadas en la presente coyuntura, tales como¹⁶⁸:

- quiebras de la competencia, ya sea por la vía de la concentración del capital o por la vía de prácticas colusorias de precios.
- mecánicas especulativas.
- sabotajes financieros a través de movimientos de capital sin control.
- desabastecimiento de productos y elementos económicos con finalidad especulativa o de sabotaje directo a Estado, gobierno o sector productivo concreto.
- espacios de evasión fiscal y capitalización opaca.
- patrimonialización y usurpación funcional de la administración pública, a través de figuras tales como cohecho, tráfico de influencias, información privilegiada.

7) SOCIEDAD PLURAL. RESPETO A LAS MINORÍAS

a) Principio de pluralismo y principio de diferencia.

Un Estado Democrático debe salvaguardar el derecho a la diferencia. La diferencia no es lo contrario a la igualdad. La igualdad alude a criterios de base material y de condición ciudadana. La diferencia hace alusión a criterios relativos a cultura, idiosincrasia y libre desarrollo de la personalidad. La consecuencia más directa del *principio diferencia* será la construcción de un Estado plural. A medida que el Estado no posibilite el derecho a la diferencia individual y grupal nos encontraremos bajo un *Estado de Procusto*¹⁶⁹.

¹⁶⁶ A tenor de las desafortunadas críticas producidas en los últimos procedimientos expropiadores estratégicos 2010-2012 (Argentina, Bolivia, Brasil, Uruguay, Venezuela), pudiera parecer que la expropiación es una figura jurídica de mono lectura "comunizante". Habría que aclarar que la declaración referente máximo del liberalismo -la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1789-, que fue integrada en el primer texto constitucional liberal de Europa, contemplaba ya la expropiación (artículo XVII). De ahí en adelante la expropiación es un lugar común en todos los sistemas jurídicos.

¹⁶⁷ Con especial mención de impuestos distributivos significados, tales como patrimonio, sucesiones, donaciones, renta de capital o lujo.

¹⁶⁸ Tres trabajos sirven para recoger la generación progresiva de la deconstrucción jurídica, económica y social gestada por los espacios y grupos de poder del capital privado, que lleva desencadenándose con mayor agresividad en los últimos veinte años. Los dos primeros plantean los escenarios de *impunidad economicida*, que gesta una perspectiva neoliberal del derecho, y vaticinan teóricamente lo que en la práctica irá ocurriendo, y que es objeto de disección en el tercer trabajo (J. E. Faria, *El derecho en la economía globalizada* (2001); P. Pacheco, "Transformaciones económicas y función de lo político en la fase de la globalización" en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 32, 1995; J. Hernández Viguera, *El casino que nos gobierna* (2012).

¹⁶⁹ Procusto es referencia mitológica a un hijo de Poseidón que invitaba a los viajeros a un supuesto espacio cordial y cómodo. Cuando estos disfrutaban del lecho, los ataba. Si el cuerpo del viajero era más largo, procedía a serrar las partes que sobresalían. Si, por el contrario, su morfología era de menor tamaño, lo esculpía a martillazos hasta acomodarla a las medidas del sistema de su lecho. Con esta fábula se ha querido representar como sistemas y espacios aparentemente acogedores y

Un primer aspecto es el derecho del individuo a ser diferente y a ser respetado como tal. El Estado debe permitir que haya diferencia, que la diferencia no pertenezca al marco de los ilícitos, y mucho menos de los delitos, en el marco de los derechos humanos fundamentales ya mencionados. Este carácter omisivo y tolerante del Estado forma parte de su cara pasiva, en su primer papel de “laissez faire”.

b) La homogeneidad como lastre de la globalización y el papel del Estado como proveedor de diferencia

El pluralismo no se construye simplemente por omisión, por un dejar hacer, por una simple ausencia de normativa punitiva o restrictiva de formas y modos individuales y colectivos. Todo lo contrario. En las actuales sociedades complejas, industriales avanzadas -o ahora en todas las sociedades del mundo vinculadas por los ejes y segmentos de la globalización- las maquinarias de la homogenización dificultan más la creatividad, la construcción de personalidades individuales y la generación de referentes colectivos, hasta adocenar en una dimensión de posibles polaridades¹⁷⁰. La cara activa del Estado plural debe generar posibilidades para que pueda haber opciones a individuos grupos y espacios diferentes. ¿Obligación del Estado? Sí, obligación del Estado esencial en función del argumento ya mencionado del Estado como proveedor de espacio efectivo, y como contrapeso de la omnipresente lógica de mercado sólo capaz de generar espacios e identidades en función de objetivos de rentabilidad económica y de lógica mercantil. Debe haber espacios para desarrollos diferentes de la personalidad individual y colectiva no sustraídos por la lógica de la ganancia y la competitividad economicista (*globalización mercatoria abrasiva*).

c) La importancia del pluralismo político como generador normativo del modelo de sociedad.

Dentro de una clasificación básica de pluralismos cobrará una importancia máxima la cuestión del *pluralismo político*, ya que es a través de organizaciones y partidos políticos que detentan el poder como se conforma el modelo de sociedad. El pluralismo político es la posibilidad de mantener opciones globales diferentes de conformación de la sociedad. Por lo tanto, un sistema de partidos políticos y organizaciones suficientemente pluralista será la primera condición para un Estado plural. El pluralismo político suma y resta, ya que si un elenco suficiente de partidos y de organizaciones políticas no tiene *acceso material y legal suficiente* para poder competir por el poder institucional y si, por el contrario, un grupo de dos o tres partidos hegemónicos sí tienen muchas más posibilidades legales y materiales para competir y detentar ese poder político, significará: a) que las ideologías representadas por dichos partidos lograrán adherir de manera ventajista a la ciudadanía con mayor facilidad, imponiendo su credo y su modelo de sociedad; b) determinados grupos de presión tendrán un mayor fácil acceso oligárquico a la toma de decisiones, en la seguridad de cómo los grupos de presión penetran y condicionan a los aparatos del Estado mediante el testafierro del partido político.

A) Pluralismo político. En torno a un sistema de partidos políticos plural¹⁷¹.

Para valorar este elemento no sólo basta con un registro administrativo de inscripción que legalice a la práctica totalidad de partidos políticos que en ella se inscriban, ya que ello sería una formulación relacionada, simplemente, con libertades individuales casi más administrativas que políticas. Son necesarios elementos constitucionales que faciliten la existencia y capacidad para la *representación*

dadivosos esconden una perversa vocación y oculto interés porque el invitado se acomode inexcusablemente a dichos parámetros. Sobre esta perspectiva es recomendable el tratado de V. Volkoff (*Elogio de la diferencia. El complejo de Procusto*, 1984).

¹⁷⁰ A este respecto resulta de inexcusable referencia H. Marcuse (*El hombre unidimensional*, 1964).

¹⁷¹ Los partidos políticos se consideran actualmente el núcleo del sistema democrático, aunque esta valoración fue contestada desde los orígenes de la teoría de la propia representación y participación política, tal y como lo manifiestan la línea de democracia radical representada por Rousseau, Robespierre o Saint-Just, partidarios de la *representación inmediata*, del *instituto revocatorio* y de la *participación directa* y comunitarista. Finalmente los partidos como organizaciones establecidas se irían consolidando desde mitad del siglo XIX. La perversión en su naturaleza, configuración y objeto fue detectada desde los inicios, de tal manera que el clásico tratado monográfico de Michels -en donde mantenía la tesis de la oligarquización estructural de los partidos (*Los Partidos Políticos*, 1911)- no ha dejado de tener reconocimiento académico generalizado hasta la actualidad (*vid.*, Duverger, Neumann, Etzioni, Lipset). Tesis por la cual el objetivo ideológico de los partidos pasa a novarse y mutarse por el objeto instrumental de las direcciones (oligarquías), por el acceso prebendatario al poder y por su mantenimiento, dentro del marco de un proceso degenerativo de burocratización y de oclusión de la democracia interna.

diferenciada (sensibilidades e intereses), y que obliguen a que la subsiguiente normativa contemple parámetros básicos a este respecto:

a) Pluripartidismo ilimitado. Apertura de todas las posibilidades, sin restricciones, salvo las relacionadas con la organización delincriminal. Una ley que no abra vías a la ilegalización de formaciones políticas al margen de las vías penales correspondientes.

b) Régimen electoral. La técnica proporcional es la única que garantiza el pluralismo. Una técnica mayoritaria expulsa (o acaba expulsando) del sistema a todos los grupos salvo a los dos partidos mayoritarios nacionales o localistas. Un sistema mayoritario posibilita que el voto de un ciudadano multiplique su valor exponencialmente respecto del voto de otro ciudadano hasta multiplicarlo incluso por diez tal como sucede en algunos sistemas. Un sistema de circunscripción uninominal tiene el valor de la cercanía y el control pero sólo será aceptable si en el cómputo total la técnica electoral es capaz de asignar un *valor-representación similar* respecto a todos los votos emitidos. Los sistemas electorales deben habilitar listas tanto no bloqueadas como abiertas. En definitiva, la normativa electoral debe dar garantías de transparencia e igualdad de oportunidades para todos los candidatos¹⁷².

c) Régimen de financiación. El acceso al poder de un partido es la coyuntura más relevante para un Estado Constitucional. Es profundamente distorsionador cuando este acceso al poder se ve muy determinado por los medios económicos de los agentes políticos, ya que es manifiesto y notorio que los medios económicos para la promoción, elaboración y logística de un producto ayudan determinadamente a que dicho producto se compre. De forma casi idéntica sucede eso con una organización política. Mantener una estructura de partido y participar en elecciones tiene un presupuesto muy elevado. Una financiación privada sin límites posibilita que las oportunidades de unos partidos primen de forma determinante sobre las de otros; por lo tanto la primera condición de un sistema de financiación equilibrado es limitar los montos de la financiación privada, sobre todo aquella destinada a los gastos resultantes de una campaña electoral. La segunda condición debe ser la transparencia, en función de la cual las donaciones no podrán ser anónimas.

