

SEGUNDA PARTE

CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL CAPITALISMO AVANZADO: ESTADO SOCIAL Y ESTADO DE DERECHO

V. ESTADO Y ESTADO DE DERECHO EN EL CAPITALISMO DOMINANTE: ASPECTOS SIGNIFICATIVOS DEL PLANTEAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

1. La quiebra del principio de legalidad por las transformaciones en el aparato del Estado	207
2. La quiebra del principio de legalidad como resultado de las contradicciones que generan las nuevas funciones del Estado..	211
3. Democracia y derecho en la crisis del Estado social	221
A. Crisis del Estado social y crisis democrática.....	229
B. Crisis del Estado social y crisis del Estado de derecho	232
C. Contribución a una respuesta.....	235
4. Estado social y periferia capitalista	241
A. El modelo periférico de dominación: la inexistencia del Estado social	241
B. La extensión del modelo periférico de dominación.....	263
5. Las fuentes del derecho: apunte sistemático	275
A. Consideración formal	276
B. Consideración material.....	285
6. Garantismo y ley material.....	302
A. Derecho constitucional y ley material.....	302
B. Configuración histórico-doctrinal: la generalidad en el Estado liberal de derecho	305
C. Los cambios operados en el constitucionalismo del Estado social: referencia a España	312

D. Garantismo social y generalidad de la ley en la crisis del Estado social	317
7. Transformaciones actuales del Estado y del derecho: perspectivas teóricas	323

SEGUNDA PARTE

CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL CAPITALISMO AVANZADO: ESTADO SOCIAL Y ESTADO DE DERECHO

V. ESTADO Y ESTADO DE DERECHO EN EL CAPITALISMO DOMINANTE: ASPECTOS SIGNIFICATIVOS DEL PLANTEAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL²⁵⁹

El supuesto básico en torno al cual se ha realizado este trabajo podría inicialmente formularse en los siguientes términos: si se admite que (aunque no sea la única determinación) a la actual fase del capitalismo monopolístico se corresponde una específica configuración del Estado en los países que pueden considerarse incluidos en ese nivel de desarrollo histórico, en qué medida el Estado que se perfila en la Constitución española se ajusta o difiere de esa configuración específica.

Planteado así, me parece que puede sugerir inmediatamente la doble observación crítica de ser científicamente incorrecto (en cuanto la problemática del Estado contemporáneo se plantea más a nivel de “hechos” que de derecho, de forma que se buscaría un objetivo donde no puede encontrarse) y metodológicamente inadecuado (porque los análisis sobre el Estado y su función exigen una perspectiva dinámica y no estática como la que aquí necesariamente tiene que utilizarse).

Creo, sin embargo, que el intento propuesto puede justificarse frente a esas consideraciones, porque si bien el derecho no puede por sí solo explicar y dar cuenta de la realidad histórico-social, tampoco puede quizás explicarse esta realidad sin tener en cuenta el derecho; igualmente, no puede desconocerse la virtualidad de la forma jurídica (y más todavía si es constitucional), el papel y función de la Constitución, no sólo como configuradora del Estado y del orden jurídico, sino como real fuerza política²⁶⁰ y arma ideológica, por lo que, aun sin hacer previsiones sobre la “normatividad” de la nueva Constitución española, contar con sus presupuestos no parece desmedido. Por otra parte, la peculiaridad que a

259 Publicado en la *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 9, 1979.

260 Friedrich, C., *La démocratie constitutionnelle*, París, PUF, 1958, pp. 77 y ss.

mi juicio puede deducirse del análisis propuesto y su trascendencia, creo que eluden *a posteriori* las posibles objeciones *a priori*.