Por otro lado, la financiación pública debe equilibrar los desajustes en recursos procedentes de la afinidad -ideológica o de intereses- de unos partidos con los donantes de mayores posibilidades. En principio podría ser aceptable que el Estado subvencione en función de resultados electorales concretos; pero no solamente debe hacerlo ahí, puesto que eso genera una cadena de retroalimentación de los partidos más fuertes. También, en segundo lugar, el Estado debe participar en la financiación de aquellos partidos que demuestren una tasa de afiliación suficiente, máxime cuando dichos partidos han hecho, ya, un esfuerzo de aplicación electoral. Se propone un sistema mixto de financiación bajo los *principios de transparencia, límite y afiliación*.

d) Régimen de acceso a medios de comunicación. Es un problema yuxtapuesto al anterior, ya que el distinto acceso a los medios depende de los recursos económicos. El Estado debe garantizar un acceso mínimo imponiendo límites al gasto publicitario, incluso prohibiendo el gasto publicitario de afiche caricaturizado. Los medios de comunicación audiovisuales -por su especial incidencia- deben tener espacios gratuitos suficientes y estar sometidos a severos límites respecto a la posibilidad de gasto publicitario de los partidos e incluso a la regulación de su presencia estricta durante los procesos electorales¹⁷³.

e) Régimen de organización interna de los partidos. Otro aspecto importante, separado de la pluralidad de partidos, pero muy relacionado con el pluralismo de ideologías y sensibilidades políticas organizadas, es el tema de la organización endógena de los partidos. Resulta un tópico constitucional afirmar que la organización debe ser democrática y participativa y, sin embargo, dista mucho de serlo en una sesión continua de costumbre burocrática y oligarquizante, en clave de *ley de hierro*, según

¹⁷² Vid., distintos análisis en este sentido en K. Lenk, F. Neumann (eds.), *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos* (1980).

¹⁷³ Resulta muy significativo como toda la ingente normativa de este último siglo -tanto electoral, como de financiación, como de organización interna- no ha conseguido o no ha tenido la voluntad política de poder limar la estructura oligárquica de los partidos. Tendencia ya muy acusada desde que estos comenzaran a establecerse hegemónicamente dentro del sistema constitucional hace más de un siglo; hasta el punto de cómo R. Michels subtítulo su obra como “*un estudio de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*”.

fuera descrito ya desde principios del pasado siglo. La tendencia a la oligarquización y burocratización es una constante casi consensuada, e incluso aceptada, para la reproducción de las elites y la absorción de las clientelas¹⁷⁴.

Según la clásica ley de hierro, los movimientos de regeneración, renovación y libre tránsito de alternativas dentro de los partidos se hacen muy difíciles. Este factor es especialmente grave porque degrada, aún más, el principio de pluralismo. ¿Por qué? porque si bien sería relativamente soportable una oligarquización interna dentro de formaciones muy cohesionadas ideológicamente, no es admisible la oligarquización y la oclusión de corrientes en los macropartidos que contemplan nuestros actuales sistemas. Los actuales sistemas conformados por macropartidos hegemónicos y exclusivistas monopolizan el juego político y, por lo tanto, las pocas oportunidades de alternancia política y debate ideológico lo daría el hecho de que fueran capaces de recoger *corrientes políticas* y sensibilidades ideológicas plurales.

Actualmente la mecánica electoral de los congresos electivos de los partidos viene adulterada en su conformación por varios elementos entre los que cobra especial protagonismo la abusiva presencia de miembros natos. También el papel de las comisiones disciplinarias, no controladas por vía judicial, es otro elemento añadido de distorsión democrática. Así como el abuso de la representación indirecta y la ausencia de elecciones primarias.

El otro gran agente político-social de un Estado Constitucional es el sindicato. A los sindicatos se le podría aplicar de manera semejante lo anteriormente dicho respecto al sistema de partidos.

B) Pluralismos sociales. La necesaria capacidad del sistema para la articulación de organizaciones comunitarias plurales.

La sociedad es algo más que pluralismo político. Estamos acostumbrados a que se nos obvien otro tipo de posibilidades plurales que serían incluso más importantes que el pluralismo político, sobre todo cuando éste yace incapaz de sostener alternativas. El pluralismo social no descansa en el Estado, sino más bien, al contrario, pretende desvincular al Estado de determinados espacios sociales.

El individuo se pregunta ante todo sobre la forma de dar sentido individual y, subsiguientemente, sentido social y colectivo a su vida. Generalmente es una pregunta sin respuesta porque las sociedades modernas actuales no dan posibilidad de decidir el qué, cómo, dónde y con quién deseamos generar proyectos y vivencias comunes. Es decir, niegan un pluralismo social real. La modernidad sólo está dando una opción en forma de *individuo fragmentado*, una opción utilitaria y bajo una sola dimensión de realización con aparentes posibilidades que no dejan de ser simples derivas funcionales -cuando no consumistas- de la mencionada unidimensionalidad¹⁷⁵.

El individuo libre debería poder decidir cómo y con quién juntarse, debería poder agruparse para proyectar formas de ser y para conformar modelos de convivencia. Cada individuo es un ser diferente que tiene derecho a su configuración individualizada, a tener una perspectiva ideal y propia sobre la existencia, sobre la articulación de su vida cotidiana y, por lo tanto, sobre sus proyectos de vida en común.

El pluralismo social tendrá reflejo y base en la corriente del pluralismo jurídico¹⁷⁶.

El pluralismo social se dirime en tres espacios:

a) La socialización poliforme del individuo como base para la configuración de una sociedad pluralista.

Por la cual el Estado debe poner las condiciones para habilitar en los ciudadanos distintas vocaciones sobre lo esencial y lo accidental. El Estado deberá asumir la obligación de posibilitar y proponer una realización personal diferenciada, estableciendo las condiciones objetivas para ese desarrollo a través

¹⁷⁴ El citado tratado de R. Michels (*Los partidos políticos*); para esta temática, *vid.*, parte 6ª “Tendencias oligárquicas de la organización”.

¹⁷⁵ En este sentido sigue estando vigente el discurso de la Escuela de Frankfurt y más concretamente Marcuse, *vid.*, H. Marcuse, *El hombre unidimensional* (1967), principalmente los capítulos 3 (“La conquista de la conciencia desgraciada”) y 4 (“El cierre del universo del discurso”). También la perversidad de tal escenario es deducido por un discurso tradicional (*Rerum Novarum, Centesimus Annus, Sollicitudo Rei Socialis*).

¹⁷⁶ El pluralismo social es paralelo al pluralismo jurídico. El pluralismo jurídico se genera a finales del siglo XIX en el marco del derecho social, a fin de evitar sistemas jurídicos mono lineales, con el objeto de romper las dinámicas de los Estados liberales y habilitar espacios jurídicos de autorregulación; para una visión omnicompreensiva, la citada y monumental obra de G. Gurvitch (1932), *La idea del Derecho social. Noción y sistema del derecho social* (Comares, 2005).

de una configuración plural equilibrada de las agencias de socialización clásicas (familia, educación, medios de comunicación, estructuras de ocio, ámbito laboral, espacios de encuentro) y estimulando, de forma suficiente, otros espacios socializadores más novedosos.

b) La exigencia del pluralismo social-vital. La generación de espacios sociales autónomos Sería la posibilidad real del ciudadano de mantener formas de vida personales diferentes y formas de vida grupales diferenciadas. Por lo tanto este tema va muy unido a los anteriormente mencionados de democracia industrial y participación directa estructural¹⁷⁷.

Habitualmente en las sociedades actuales -y en mayor medida en las autodenominadas sociedades avanzadas- las fórmulas de vida son muy semejantes, obligatoriamente semejantes, debido a la falta de condiciones objetivas para organizar formas de vida colectiva diferenciada (*colectivismo diferencial*). No es ésta una referencia a la simple tolerancia omisiva por parte del Estado, o a fórmulas de convivencia ritualizadas, sino a auténticas conformaciones organizativas de vida en común.

Organizamos nuestra vida bajo un dogma estructural de asentamiento por el que sólo hay un modelo para vivir y relacionarse. El individuo y la familia nuclear se convierten en rehenes de una *mono-estructura habitacional* generada por las condiciones de la estructura urbanística y por las limitaciones impuestas en políticas públicas de vivienda, en configuración de los servicios públicos -fundamentalmente educación- y en la estructura de la producción. Así se cierra la realidad sociocultural respecto a otros posibles modelos de agrupación social-cultural y realización vital individual y colectiva (*orden social cerrado*).

De todo lo anterior se deduce la obligación del Estado de promover estructuras de convivencia comunes (ámbito habitacional, de servicios esenciales y de ámbito laboral) que puedan albergar hechos diferenciales sociales¹⁷⁸.

c) El pluralismo socio-cultural especial étnico y religioso

Las variantes de estructuras sociales diferenciadas más agudas son las étnicas y las religiosas.

La necesidad de pluralismo social étnico y religioso serán más importantes en aquellos Estados que cobijen sensibilidades históricamente ya instaladas; sobre todo cuando estas hayan sido obligadas a la integración forzada en la estructura de dicho Estado, tal cual sucede con un alto porcentaje de Estados producto de la descolonización hegemónica.