Como se sabe, la renovación actual de la problemática e investigación en torno al Estado contemporáneo es un hecho científico y político de la mayor trascendencia. Y no cabe desconocer la influencia que en ello ha tenido la renovación y a veces el cambio de óptica que se ha operado en la teorización marxista, de la que proceden, en buena medida, los nuevos análisis. Porque aunque ciertamente deben considerarse superados los planteamientos que a partir de Forsthoff llevarían a la concepción del *Welfare State*, lo cierto es que la mayoría de los estudios no marxistas —todavía puede considerarse vigente el juicio de Miliband— o siguen anclados en la concepción del “Estado-sujeto” racionalizador del orden social, o lo ignoran como institución específica de lo político, sustituyendo su estudio unitario por el fragmentado de sus elementos (doctrina del gobierno, ciencia de la administración, elites, partidos y grupos, etcétera) conforme a la visión de la concepción pluralista que ha terminado haciendo realidad la propuesta que ya formulara Easton en 1953: “Ni el Estado ni el poder son conceptos que sirvan para llevar a cabo la investigación política”.²⁶¹

Por el contrario, para el análisis marxista, “el Estado” se sitúa en el centro mismo de la investigación política y es el objeto, bien que desde perspectivas distintas de la ya cuantiosa y en muchos casos brillante literatura sobre el tema; naturalmente que se trata no del “Estado”, sino de un Estado concreto en el tiempo y en el espacio: el Estado correspondiente a los países de capitalismo dominante; porque si bien existen importantes aportaciones para una elaboración teórica del Estado en el capitalismo periférico,²⁶² lo cierto es que, quizá no casualmente, es al Estado del capitalismo tardío al que se le ha prestado hasta ahora una atención preferente. Ello ha representado un cambio tan notable respecto de la situación anterior (el abandono e indigencia teórica del marxismo en torno al Estado, probablemente ciertos desde determinadas perspectivas, pero casi siempre exagerados y desde luego apenas investigados y valorados) que se ha convertido ella misma en un hecho a explicar. Las

261 Miliband, R., *El Estado en la sociedad capitalista*, Madrid, Siglo XXI, 1970, introducción.

262 Si bien abundan los estudios desde perspectivas económicas, la teorización política es todavía mínima, aunque deben valorarse muy positivamente aportaciones como las de Marcos Kaplan, Hamza Alavi, Sonntag, etcétera.

causas de este cambio se sitúan en un complejo cuadro en el que desde distintas posiciones se combinan razones teóricas e históricas:

1) No tiene el menor sentido señalar que en el marxismo no se encuentra una “teoría general del Estado”. No es una limitación que en el marxismo clásico no se desarrolle una teoría general del Estado, sino una coherencia. Será precisamente uno de los grandes méritos del marxismo —se afirma— haber prescindido de los vuelos metafísicos de teorizaciones generales y abstractas que pretenden desvelar para siempre los grandes secretos del Estado, del poder o de la historia. En cuanto antimetafísico, no cabe en el marxismo una teoría general del Estado, lo que implicaría admitir un objeto teórico invariable, una instancia de naturaleza autónoma que poseyera en sí misma las leyes de su propia reproducción histórica.

Por el contrario, lo que es perfectamente exigible al marxismo es una teoría de un tipo histórico de Estado y, en concreto, del Estado capitalista, construyendo un objeto y concepto específicos, lo que es posible por la (relativa) separación que se opera entre el Estado y la economía bajo el capitalismo. ¿Por qué no la ha producido? Por el dogmatismo escatológico y profético que durante un amplio periodo ha revestido una pretendida teoría marxista leninista del Estado. En definitiva, se atribuye al estalinismo la esterilidad de los desarrollos marxistas. Con su desaparición se abrieron nuevas posibilidades que empiezan ahora a dar sus frutos.²⁶³

2) No cabe, se afirma desde otro ángulo, buscar una teoría del Estado en el marxismo. Es desconocer lo más elemental del materialismo histórico; y ello porque el concepto de dictadura del proletariado priva de toda base científica a cualquier pretensión de una teoría del Estado que, desde la perspectiva marxista, no puede tener otra consideración que la de mera construcción ideológica destinada a deformar la imagen de una dominación de clase, de manera que sirva a su legitimación. La dictadura del proletariado es el concepto y la realidad alternativa obreras a la dictadura de la burguesía, y entre ambos no hay realidades intermedias. Toda teoría del Estado es necesariamente teoría burguesa del Estado.