Si bien este último pluralismo étnico-religioso es el más visible, el de mayor problemática establecida, no por ello se debe tolerar la posibilidad de que las sociedades generen otro tipo de proyectos en común no estrictamente individualizados, no estrictamente empresariales o no estrictamente micro societarios. En las actuales sociedades se hace imposible observar modelos organizativos y de convivencia distintos a los generados por la familia nuclear o la empresa. Esta imposibilidad se ha convertido casi en estructural

¿Se debe concluir, por lo tanto, que el ciudadano evolucionado ha optado consciente, y voluntariamente, por renunciar a todo lo que no sea su estructuración individual, núcleo-familiar o empresarial? ¿O más bien las mecánicas del sistema económico han generado una estructura sociocultural mono-organizativa en donde toda posibilidad de proyecto social en común es cercenada por las mecánicas de esta realidad administrativo-productiva? Ante esta realidad de irreductibles carencias para la organización estructural plural, el Estado se ha hecho cómplice de la realidad

¹⁷⁷ La data de su argumentación jurídica es muy antigua, tal y como lo recoge Gurvitch (*La idea del Derecho...*, *op. cit.*), mencionando a la "patristica" jurídica social-comunitaria de Gierke ("asociaciones de colaboración", "personas colectivas complejas" en consonancia con la elaboración-tipo -"comunidad"- de F. Tonnies, *Comunidad y Sociedad*, 1887); así como el "pluralismo jurídico de diversos órdenes equivalentes" de Duguit (en línea con Fouillé o Secrétan). De la misma manera el propio Gurvitch, al que antes veíamos avalando un Estado social fuerte estructurado para la intervención, la gestión y la distribución económica; precisamente por ello dicho Estado debería tener este otro espacio civil social -de comunidades autogestionadas- bien estructurado para la gestión económica y social comunitaria y plural, que ejerciera de contrapoder a la anterior y, las dos conjuntamente, de contrapoder a la sociedad civil-económica puramente capitalista (*La idea del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 53-104).

¹⁷⁸ No se puede dejar de citar el planteamiento originario de Proudhon puesto que es quien plantea el hecho del pluralismo social y jurídico desde una perspectiva federalista. No federalista en el sentido de "autodeterminación nacional" sino en el sentido comunitario del federalismo, mutualista y cooperativo (*vid.*, *Teoría de la Propiedad* (1866); *El principio federativo* (1863)).

administrativo-productiva, ejerciendo de regulador, actor de estímulo, propagandista y agente subvencionador de dicha realidad, adoptando modos referentes de una ideología liberal de Estado. Un Estado Constitucional pluralista debería tener la capacidad para equilibrar las inercias determinantes de la estructura economicista dominante y contribuir a posibilitar modelos de organización y agrupación social diferenciados y no sólo referenciados a estrictas problemáticas étnico-religiosas.

Una perspectiva amplia de pluralismo es imprescindible para ir sumando elementos creativos que puedan llegar a enriquecer el propio pluralismo político que, a su vez, genere la mayor posibilidad de dar alternativas sobre modelos de sociedad diferenciados. El pluralismo socio-cultural podría ser fuente de alimentación y creatividad respecto al pluralismo político, el cual yace sin vitalidad real -anclado en una realidad de inexorables hegemonías- no susceptible de alternativas reales. Hecho patente cuando desde el neoliberalismo fin historicista se plantea como dogma la verdad final, evolutiva, del *homo economicus*; dictado desde la presunta realidad del fin de las ideologías, del fin de las alternativas, del fin del pluralismo real, del fin de la historia¹⁷⁹.

C) Pluralismos nacionales.

El principio de mayoría debe contemplar el principio de diferencia territorial e histórica. El principio de “simple mayoría” aplicado a todo el territorio de un Estado sería radicalmente opuesto a este principio y, por lo tanto, nada democrático al minusvalorar espacios político-culturales con entidad propia que requieren de la articulación de una especificidad institucional particularizada de los hechos diferenciales relevantes. Sobremanera en aquellos pueblos actores y sujetos de procesos de descolonización fallidos.

8) PRINCIPIO DE MAYORÍA EFECTIVO. LA CUESTIÓN DEL PODER CIVIL ORGANIZADO

A) El principio de mayoría como regla central del proceso democrático y conformador del poder institucional.

El principio de mayoría es la consecuencia inmediata de la soberanía popular y subsiguiente producto del instrumento principal habilitado para ello, el sufragio universal. Por lo tanto, la soberanía popular se expresa a través de la opinión de la mayoría, siendo ésta la primera de las bases del Estado constitucional democrático.

El principio de soberanía popular-sufragio universal proclama que todos los hombres son iguales, inexcusablemente de cara la conformación de la voluntad general, y así lo afirma el aforismo esencial del principio democrático: “*un hombre, un voto*”¹⁸⁰. Es la base inexcusable del principio de igualdad. Marco ideal donde cada individuo tiene una capacidad teórica de influencia igual en la conformación de toma de decisiones. Este esquema rompía el modelo teórico oligárquico de Estado liberal. El voto de cada ciudadano cobraba un poder semejante y a través del sufragio universal se conformaban las mayorías gobernantes y, en última instancia, el poder institucional.

¿Sin embargo, cuál es el marco real de influencia de cada individuo? ¿Se rompió con el sufragio universal el marco oligárquico liberal? En absoluto. Los individuos han ido cobrando pesos muy diferentes según su posición de poder material y el “marco de influencia ideal” dista del “marco de influencia real”. Por lo tanto, el principio de mayoría debe contemplar la valoración no sólo del “marco de influencia ideal” sino también del *marco de influencia real*. La posición de poder material viene dada, fundamentalmente, por el factor económico, por la subsiguiente agrupación de intereses individuales económicos en grupos de influencia organizados de la sociedad civil. Ellos configuran lo que se viene a denominar *poder fáctico*.

El principio de mayoría debe cuidar dos aspectos radicalmente diferentes en relación a minorías. En primer lugar la hegemonía real y el imperio del Estado -y de la mayoría por él representada- ante la hipotética actuación de minorías fácticas de poder o grupos de presión. En segundo lugar el respeto a

¹⁷⁹ La cita del libro de F. Fukuyama (*El fin de la Historia y el último hombre*, 1989) es ya un lugar común. Pero no por ello deja de ser significativa su presencia celebrada en los circuitos liberales como culminación de ese proceso histórico inescrutable, que va desde cualquier sistema comunitario a la radical exasperación del *hombre atomizado*, del hombre utilitario, del hombre moderno, del hombre fini-historicista, en suma, a caballo entre un *homo economicus*, un *homo faber* y un *homo ludens*, virtualmente ideales, allí donde lo comunitario y sus valores de conformación han dejado de existir.

¹⁸⁰ El sufragio universal es considerado como el primordial -incontestable- dogma democrático, consagrado en el art. 21 de la *Declaración Universal* de 1948, y con virtualidad teórico-política desde *El Contrato Social* de Rousseau.

los espacios y derechos políticos de los grupos con una legitimidad y código de actuación homologable en lo que vendrían a ser grupos de interés legítimos.

B) El poder fáctico. Los grupos civiles organizados. Los *grupos de presión* y los *grupos de interés* como los “otros” actores políticos organizados, ejercientes de poder fáctico.

a) Definición. El poder fáctico cómo distorsionador o cómo conformador constitucional.

Se distinguen de los partidos en que carecen de voluntad de ejercer el poder institucionalmente. Y, por el contrario, pretenden influir, presionar, sobre los detentadores del poder político para que adopten decisiones que favorezcan los intereses que defienden. En la ciencia política clásica -fundamentalmente anglosajona- se obvia esencialmente la diferencia que puede existir entre grupos de presión y grupos de interés¹⁸¹. Y lo mismo sucede en la lógica teórica e institucional de la actual Unión Europea. Sin embargo dicha diferencia es fundamental para articular una constitucionalización radicalmente diferente de dichos grupos civiles organizados puesto que en el caso de los grupos de presión estaríamos ante un ataque frontal contra el principio de mayoría y, por lo tanto, contra la legalidad democrática y, por el contrario, en el caso de los grupos de interés estaríamos ante la organización y presencia de grupos de la sociedad civil como actores de enriquecimiento plural en el debate público y la toma de decisiones institucional¹⁸².

Ha habido un interés académico-político por evitar la diferencia entre grupos y para incluirlos a todos como actores civiles de un ideal modelo de pluralismo político-social o *neocorporatismo* (“articulación de intereses”) -el ideal concepto de *sociedad civil*- evitando la introducción en el análisis de los grupos de presión con pretensiones de chantaje a los gobiernos y de permanente quebrantamiento del orden constitucional, preferentemente económico-social¹⁸³.

Es reseñable como los poderes fácticos no tienen por qué tener una envergadura notable, sino que su importancia como grupo vendrá marcada por la relación de la envergadura y capacidad con el ámbito en el que operen que podrá ser local, federal, nacional o internacional.

También es reseñable que al hablar de “presión” o de “interés” ha sido errado hacer alusión a grupos uniformes que sólo practiquen la presión o el interés. Es cierto que hay grupos con una total vocación por la presión únicamente o por el interés únicamente, y que utilizan el otro recurso como una simple táctica; pero lo que es habitual es que los grupos trabajen en las dos sintonías, actitudes o comportamientos de interés o de presión.

El grupo o la actitud de “interés” y el grupo o la actitud de “presión” sólo tienen como semejanza la naturaleza de sus objetivos, que puede ser económica (empresarial, laboral), religiosa, mediática, cultural-ideológica, étnica, militar. O bien mezcla de alguna o de todas ellas. Sin embargo difieren en unos sustanciales elementos:

b) Las evidentes diferencias en su relación con la sociedad y el Estado

1. El grupo o la actitud de “interés” ejerce:

- Capacidad muy relativa para la persuasión, presión o chantaje sobre las instituciones y organismos del Estado.
- Amplia representatividad social.
- Acción con publicidad y transparencia.
- Medios económicos relativos.

¹⁸¹ Se cita reiteradamente una definición común y simplificada: “Una organización constituida para la defensa de un interés, que ejerce una presión sobre los poderes públicos para obtener de ellos decisiones conforme a sus intereses” (R. G., Schwartzberg, *Sociologie Politique*, Montchrestein, 1977).

¹⁸² Hay poca tradición clásica que haya establecido una diferencia clara y metodológicamente contundente entre “presión” e “interés”. En este sentido podría citarse a J. Meynaud (*Los grupos presión*, 1962). Para un ejemplo mínimo de disgregación en el marco del Estado constitucional, el clásico K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (cap. XII)

¹⁸³ La corriente dominante -de forma alevosa en la Ciencia Política- pasó a ser la de la hipótesis de legitimación funcionalista de la presión, cobijándose dogmáticamente en las acepciones “grupo” e “interés” como las preconizadas por Apter y Eckstein, desde mediados de siglo (Cfr., H. Eckstein “Group theory and the comparative study of pressure groups” en H. Eckstein y D. Apter, *Comparative politics*, 1963). Y de ahí al presente en el que los manuales de ciencia política más divulgados y recomendados obvian sustancialmente el tema diferencial de los grupos de presión (cfr., M. Sondaro, *Política y Ciencia Política*, 2006).

- Organizados o espontáneos, con relativo aparato técnico administrativo pero poco especializado o no profesionalizado.

2. El grupo o la actitud de “presión” ejerce:

- Capacidad relevante para la persuasión, presión o chantaje sobre las instituciones y organismos del Estado.

- Relativa (generalmente baja) representatividad social.

- Acción con secretismo y conspirativa.

- Medios económicos muy consolidados.

- Organizados siempre, con *aparato tecnocrático*, es decir con sobresaliente capacidad especializada profesionalizada para conocer, prever, optimizar una parte esencial o total de los aspectos relativos a la formación y repercusiones de decisiones políticas y administrativas y a la formación y repercusiones de los acontecimientos sociales, económicos y políticos. Nunca son espontáneos.

c) Los muy diferentes roles en la relación sociedad-Estado

1. La lógica grupal de interés tendría una función reivindicativa, social-creativa y deliberativa. En este sentido se podría decir que su presencia civil sería creativa constitucionalmente respecto a presentar demandas sociales de grupo a los centros orgánico-institucionales para la decisión (función de *articulación de intereses*); ser instancias de socialización política; un cauce de comunicación política entre los grupos sociales y los gobernantes; una cantera de reclutamiento de elites políticas; fuente de información para las instancias decisorias; favorecer el asentimiento-participación; canalizar reivindicaciones, racionalizarlas, ordenarlas.

2. La lógica grupal de presión tendría una función social-ilícita, delictiva o elitista-patrimonialista. Por ello su estrategia pasará por pretender determinar los espacios de los partidos políticos, convirtiéndose estos en cuasi instancias administrativas de dichos grupos (función de *asignación de intereses*); o bien generando una *simbiosis perversa* entre intereses espurios de ambos, creando finalmente democracias elitistas en donde una minoría tiene el control, y una inmensa mayoría es gregaria y permanece desinformada de toda lógica de lo que realmente acontece.

d) La imprescindible institucionalización de los grupos. Reconocimiento y prevención constitucional.

El poder fáctico debería ser punto primordial de una agenda constituyente. No es un tema sólo de “principio de mayoría” sino que permea todo el resto de elementos que aquí se han ido desgranando como hipótesis de trabajo.

1. Constitucionalización. Debería incardinarse constitucionalmente la posibilidad de regular los grupos de presión y de interés.

- Las lógicas y organizaciones para la presión deberían regularse de forma explícitamente constitucional. Distintas formas de presión, amenaza o sabotaje contra-institucional con respecto a intereses económico públicos de los Estados y contra servicios y sectores estratégicos esenciales. Las prácticas de grupo de presión deberían explicitarse como inconstitucionales de una manera que no pudiera inducir a ningún tipo de equívoco. De la misma manera todos los instrumentos normativos habituales en la relación grupos-Administración -como lo puede ser todo el bloque normativo de contratación pública- deberían configurar sus límites y modalidades desde el mismo texto constitucional.

- Los grupos de interés deberían conformarse como los gestores plurales de una sociedad civil plural, activa y deliberante. Como reales agentes pro activos, con vocación de consolidar estructuras de deliberación y tomas de decisiones más estructurales próximas al espacio estructural micropolítico (*vid.*, el elemento “Organicidad Participativa”). Y así poder alimentar progresivamente a la red de participación directa estructural (consejos, asambleas, comisiones) conformada para la toma de decisiones directa en todos los variados espacios institucionales u orgánicos de los distintos entes representativos o administrativos.

2. Extensión legislativa. El texto constitucional debería marcar al derecho administrativo y al derecho penal los campos y bases de la regulación de los grupos. Los grupos de presión deberían estar regulados específicamente por el derecho penal generando suficientes tipos especiales en función de tipos delictivos ya clásicos en el derecho penal económico. La administración pública

tendría la obligación de dotar de transparencia todas las relaciones efectuadas, y así los grupos de interés requerirían de la existencia de una fiscalización permanente en su relación con las administraciones públicas, incluidos registros públicos que anotaran absolutamente negociaciones, debates, e incluso reuniones informativas¹⁸⁴.

e) La presión opaca como un radical *quebrantador constitucional*. Tres puntos de debate.

1. Para hablar de grupo o lógica de presión como tales debemos considerar una capacidad real de coacción, intimidación o chantaje -opaco, alevoso e ilegítimo- respecto a espacios de decisión institucional.

Estos pueden ser desde las más altas instancias gubernamentales al más pequeño de los municipios. El grupo (o lógica) de presión tiene como objetivo mediatizar y viabilizar decisiones políticas fuera del circuito del juego de mayorías. Sus objetivos no pasan por el tamiz de la opinión pública, ya que evidencian un intento de someter la realidad política y el juego institucional a sus únicas decisiones. El grupo de presión funge de *cortocircuito del principio de mayoría* y genera espacios indeterminados de oligarquización del Estado.

¿Conclusión? Un Estado Constitucional es radicalmente incompatible con la existencia de grupos de presión y mucho más incompatible será en cuanto más determinante sea la actuación de estos grupos. El grupo de presión desustancializa el Estado Constitucional.

2. Un Estado democrático no sólo debe perseguir las consecuencias del grupo sino prevenir la conformación posible de estos grupos y de esta lógica. Sobre la desconcentración del poder económico

Se decía como el grupo de presión se conforma, habitualmente, a través de posiciones de alta capacidad económica, de la suma de voluntades con alta acumulación patrimonial y a partir de una influyente actividad financiera. Cuanta más alta sea esta ratio económica más capacidad habrá para conformarse en grupo de presión eficaz. Por lo tanto será función del Estado Constitucional mantener los niveles de equilibrio patrimonial, abordar políticas eficaces de progresividad fiscal y evitar la concentración económica. En definitiva, el Estado Constitucional debe tender a equiparar posiciones individuales de riqueza, de influencia y, por lo tanto, de poder. Esta equiparación del poder y la riqueza individual posibilita la generación de unas mayorías políticas menos frágiles, menos sometidas a coordenadas económicas de presión. Disminuye la posibilidad de acción de grupos de presión con capacidad de influencia y chantaje sobre el Estado. Los grupos de presión suponen una perversión del principio de mayoría, que será aceptada por aquellos Estados de baja vocación constitucional.

3. La legitimidad de la lógica y grupo de interés.

Apelan a las posibilidades legítimas de un Estado plural, intentando hacer valer sus inquietudes y sus objetivos de manera organizada, transparente y pública. Los grupos de interés intentan influir sobre las instituciones y los poderes públicos sin recurrir al chantaje finalista opaco o al sabotaje económico o administrativo. Se podría decir que una de sus características sería la incapacidad esencial para poder recurrir a dichos instrumentos de presión sobre el Estado. La acción de los grupos de interés ordena las relaciones sociales a través de una previa fragmentación del poder entre los distintos espacios de la sociedad desde los que aplicar la interacción con el Estado. Ahí si que se podría hablar de *articulación de intereses* e incluso de *neocorporatismo* real.

9) ADMINISTRACIÓN TRANSPARENTE Y RÉGIMEN DE OPINIÓN PÚBLICA

El Estado Constitucional debe ser un Estado transparente donde la información debe fluir de forma altamente holgada. El ciudadano, al ser el centro del universo democrático, debe ser una especie de crisol transformador de la información donde ésta entre, salga y se convierta en opinión e ideas. Partiendo de este objetivo el Estado Constitucional debe contemplar dos ámbitos:

A) Administración transparente.

¹⁸⁴ En este sentido la intervención general del Estado debería ampliar sus funciones teniendo a su vez funciones registrales e informativas por las que se estuviera en obligación de levantar acta y fiscalizar cualesquiera reunión celebrada entre administraciones y grupos.

1. La *autodeterminación informativa* es aquel principio por el que la Administración no conocerá datos sobre la intimidad, la ideología o las creencias de los ciudadanos. Es recogido por numerosos textos constitucionales pero, sin embargo, la realidad juega a la contra. La informatización administrativa, la sofisticación de los llamados espacios de inteligencia y, últimamente, la influencia predominante de las llamadas “políticas de seguridad” ponen en manos del Poder el acceso a la vida económica y personal de cada ciudadano. Como contrapartida, dista mucho de existir el mismo “control” e “información” del ciudadano sobre todos los movimientos de la Administración y del Estado. Más bien al contrario: apenas existe una capacidad de control mínima sobre dichos movimientos y procesos¹⁸⁵.

La democracia radical exigiría una extensión del derecho de *habeas data* de tipo cualitativo y cuantitativo. Las administraciones públicas no podrían manejar datos personales de los ciudadanos sino con límites prefijados y protocolos rigurosos. Protocolos que debería prefigurarse en un amplio capítulo dedicado a Administración pública (sistema de *habeas data*).