El surgimiento, pues, de una teoría del Estado desde el marxismo, no puede ser fruto más que de una floreciente tradición social-demócrata o de formas más o menos enmascaradas de revisionismo; sólo en la medida

263 Poulantzas, N., *L'État, le pouvoir, le socialisme*, París, PUF, 1978, pp. 22 y ss.

en que se ha prescindido del concepto de dictadura del proletariado se puede acudir al concepto de Estado, introduciendo así un elemento burgués en la doctrina del materialismo histórico.²⁶⁴

3) Finalmente, junto a razones en cierto modo internas a la teorización marxista que impedirían su progreso, como puede ser el abandono del economicismo o la superación de la fase del marxismo codificado y generalizado (que a las nuevas posibilidades de enriquecimiento que abre ha añadido la de poner de manifiesto las desviaciones del sistema soviético) se señala de modo destacado que han sido las enormes modificaciones que ha experimentado el desarrollo capitalista, tanto en el orden de las transformaciones socioeconómicas como en el del inimaginado protagonismo necesario al sistema alcanzado por el Estado que ha condenado a muerte a la sociedad civil, a la vez que el nuevo nivel alcanzado en diferentes países europeos por la lucha de clases (no es probablemente casual que sea en estos países —Francia, Italia— donde la problemática en torno al Estado se deja sentir con más intensidad) las que han planteado la vieja pregunta: ¿qué hacer? Las investigaciones sobre el Estado tendrían, por tanto, una explicación y una finalidad concreta: la necesidad de una elaboración teórica que sirva de fundamento para una adecuada práctica política.

En cualquier caso, el hecho indudable es el enriquecimiento de los estudios marxistas, hasta tal punto que parece capaz de poner en cuestión las tesis apenas planteadas tanto de la crisis del marxismo como de la ausencia de elaboraciones marxistas sobre el Estado. Hay que señalar, no obstante, que la nueva investigación dista mucho de estar concluida y que al acercarse a ella lo primero que destaca es su diversidad, diversidad que inicialmente se manifiesta en la discrepancia que existe entre las nuevas perspectivas inspiradoras de la práctica política de clase y las que, con menor incidencia política, tienen un significado preferentemente teórico.

Por lo que se refiere a la primera, lo que puede llamarse postura tradicional u oficial de los partidos comunistas (especialmente a partir de la III Internacional) radicaba, como es sabido, en la concepción del Estado como Estado de clase en cuanto mero apéndice de la clase dominante. Con base en algunos textos de Marx (fundamentalmente de *El 18 Brumario*) y Lenin (fundamentalmente de *El Estado y la Revolución*) se

²⁶⁴ Albiac, G., “En memoria de la dictadura del proletariado”, *Monthly Review*, diciembre-enero, 1978.

construye la tesis del Estado como objeto significativamente monolítico y de contenido unitario, y ante esta evidencia, la propuesta alternativa no era sino la de (“romper la maquinaria del Estado”) la dictadura del proletariado. Pero en la fase actual del desarrollo capitalista, las nuevas transformaciones socioeconómicas plantean una serie de nuevas situaciones para cuyo enfrentamiento no valen las viejas respuestas. En la fase actual —se afirma— el Estado está al servicio de los monopolios (capitalismo monopolista de Estado), pero eso no es algo necesario. Porque en la fase actual, en fin, el Estado no sólo es “objeto que se utiliza”, sino “fortaleza que puede conquistarse”, y desterrado el control que sobre él ejercen los monopolios, el Estado puede llenarse de otros contenidos. Las condiciones objetivas —se asegura— lo favorecen:

1) En el orden económico —dice Boccara— en cuanto el capitalismo monopolístico es un capitalismo débil y progresivamente decadente, pues las exigencias y condiciones de su propio desarrollo impiden el desarrollo de las fuerzas productivas.