2. La Administración está al servicio del ciudadano y, por lo tanto, el ciudadano debe tener *acceso a toda la información* que esta tenga y que no comprometa el derecho básico a la intimidad o los mínimos de la seguridad del Estado. Actualmente la Administración es cada vez más una especie de dios omnisciente, invisible, que casi todo lo puede llegar a conocer, mientras el ciudadano medio es más incapaz de conocer y aprehender las mecánicas más básicas de funcionamiento ya que la complejidad técnico-administrativa (técnico-jurídica/técnico-económica) aumenta exponencialmente. Como principio las administraciones públicas deberían estar en la obligación de proporcionar al ciudadano cualquier información que este solicitare con los mencionados límites de intimidad de las personas y de seguridad nacional; condiciones estas que deberán venir prefijadas en sus límites puesto que su indeterminación anula la garantía y el sistema de transparencia. Cada instancia orgánica debería mantener una unidad de información con la sola misión de atender las peticiones ciudadanas. Por el contrario, la realidad nos muestra un escenario de *opacidad resistente* que, a principios del siglo XXI y en plena exacerbación telemática, resulta obscuro y radicalmente antidemocrático¹⁸⁶. A ello se hace referencia en el siguiente epígrafe.

B) Régimen de Opinión Pública. Los términos *res-pública*, público, pueblo y publicidad asumen una sinonimia directa y contundente. La necesaria *Constitución informativa*.

Se decía anteriormente como participación política directa no ha habido nunca; como tampoco existió un ciudadano deliberativo que pudiera conectar básicamente con la democracia representativa y llegara a entender las bases simples del proceso político que esta generaba. Es más, conforme la sociedad se iba a haciendo más compleja el hombre ordinario no sólo no sabía que ocurría (sentido omisivo) sino que podía creer que sabía lo que ocurría falsamente, atrapado por ideas prefabricadas y simples, a modo de banalizaciones, e incluso de falsificaciones, bajo forma de *estereotipos*¹⁸⁷. De este planteamiento teórico suelen estar convencidos las grandes empresas de la comunicación que compiten por hacerse con mayor influencia político-económica, a la vez que consensúan entre todos ellos el mencionado *manufacture of consent* como forma de control social del resto de la población.

a) La deliberación como requisito.

¹⁸⁵ De mucha mayor gravedad desde la imposición del recorte de libertades, y la necesaria mayor opacidad y ultra actividad de las administraciones públicas, con el pretexto de la matriz de opinión “guerra contra el terrorismo”, *vid.*, S. Herman, *Taking Liberties. The War on Terror and the Erosion of American Democracy* (2011).

¹⁸⁶ Para una referencia al respecto, *vid.*, A. Florini, (ed.), *The Right to Know: Transparency for an Open World* (2007). Muy significativo el análisis de L. Lessig, L. (2009), *Against transparency, The New Republic* (<http://www.tnr.com/article/books-and-arts/against-transparency>).

¹⁸⁷ Un elitista como J. Lippman (un escéptico de la democracia) acuñaría el concepto de *estereotipo*, por el que no existen sino verdades parciales que llevan la carga de la falsedad bajo simulacros de datos aislados. De ahí deducía la idea de una realidad imposible *-perfección informativa-* que no puede existir por la subjetivación de los propios medios de comunicación y la incapacidad del ciudadano ordinario; lo que llevaría a la imposibilidad de una verdadera opinión pública libre. Abogaría por el *elitismo publicista* por el que sólo es posible que unas pocas personas alcancen la realidad y verdad sobre el hecho social y, por lo tanto, sea esa sólo la única forma de autogobernarse (*Opinión Pública*, 1922). Subsiguientemente acuñaría el concepto de consenso fabricado (*Manufacture of Consent*), como resultado de la suma de estereotipos que acaban conformando una opinión pública dócil y conforme respecto al discurso dominante, facturado por una suma de tecnócratas.

Tanto la participación política como la representación requieren deliberación. No puede haber democracia constitucional sin que todos los sectores civil-populares intercambien puntos de vista y argumentos, no puede haber representación posible sin que el ciudadano pueda entender y debatir. Muchos menos puede haber *participación directa virtuosa* (no viciada) sin capacidad deliberativa.

Pero la deliberación no se consume en un simple acto “de” o “para” decir cosas sino que debe resultar del producto de un juicio formado con base en un instrumental previo (*prius* de sistema): a) formación compleja; b) información plural, no condicionada y equidistante; c) elementos procuradores de ocio socialmente creativo; d) sistema de comunicación e interacción básico. La democracia deliberativa será siempre la condición *sine qua non* de la representación y un imperativo de la democracia participativa¹⁸⁸.

Sin la conformación de ciudadanos deliberativos y de espacios y canales de deliberación, la democracia representativa se torna un agujero negro institucional que, a través de un cordón umbilical filtrado por una técnica electoral depuradora, transmite las lógicas opacas de los partidos dominantes. De esta manera sólo los grupos de presión con capacidad de disuasión, e incluso de chantaje técnico-económico, tendrán acceso a las mecánicas institucionales de poder.

Por ese motivo, la única forma de mantener Estados constitucionales básicos, incluso la única forma de poder llamar realmente *Estado* al conjunto de entes administrativos, es dotar a dichos entes administrativos -y al general funcionamiento de la sociedad civil- de una estructura participativo-deliberativa integral. Una estructura participativa que, evidentemente, no se improvisa sino que se va construyendo progresivamente mediante una paralela pedagogía educativa y cultural por parte del Estado.

Hemos contrapuesto, desde el comienzo, democracia deliberativa a democracia elitista. La deliberación, la discusión, la confrontación es el hecho central de toda democracia. Es lo que se subsume en el concepto opinión pública, por el que una sociedad debe tener capacidad para formular espacios de criterio diferentes. Pero la deliberación, la confrontación -la opinión pública- necesita de elementos para alimentarse. Sin insumos -sin información- no hay confrontación posible o, lo que sería más pernicioso, simplemente existe una confrontación: a) sólo entre aquellos individuos o grupos que sí tienen elementos para ella; b) entre aquellos individuos o grupos que sí tienen elementos para ella y los que los tienen en menor medida o, simplemente, no los tienen. Dicha confrontación está viciada y de resultas conforma una *opinión pública viciada*¹⁸⁹.

b) La formación como asunción de códigos de comprensión.

Habitualmente se habla de opinión pública como un receptor de información, y se olvida que la información es un material bruto que necesita de procesamiento (*decodificación*). Sin capacidad de procesamiento la información se convierte: 1) en un glosario incomprensible para el que intenta acceder a él, una serie de términos y de articulaciones gramaticales sin sentido, letras y palabras de un lenguaje extraño; 2) una serie de lugares comunes interesados, tópicos parcializados o estereotipos legitimadores de fácil consumo, distribuidos por los agentes mediáticos con mayor capacidad económico-política de divulgación.

El procesamiento sólo se obtiene bajo los elementos proporcionados por la *formación suficiente*. Formación como resultado de la educación y como resultado de la cultura (derechos civiles y sociales). Formación como instrumento imprescindible para el ejercicio de múltiples derechos, y entre todos ellos para el ejercicio individual respecto a la capacidad de decisión y participación política. Un

¹⁸⁸ Y no hace falta recurrir al formal introductor del término “deliberativo”, Bessette, sino que ya es idea presente en Rousseau (*El Emilio*, 1762) -o un siglo y medio después en autores como Dewey (*Democracia y Educación*, 1916)- en cómo era preceptiva la educación de base, los círculos ciudadanos de discusión y las comunidades de decisión para conjuntamente llegar a una estructura suficientemente capaz y estructurada (*great community*), de cara a articular mecanismos de decisión próximos.

¹⁸⁹ Tanto la democracia deliberativa como la conformación viciada de la opinión pública por parte de un Estado liberal y una posición dominante del capital respecto a las oportunidades de conformación de la voluntad individual tiene referencia antigua en Habermas (*Historia y crítica de la opinión pública*, 1962); así como la constatación de cómo han estado ausentes precondiciones imprescindibles en las dinámicas socio-culturales de lenguaje en nuestras sociedades modernas que impiden cualquier estructura de *acción comunicativa* (*Vid., Teoría de la Acción comunicativa*, 1981). El problema de la comunicación no lo comienza a tratar Habermas, ya se ha mencionado como está presente el *El Emilio* de Rousseau. Pues bien, con tan larga data de modelación teórica no ha existido, nunca, un ejercicio de praxis y técnica constituyente por generar un sistema constitucional deliberativo-comunicativo (*Constitución informativa*) o una mayor profundidad y garantismo en el combinado ius-fundamental expresión-comunicación.

Estado tiene dos obligaciones -educación y cultura- y no sólo debe alfabetizar o ilustrar para un existir individual funcional en una cadena productiva.

La formación no versará simplemente sobre la escolarización funcional más o menos gratuita o más o menos subvencionada sino en el perfil del *pensum* concreto sobre el que se forma el ciudadano. El individuo debe tener suficiente formación humanística, técnica y, específicamente, político-constitucional para poder aprehender lo que sucede en la vida pública (*esfera pública*) y participar conscientemente en la que es extensión de dicha vida pública: la vida política¹⁹⁰.

c) La información como material generativo del juicio público.

1. Información pública (o la materialización del principio de transparencia, responsabilidad y rendición de cuentas)

Es imprescindible para la auto formulación del juicio político el ejercicio de una función de “publicidad” por parte de los poderes públicos. Rescatando al concepto de publicidad de su actual significado; significado que está secuestrado por los usos informativos de manipulación y seducción del marketing económico. Un Estado Constitucional debe dotar a la publicidad de su primigenio significado -*calidad o estado de público*- y que los distintos ámbitos del Estado (legislativo y ejecutivo nacional, autonómico y local) adquieran el compromiso permanente de abordar una tarea de información y didáctica sobre todas las políticas públicas en desarrollo.

Para el desarrollo de esta tarea el Estado debe contar con recursos mediáticos suficientes, desde los audiovisuales a los escritos. Esto significa que el Estado debe contar con entes audiovisuales que tengan como misión exclusiva el servicio público, con una obligación central y exhaustiva de formación e información. Este servicio debe contemplar una serie de frentes mínimos.

El primero sería proporcionar información plana de los trabajos y debates del poder legislativo en sus diferentes ámbitos institucionales y territoriales.

El segundo consistiría en promocionar debates periódicos entre fuerzas políticas y sociales, abarcando un pluralismo suficiente.

El tercero ser un expositor de las políticas públicas desarrolladas por las diferentes instancias de gobierno y su consiguiente debate con la oposición y las organizaciones de la sociedad civil-popular. En la acepción “diferentes instancias de gobierno” entran desde el gobierno central a lo gobiernos municipales, incluyendo los espacios de gobierno europeos. Bien entendido que gobierno son también las distintas instancias orgánicas o públicas de relevancia social, entre las que se incluirían de forma preeminente las empresas públicas o aquellos espacios económicos con presencia de gestión pública.

El cuarto habilitar programas formativos, de base documental, con periodicidad diaria.

2. Información privada (o la materialización de los principios de pluralismo e igualdad).

En los derechos fundamentales observábase como existe el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de comunicación, a la creación de transmisores de información. No obstante, el derecho a la *democratización de los medios* es un tópico todavía pendiente de su toma en consideración más básica.

a. Faceta activa.

Son dominantes las lecturas restrictivas liberales que describen este derecho como un *derecho activo “liberado”*, y que tendrían las dos siguientes evidentes consecuencias:

- derecho para poder crear medios de comunicación privados sometidos a la mera capacidad económica de los grupos que los puedan crear. Este derecho queda al arbitrio de la simple capacidad económica de aquellas empresas con suficiente capacidad de inversión. Aún hay un ingrediente que puede ser más pernicioso, ya que a la capacidad económica se sumaría un siguiente elemento

- derecho discrecional del gobierno correspondiente para autorizar la concesión administrativa de medios audiovisuales.

El resultado de las dos anteriores premisas es que sólo aquellos grupos económicos que cuenten con suficiente fuerza financiera y capacidad de influencia política podrán conformar medios de comunicación. Un simple análisis del registro de la propiedad mercantil demuestra como los medios están -directa o indirectamente- en manos de los poderes económicos más relevantes y con altos niveles de concentración (*comunicación patrimonializada*). En los casos más patológicos los grupos

¹⁹⁰ A este respecto *vid.*, “La publicidad política en el proceso transformación del Estado liberal de derecho en Estado social” (*Historia y crítica de la opinión pública*, capítulo 23).

mediáticos están interpenetrados por los principales bancos y las principales multinacionales. Como empresas su lógica responderá a:

- intereses (esenciales) de mercado y de beneficio,
- intereses (instrumentales) políticos o económicos más allá de los beneficios empresariales simples.

Por lo tanto, en todas las estructuras constitucionales y jurídicas de lo que ha sido la *esfera pública bourgeois*, durante los dos siglos pasados de constitucionalismo connivente, no hay equilibrio en los motores de fabricación de la información. La generación de información queda en manos de empresas y agentes económicos con mayor capacidad financiera.

En consecuencia, un sentido de mínimo equilibrio debería obligar a un Estado Constitucional a posibilitar la factura de información a través de conglomerados mediáticos plurales, estableciendo límites muy rigurosos a la participación accionarial. Aparte del tema de la propiedad queda el tema del *principio de usufructo plural*, y por el cual los grupos sociales y políticos significativos deberán tener acceso periódico a los medios privados. El obligatorio acceso a los medios por parte de grupos políticos y sociales plurales debería estar reglado no sólo para tiempos electorales sino de forma permanente.

b. Faceta pasiva.

Además de la faceta activa sobre el derecho a la comunicación, también hay una faceta pasiva de la libertad de comunicación, y que recoge sólo alguno de los textos constitucionales clásicos. Esta faceta pasiva habla del derecho a recibir información veraz y equilibrada (*recepción plural*). Es una actitud de prevención ante la evidencia de que la propiedad oligopólica de los medios tiene muchas posibilidades de cercenar el pluralismo informativo.

3. La *Constitución informativa* y la objetivación de los medios como reivindicación y salvaguarda de los derechos subjetivos de expresión, opinión y comunicación.

La constitucionalización de un *sistema audiovisual* es tarea ineludible de un proceso constituyente en sus dos espacios:

a. Espacio público:

- Estructura de medios públicos. Concretando esferas de actuación, participaciones institucionales.
- Gestión de medios públicos. Incorporando la cogestión entre el sector institucional, laboral y social
- Programación de medios. Apelación a campos temáticos prioritarios, referenciándose en el concepto de interés social.

b. Espacio privado:

- Capital diversificado y fragmentado. Establecimiento de participaciones de capital privado mancomunado de muy bajo porcentaje para empresas de comunicación. Porcentaje que disminuiría si las empresas de comunicación pertenecieran a las categorías más altas en presupuesto y facturación.
- Incompatibilidad económica. Los capitales privados o colectivos insertos en determinados sectores económicos o financieros no podrían participar del capital de empresas mediáticas; fundamentalmente en el caso del sector financiero.
- Incompatibilidad nacional. Los capitales privados o colectivos foráneos estarían sometidos a restricciones especiales.
- Comunicación social. El Estado apoyará mancomunadamente a aquellos sectores sociales de suficiente relevancia social y productiva
- Autogestión profesional. Los medios estarán sometidos a un criterio de cogestión en objetivos, métodos y técnicas, con participación activa y vinculante de todos sus trabajadores.
- Acceso de sectores sociales relevantes. Los sectores sociales relevantes tendrán acceso permanente y proporcional a los medios de comunicación.

c. Espacio de control.

Existe la necesidad de un organismo de control autónomo de toda la compleja estructura de un sistema de medios plural y democrático como primera línea de garantía, independientemente de la salvaguarda de la constitucionalidad efectuada por el espacio jurisdiccional correspondiente. Un Consejo audiovisual, de compleja composición y competencias, que sería órgano conformado por actores civiles y políticos que velarán en primera instancia por el cumplimiento de un sistema de información plural y por la generación de una esfera pública democráticamente activa; con base a

todas las anteriores premisas de este punto. Órgano común tanto para el espacio privado como para el espacio público.

Todos los anteriores temas son de ineludible tratamiento prioritario en un debate constituyente, con le objetivo de acercarse a lo que se teorizó interesadamente (Lipmann) como utopía imposible -la *perfección informativa*- y su previa perfección formativa. Introducir los mecanismos para evitar la actual democráticamente insoportable *subjetivación de los medios*, negando la tesis elitista multiseccular de una *incapacidad patológica del ciudadano* ordinario para su incorporación a la deliberación y a la decisión activa. Una opinión pública real como condición primera de una democracia radical.

10) CULTURA DE LA PAZ. ARTICULACIÓN IUSHUMANISTA DE LA LEGALIDAD INTERNACIONAL

Hay que partir del presupuesto por el cual la sociedad internacional no es una sociedad democrática, sino que más bien tiene un grave déficit democrático, estando su órgano más ejecutivo -Consejo de Seguridad- sometido a la hegemonía de las principales potencias. De la misma forma la legalidad internacional -el Derecho internacional- es un derecho precario sin bases sólidas que lo puedan hacer eficaz.

Ante esta realidad surge la pregunta de si un Estado Constitucional debe militar, como uno de sus elementos, en la obediencia de esta legalidad con su lastre de déficit democrático y de hegemonías. La respuesta debe ser sí, en función de que los débiles mimbres institucionales y normativos del Derecho internacional son las bases mínimas para evitar un estado de naturaleza en donde potencias estatales y poderes fácticos podrían actuar aún con mayor impunidad de la que ahora desarrollan. Y, sobre todo, porque el Derecho internacional se ha dotado de un sistema de derechos humanos que puede ser muy útil como base política y, sobre todo, como base normativa, en la configuración de esos mismos derechos como derechos fundamentales en los propios Estados.

En definitiva una posición pro-activa respecto al estado de legalidad internacional se debe potenciar cuando se trate de seguir los pronunciamientos institucionales y las realidades normativas que profundicen en la ejecución de derechos humanos y en la salvaguarda de la paz. Por otro lado, una militancia en el radicalismo democrático deberá llevar a un Estado a enfrentarse respecto a decisiones de Estados y de organismos internacionales que fueran en menoscabo de los propios pronunciamientos y normas sobre derechos humanos que acoge la propia legalidad internacional.

La actitud de un Estado Constitucional basado en una democracia radical debe estar marcada por dos posiciones:

a) Acatamiento y democratización de la legalidad internacional. Defensa de un bloque integral del sistema de derechos humanos.

1. Democratización orgánica y judicialización.

Apoyando el cumplimiento de las resoluciones ius-humanistas de sus organismos, organizaciones y programas que mantienen una configuración y papel de impulso elemental al sistema general de derechos humanos¹⁹¹. Por el contrario estableciendo posiciones relativistas respecto a las decisiones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, al ser estas básicamente antidemocráticas.

La eficacia del Derecho Internacional sólo será posible con el apoyo a su democratización y judicialización. En este sentido se hace importante apoyar las decisiones de los órganos judiciales creados consensuadamente por el propio Derecho Internacional. Resulta paradójico -y significativo- como en este sentido alguno de los más antiguos Estados de configuración formal constitucional se niegan a reconocer la jurisdicción de sus dos principales instancias judiciales -Tribunal Internacional de Justicia y Corte Penal Internacional- en base a como sus intereses quedarían esencialmente perjudicados, en claro reconocimiento de que un sistema internacional eficaz iría a la contra de sus

¹⁹¹ En este sentido organismos tales como FAO, UNESCO o programas como PNUD y órganos semejantes a todos los comités de monitoreo de derechos humanos, como los ya mencionados anteriormente Comités de los Pactos Internacionales de DD. HH.

intereses hegemónicos como Estados, salvaguardados sobre unas correspondientes estrategias y prácticas ilícitas e, incluso, criminales¹⁹².