2) En el orden sociopolítico, la divergencia de intereses entre la fracción monopolística y el resto de las clases permite nuevas alianzas que posibilitan la penetración del Estado y su transformación democrática.²⁶⁵

3) En el orden teórico, porque las formas específicas del capitalismo monopolista suministran objetivamente las condiciones de aparición de las formas socialistas.²⁶⁶

En actitud generalmente crítica frente a la anterior²⁶⁷ los nuevos intentos se plantean el estudio del Estado a partir de un análisis, que pretende ser más ambicioso, de la relación estructura-superestructura en

²⁶⁵ A propósito de este tema, fundamental en la estrategia de los partidos de izquierda, Lelio Basso (“Que devient la socialdemocratie dans la société neocapitaliste?”, *Revue Internationale du Socialisme*, enero-febrero 1965, pp. 42-52) hace un interesante análisis porque precisamente —dice— ante esa situación lo que realmente ocurre es que las clases de apoyo o paracapitalistas pierden importancia con lo que —frente a las tesis tecnocráticas— lo que realmente ocurre es que, más que nunca, los dos grandes pilares del sistema son el gran capital y el movimiento obrero; y su alianza es básica para el sistema. Este papel de mecanismo articulador de ambos, sin fricciones graves, es el que históricamente —dice— ha correspondido a la socialdemocracia, y es en el que podrían caer hoy los partidos reformistas.

²⁶⁶ Boccara, P., *Traité d'économie marxiste. Le capitalisme monopolista d'État*, t. I, París, Éditions Sociales, 1971, p. 25.

²⁶⁷ Que, por supuesto, ha sido muy esquemáticamente esbozada, pues no se trata sino de dar una noticia de las diferentes posturas en torno al Estado para apoyar después las tesis que se sostienen; tampoco se intenta afirmar su expresión unitaria, sino que, y en cuanto no puede hablarse de postura consolidada, se presenta y expone con diversas variantes: Boccara, Balibar, Althusser, etcétera.

cuanto relación compleja, contradictoria y multidireccional. El Estado —se dice— no se relaciona unilateralmente con una clase, sino con el sistema social en su conjunto; su comportamiento no se dirige tanto a favorecer los intereses de una clase determinada cuanto a interrelacionarse con y sancionar políticamente el conjunto del sistema de una sociedad de clases. El Estado para esta nueva investigación no es el servidor o instrumento de una clase frente a otra, sino que su estructura y actividad consisten en suministrar adecuada garantía a las reglas que, a su vez, institucionalizan las específicas relaciones de clase de una sociedad capitalista.²⁶⁸ Ello implicará en el análisis del Estado el abandono de su estudio conforme al inicial esquema de Gramsci de aparato del Estado²⁶⁹ —sobre todo a partir de su formalización por Althusser—²⁷⁰ y que en cierta manera parece impregnado de la ideología dominante en el capitalismo liberal en cuanto que al reducir la función del Estado a eliminar (bien a través de los aparatos represivos, bien a través de los ideológicos) los obstáculos que se oponen al desarrollo socioeconómico, acepta el supuesto de un funcionamiento autónomo y armónico,²⁷¹ por lo que gran parte del nuevo papel del Estado quedaría en realidad fuera de sus posibilidades de análisis.

Cabría, no obstante (y únicamente a los efectos que aquí interesan), establecer una diferenciación a partir del nivel de profundización en el que se plantea la investigación de la relación estructura-superestructura.²⁷² Podría hablarse de un primer nivel (no de orientación o corriente unitaria) en el que se pone el acento sobre el papel “estratégico-organizativo” del Estado, sobre las “funciones”.²⁷³ Con las reservas que im-

268 Offe, Klaus, y Vorker Ronge, “Tesi per una fondazione teorica della nozione di ‘stato capitalistico’ e per una metodologia materialistica della politologia”, en *Stato e crisi delle istituzioni*, a cura di Lelio Basso, Milán, Mazzota, 1978, pp. 35 y 36.

269 Véase Brimo, Albert, “Le déperissement du droit dans la théorie marxiste du droit et de l’État”, *Le Pouvoir, Mélanges offerts a G. Burdeau*, París, LGDJ, 1977, pp. 235 y ss.

270 A partir de su trabajo “Ideologie et appareils ideologiques”, *La Pensée*, junio de 1970.

271 Poulantzas, N., *L’État, le pouvoir, le socialisme*, París, PUF, 1978, pp. 31 y ss.

272 El criterio, quizá sólo justificable desde el interés concreto que se persigue, admite la agrupación de posturas y autores (que difieren en otros aspectos) también sólo justificable a los efectos citados.