2. Promoción de un sistema integral de derechos humanos.

Asumir con la mayor profundidad todos los compromisos firmados -hay centenares de declaraciones y convenios- en cuanto al crecimiento cualitativo y cuantitativo de los derechos humanos; estableciendo las alianzas estratégicas necesarias en este sentido. Es importante señalar como muchos derechos humanos han tenido su primera plasmación normativa en textos internacionales. Ello es mucho más visible en lo relacionado con los derechos colectivos, tanto a la paz como al desarrollo. El esfuerzo iría encaminado en trabajar por estimular una lectura de los derechos humanos como bloque y como sistema integral, indivisible y conexo.

3. Especial relevancia de los derechos colectivos y del derecho a la paz como derechos-síntesis¹⁹³.

Los derechos colectivos han sido derechos gestados y normados en el ámbito jurídico internacional. Uno de los principales objetivos de los derechos colectivos será ejercer de *derechos-síntesis*. Ser instrumentos imprescindibles para que los derechos individuales de las tres generaciones anteriores no queden sin la *estructura suficiente* para su desempeño¹⁹⁴.

Los derechos colectivos son una *proyección-yuxtaposición* de derechos individuales. De esa manera el derecho a la paz no sería sino la dimensión internacional colectiva del derecho a la vida y del derecho a la integridad física y, por extensión, de todo el contenido genérico del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes¹⁹⁵.

Contemplar los derechos colectivos como derechos-síntesis y contemplar los derechos humanos y fundamentales como una estructura indivisible y conexas posibilita el poder llegar al concepto de *violencia estructural*. Con ello llegaríamos a una acepción aun más completa de paz, alejada ya de escenarios estrictamente bélicos: la paz como la ausencia de violencia estructural. Es decir la ausencia de agentes, colectivos o condiciones objetivas políticas, culturales o económicas que lleguen a hacer que el sujeto se vea sometido a situaciones de dolor físico y psicológico insostenibles, no procedentes exclusivamente de la violencia bélica. Con violencia estructural no podemos hablar de una sociedad en paz, situación respecto a la cual el Estado debería asumir sus responsabilidades¹⁹⁶.

4. Especial apoyo a organizaciones de derechos humanos y estructura estatutaria sobresaliente respecto a refugio político

De los anteriores apretados se deduce como el Estado basa su política internacional en la salvaguarda integral de los derechos humanos. De ahí se debe colegir como su actitud no sólo debe ser en cómo defender posiciones normativas y decisorias procedentes de los organismos internacionales, sino con actitudes pro-activas de apoyo y defensa colectiva e individual respecto a organizaciones y personas perseguidas por motivo de su defensa de un sistema integral de derechos humanos. Con mayor motivo a personas de protagonismo y relevancia especial. Es ahí donde entrará la primacía presupuestaria de un sistema de refugio y amparo político de personas y organizaciones.

b) Constitucionalización del *ius ante bellum*: sobre la previsión y control de los conflictos armados.

Al principio de decía que no puede haber acontecimiento tan siniestro y asolador de la práctica totalidad de derechos fundamentales que la guerra. Sin embargo, los textos constitucionales apenas

¹⁹² Países como Estados Unidos o Israel no han firmado, o han denunciado posteriormente, múltiples tratados internacionales enunciativos o garantistas respecto a derechos humanos, comenzando por el que da vigencia a la propia Corte Penal Internacional.

¹⁹³ Para todo lo relativo a derechos colectivos, focalizando en el derecho a la paz *vid.*, F. Palacios, "Globalización discurso belicista y estado de excepción universal sobre la necesaria institucionalización del derecho a la Paz", en *Revista de Paz y Conflictos*, nº 1, Instituto de paz y conflictos, Universidad de Granada, 2008 (<http://www.ugr.es/~revpaz/articulos>).

¹⁹⁴ Expresión acuñada por Vasak a quien también se debe la calificación de los derechos de cuarta generación como "derechos de la solidaridad". Una síntesis de su aportación aplicado al derecho a la paz en K. Vasak, "El derecho humano a la paz" en *Tiempo de Paz*, nº 48, Madrid, 1998. La mencionada característica del *derecho-síntesis* tiene su origen en R. J. Dupuy -pionero del derecho a la paz y al desarrollo- cuando afirmaba la existencia de una trilogía dialéctica esencial que consistía en: a) la paz sin la cual el desarrollo es imposible; b) el desarrollo sin el cual los derechos humanos son ilusorios; c) los Derechos Humanos, sin los cuales la Paz no es más que violencia" (*Dialectiques du droit international: souveraineté des États, communauté internationale et droits de l'humanité*, 1999).

¹⁹⁵ En este sentido la clásica posición de A. Nastase ("Le droit a la paix" en *Droit International*, t. II, Uesco, Paris, 1991).

¹⁹⁶ El concepto de *violencia estructural* es el núcleo conceptual que intenta impedir el poder denominar "pacíficos" o "pacificados" a escenarios que simplemente no están sometidos a violencia bélica y que, sin embargo, permanecen en una compulsión permanente de su vida política, económica o cultural (*vid.*, el clásico de J. Galtung, "Structural and direct violence", *Essays in Peace Research*, vol. I, Copenhagen, 1975).

mencionan la guerra. Hay una aconstitucionalidad de la guerra y, por lo tanto, un quebranto grave al derecho a la paz. Los textos constitucionales europeos son radicalmente tímidos en la regulación de los conflictos armados. Así tenemos textos tan restrictivos y omisivos como el de España o el de Francia¹⁹⁷.

La regulación constitucional de la guerra en la mayor parte de los textos es subrepticia, vergonzante y lo que viene a ser más negativo: esquiva. Hay insuficiencia e inconsistencia radical en los distintos tratamientos constitucionales¹⁹⁸.

1. Marco dogmático. La regulación constitucional debería contemplar los siguientes contenidos:

- Abordar la muy diferente tipología del conflicto estableciendo definiciones y clasificaciones de cuando menos cinco de las acepciones usadas en la disputa teórica, en el ámbito político y en los foros institucionales: guerra de agresión, conflicto anticipatorio, conflicto preventivo, intervención logística, intervención humanitaria.

- Definir los posibles marcos del conflicto: bilateral, multilateral, interestatal o con o sin intervención de organizaciones internacionales. La relación de los Estados con las distintas organizaciones internacionales debería quedar planteada con la mayor concreción posible para los casos de conflicto.

- Especular con una variada posibilidad de cláusulas con base a los dos apartados anteriores que entre otras posibles, podrían abarcar una orquilla que tocara la legítima defensa, la agresión inminente y el marco de paz.

- Reflejar los diferentes condicionamientos/condiciones políticas, e incluso ideológicas, bajo las que entrar en un conflicto. ¿Difícil? Probablemente, pero la realidad obliga a ello ya que por la coartada de la *evaluación ideológica* las grandes potencias están activando conflictos a los que son instados a participar otros Estados menores -por gregarismo geopolítico- como ha ocurrido en las últimas guerras del Golfo. El último conflicto de Irak ha puesto de manifiesto como mayoritarias fuerzas políticas de distintos tipos de Estados -entre los que se encuentran principales potencias geoestratégicas y militares, tales como Estados Unidos, Inglaterra o Francia- avalan intervenciones evaluando la textura política e ideológica de los regímenes y actores implicados, en un flagrante ejercicio de *intervención ideológica*. Intervención ideológica que debería estar muy bien delimitada desde criterios adoptados por la comunidad internacional para evitar la imposición política de las potencias hegemónicas. Esto último no va a ser posible y, por lo tanto, sólo queda el recurso a su clarificación constitucional como única fórmula de contrarrestar la mencionada utilización hegemónica.

- Hay dos elementos que no pasan directamente por el conflicto armado: las actividades conspirativas respecto a otros Estados y la producción y tráfico de armamento. Respecto a las actividades conspirativas cuando menos habría que establecer las cláusulas mínimas -tal como se describen en el texto alemán- de las que se derivaran responsabilidades penales directas. La producción y comercialización de armamento debería ser objeto de mención especial que evitara su tráfico en una serie de circunstancias regladas que vinieran a reforzar la normativa internacional al respecto vinculada a vulneración de derechos humanos.

2. Marco orgánico. Tan importante como lo anterior es el establecimiento constitucional de su viabilidad, de los marcos institucionales de decisión:

El marco constitucional y normativo actual supone una contundente desinstitucionalización del conflicto. Como ya se ha dicho la toma de decisiones militares en todos los últimos conflictos sólo ha contemplado su estudio y aprobación en Consejo de Ministros y excepcionalmente una toma en consideración por la asamblea legislativa. En España ningún otro órgano constitucional ha tomado parte en la decisión de que España entre en conflicto. Los diferentes modelos constitucionales están instalados en una *ejecución sumaria del conflicto*. Una estructura orgánica realmente democrática y garantista para la toma de decisiones debería ser mucho más compleja de lo que lo es ahora. En la actual regulación constitucional nunca se declaran institucionalmente guerras que, sin embargo, se ejecutan. El problema es que la guerra o los conflictos no se declaran pero se hacen, y se hacen bajo el

¹⁹⁷ Otros como los de Noruega, Italia o Portugal hacen alusiones, cuando menos, a la necesidad de que el conflicto autorizado sólo pueda ser defensivo. Sólo el texto de Alemania responde a una regulación más extensa.

¹⁹⁸ El caso español es buen ejemplo. La guerra viene mencionada en el retórico Título de la Corona (art. 63, referente a las funciones internacionales del rey); allí se dice que el rey declarará la guerra y hará la paz previa autorización de las Cortes Generales. La guerra fue desterrada del vocabulario jurídico desde la Carta de las Naciones Unidas. Bien es cierto que terminaría siendo un destierro eufemístico ya que se han estado utilizando otros términos que venían a contemplar el mismo fenómeno como *conflicto* o *uso de la fuerza*.

dictado unilateral de un gobierno coyuntural. Los nuevos mecanismos institucionales deberían contemplar toda la serie de posibilidades anteriormente mencionada y, en función de la muy diversa tipología del conflicto, tomar decisiones con distintos tipos de recorrido institucional y mayoría parlamentaria. En una parte importante de tipologías bélicas el juego institucional debería finalizar con un referéndum vinculante. Este *juego institucional* debería estar articulado en función de los lapsos y de la tipología del conflicto:

- En primer lugar, la urgencia de una intervención disminuiría la obligación de su consideración por parte de la mayoría de órganos e instituciones. La intervención urgente podría requerir, en un principio, la intervención del Gobierno, de la Comisión parlamentaria correspondiente o de Junta de Portavoces. Posteriormente se establecería un mecanismo de control más completo.
- En situaciones en donde la intervención no fuera de necesidad inminente se debería establecer un muy amplio juego institucional. El principal marco institucional lo deberían componer el Gobierno y el Poder Legislativo con un papel competencial muy especial en el caso de los Estados con segunda cámara que debería fungir como una *cámara de especialización* en cuestión de conflicto armado.
- Las cámaras legislativas deberían contar con comisiones especiales para conflictos o bien renombrar a las ya formalizadas de Asuntos Exteriores, añadiendo los términos *seguridad y conflictos*.
- Pero no sólo deberían quedar implicadas las principales instancias institucionales (Gobierno y Parlamento) sino toda una serie de órganos consultivos del Estado como podrían ser los *consejos nacionales de la defensa* y los consejos de Estado. A estos últimos se les deberían asignar nuevas funciones especializadas y, además, alimentar su composición con sectores significados de la sociedad civil.
- Finalmente la ciudadanía no debería quedar sólo relegada al debate sino que debería ser consultada a través de una articulación de *referéndum vinculante* para aquellas modalidades de conflicto en que este mecanismo pudiera mostrarse hábil.

3. Además de la constitucionalización del conflicto bélico (*ius ante bellum*), un debate constituyente debería abordar tres cuestiones más:

- La cuestión de las implicaciones de política internacional en relación al derecho al desarrollo y a la estrategia geo-económica del Estado respecto a otros Estados con bajo indicador de Desarrollo Humano, regulando las ayudas directas por parte del Estado, así como controlando las políticas de inversión y los sistemas de producción de las empresas nacionales (*código deontológico transnacional*) en dichos países.
- La factura de un sistema de *cooperación integral*, con especial apoyo a organizaciones de promoción de derechos humanos.
- La cuestión de la *estructura estatutaria del refugio político*. El Estado estaría sometido a obligación de refugio y tutela respecto a personas que solicitaran dicho estatuto, a causa de sufrir persecución personal por la defensa integral de derechos humanos

Un Estado Constitucional debe procurarse mecanismos de promoción de un orden internacional más coherente con sus propias premisas en cuanto a democracia radical (democratización orgánica y derechos humanos). En caso contrario nos encontraremos ante un Estado de vocación hegemónica -directa o indirecta- bajo el que se esconde un talante ausente de sentido de la equidad que, de seguro, también impregnará todos los presupuestos de su orden jurídico-constitucional interno.

3. EPÍLOGO: SÚBDITOS O CIUDADANOS

Introducíamos este trabajo en la hipótesis de que el hombre-ciudadano era el centro de la cuestión. Y que, por lo tanto, cualquier proceso constituyente se debe plantear una democratización lo más amplia posible (*democracia radical*), ya que la intensificación del espacio democrático es la única circunstancia posible para que el ciudadano pase de la condición de súbdito a la de ciudadano. Democratización que va a militar no en la reivindicación de un Estado burocratizado y dirigista respecto a individuos y grupos sino en las lógicas de la *sociedad abierta*. ¿Sociedad abierta? Sí, pero en el sentido de apertura a la participación intensa y extensa de individuos y colectivos y no en el sentido liberal-económico que se le ha pretendido dar a tal acepción. Con el objeto de que el Estado

habilite espacios abiertos para las alternativas políticas, sociales, económicas y culturales, desde las que se puedan ocupar espacios de poder que estén suficientemente diversificados¹⁹⁹.

Sin embargo, y paradójicamente, se ha utilizado el vocablo “sociedad abierta” para amparar modelos de Estado restrictivos, que no entraran a garantizar y a generar condiciones para máximos niveles de representatividad, participación y pluralismo. Modelo de Estado restrictivo bajo el argumento de la gobernabilidad y bajo el argumento de que elementos tales como las estructuras eficaces de participación política, el número elevado de actores sociales (asociaciones, comunidades, partidos, grupos de interés), o el pluralismo -incluso en sus formas más elementales como la información- son distorsionadores para el funcionamiento del Estado (Estado oligo-gobernable). Lo que sin duda constituye una *sociedad cerrada* a una minoría (oligarquías).

El modelo restrictivo de la gobernabilidad parte del hecho de como una socialización democrática esencial generará una hipotética creatividad (imaginación alternativa), que es afuncional para el *estatu quo*. La actual recreación del modelo de Estado no deja de participar en la iconografía liberal decimonónica, de pivotar en torno al *ventriculus económico*, en torno al tótem de la productividad económica bruta y del libertinaje financiero. *Ventriculus económico* que sólo podría funcionar bajo un férreo control social, que no significa sino el control exhaustivo de todos los actores políticos y sociales y la ausencia de elementos normativos que puedan dificultar el libérrimo actuar de los denominados agentes económicos principales (financieros hegemónicos).

Para el Estado liberal el concepto sociedad estable, es sinónimo de *sociedad tabular*, bajo el argumento de que los elementos que dificulten el *ritus financista* son distorsionadores agentes de ingobernabilidad. Una mayor discusión, más deliberación, consenso más complejo, son considerados elementos de resistencia al funcionamiento eficaz de los agentes económicos mayores y, por lo tanto, de la institucionalidad. La sociedad abierta no debe ser sino la sociedad financiera abierta, de la libre circulación de capital.

Resultaría una auténtica paradoja sobre la democracia que el núcleo productivista se deba forjar necesariamente a costa de una menor deliberación, menor participación y menos pluralismo. Y que la deliberación, el pluralismo y la participación puedan tener sólo forma de *participación accionarial*, dentro de la mencionada “sociedad abierta financista”, cuyos enemigos serán todos aquellos elementos que distorsionen el mencionado *hegemon financista* y respectivo cuadro institucional-normativo.

Los 10 elementos desarrollados proponen un Estado Constitucional democrático deliberativo, un *Estado constitucional para una sociedad abierta*, que viene a ser lo contrario de un “constitucionalismo abierto”, susceptible de ser decodificado de forma indeterminada y, por lo tanto, sometido a riesgos hermenéuticos historicistas, sociologistas o economicistas, de posible tentación arbitraria y, en suma, peligrosos para una concepción garantista del hecho constitucional²⁰⁰. Un Estado

¹⁹⁹ Hacer el epílogo reivindicando este término no es inocente. La “sociedad abierta” ha sido un icono liberal para exaltar los Estados y políticas liberales en detrimento de cualquier otro modelo que se opusiera como alternativa. Se publicita dicha expresión a raíz del opúsculo de K. Popper (*La sociedad abierta y sus enemigos*, 1945), donde se arremete contra ideologías intervencionistas y a favor de una amplia sociedad de derechos deliberativos. Sociedad abierta es adoptada e instrumentalizada como idea-icono desde los orígenes del primer think-tank neoliberal de referencia (*Sociedad Mont Pelerin*, 1947) y recreada por su fundador F. Hayek (*teoría del conocimiento limitado de los órdenes complejos*), en donde se prescinde del elemento “racionalidad” que determina la idea de “sociedad abierta”, para transfigurarla en mero epitome economicista. Puede resultar sugerente constatar como la instrumentalización de esta recreación liberal sería advertida por un notable conocedor del sistema financiero, George Soros (“The threat of capitalism”, *The Atlantic Monthly*, vol. 279, nº 2, 1997). El gurú del capitalismo financiero sentenciaba hace tres lustros como la sociedad abierta era una realidad-idea en riesgo ya no por ideologías totalitaristas o intervencionistas de Estado sino por el propio sistema capitalista como tal y por la propia materialización del *laissez faire* en particular. Los derechos fundamentales, la propia autonomía del individuo, el sistema democrático constitucional y, en definitiva, la sociedad abierta tendrían un nuevo enemigo: el capitalismo.

²⁰⁰ Ha habido una corriente constitucional muy amplia a favor del constitucionalismo abierto o no positivista. Una parte *ius naturalista* de esta tendencia siempre ha intentado utilizar la base *ius-natural* para superar un hecho constitucional de mínimos. Sin embargo no se ha percibido habitualmente el peligro de cómo el presupuesto *iusnaturalista* suele ser utilizado para una banalización e indeterminación del hecho constitucional. En este sentido debe servir de precaución como F. Hayek también hablaba de *Constitución ideal* para una “sociedad libre” y recurría a Hume para abrazar ese hecho constitucional ambiguo que sirve para alcanzar “lo perfecto” de manera medida, imperceptible y dinámica. Lo hace en el tomo III de su *Derecho, legislación y libertad*, que es todo un alegato antipositivista, a modo de herramienta estratégica del *orden espontáneo* (nomocracia). El *ius naturalismo* de Hayek es evolucionista, y su evolucionismo estará sometido al *telos* economicista. En este sentido estigmatiza el desvarío del contrato social y su lógica constructivista, máxime cuando van anexos al

con altas condiciones y posibilidades en cuanto a participación activa y consciente de los ciudadanos, y de los colectivos ciudadanos, en la toma de decisiones. Entendiendo que la merma o carencia de los anteriores elementos va debilitando el Estado Constitucional deliberativo y nos acerca a un modelo de Estado Constitucional elitista, en donde buena parte de dichos elementos quedan limitados o, incluso, anulados.

Atravesado un nivel de limitación del espacio abierto, el modelo de autoridad habrá dado un salto cualitativo al modelo autoritario, y el Estado Constitucional habría dejado de existir en una *sociedad cerrada de personas súbditas*.

epítome justicia social que el nobel considera “vacío”... (F. Hayek, “El orden político de una sociedad libre” en *Derecho, legislación y libertad*, vol. III, 1979).