273 En realidad muy cerca de esta posición se encuentra el profesor García Pelayo (*Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1977, pp. 73 y 74) al señalar que el mantenimiento y reproducción del sistema neocapitalista depende del cumplimiento de unas funciones estatales destinadas globalmente a la dirección y regulación del proceso económico nacional, y entre las que menciona las siguientes: 1) la planificación; 2) las políticas coyunturales destinadas a prever o neutralizar las crisis, y 3) el apoyo logístico, en el que incluye medios de comunicación, investigación, política educativa, infraestructuras, etcétera.

ponen siempre las simplificaciones pueden incluirse aquí a O'Connor y D. Yaffe (los gastos del Estado y su aumento —aspecto central de su análisis— tratarán de corregir la crisis de rentabilidad del capitalismo monopolístico);²⁷⁴ Altvater (el Estado es un presupuesto para la existencia social del capital en cuanto éste necesita para subsistir una serie de precondiciones que, por caer fuera de la lógica capitalista, no puede generar y que son las que le suministra el Estado);²⁷⁵ Ulrich K. Preuss y L. Ammanat (en ambos se subraya como función básica del Estado la de garantizar la relación de cambio);²⁷⁶ A. Wolfe y B. Ollman (en cuanto si bien la función que asignan al Estado es de naturaleza distinta a las anteriores —el Estado como comunidad ilusoria, como legitimador del sistema a través de un proceso de alienación política—, lo cierto es que sigue destacándose la función del Estado respecto del sistema en su conjunto);²⁷⁷ y finalmente K. Offe (a quien cabe incluir aquí, pues su análisis sobre los mecanismos selectivos del Estado configuran a éste como garantía del sistema en su conjunto y que de forma notablemente más destacada que los autores anteriores integra metodológicamente tanto las funciones “materiales” como las “ideológicas”, de las que hará depender en último término la superación de las contradicciones del sistema).²⁷⁸

En un segundo nivel se encuentran aquellos planteamientos que sitúan en primer término la necesidad de penetrar y explicitar los mecanismos de articulación de lo económico y lo político, de relaciones de producción y Estado; en esta línea se encuentran los últimos trabajos de Poulantzas²⁷⁹ en los que se intenta demostrar que lo político-ideológico no sólo no es

274 Véase Cough, Ian, “Gastos del Estado en el capitalismo avanzado”, en H. Rudolf Sonntag y Héctor Valecillo, *El Estado en el capitalismo contemporáneo*, México, Siglo XXI, 1977, pp. 224 y ss., donde se analizan las posturas de O'Connor (*Estado y capitalismo en la sociedad americana*) —traducción del libro *The Fiscal Crisis of State*—, Buenos Aires, Ed. Periferia, 1974 y Yaffe (“The Marxian Theory of Crisis of Profitability”, *NLR*, 80, 1973).

275 Altvater, Elmar, “Notas sobre algunos problemas del intervencionismo del Estado”, en *El Estado en el capitalismo contemporáneo*, cit.

276 Véanse Preuss, U. K., “Tessi sui mutamenti di struttura del dominio politico nello Stato costituzionale borghese”, en *Stato e crisi delle istituzioni*, a cura de Lelio Basso, Milán, Mazzota, 1978, pp. 17 y ss., y L. Ammanat, “Merce, astrazione giuridica, Stato”, en *Stato e teorie marxiste*, Mazzota, Milán, 1977, pp. 79 y ss.

277 Ollman, B., “El Estado como una relación de valor”, en *El Estado en el capitalismo contemporáneo*, cit., pp. 302 y ss., y Wolfe, A., “News Directions in the Marxist Theory of Politics”, *Politics and Society*, IV, núm. 2, 1974.

278 Véase Offe, K., “The Abolition of Market Control and the Problem of Legitimacy”, *Kapitalistate*, núms. 1 y 2.

279 Especialmente *L'État, le pouvoir, le socialisme*, París, PUF, 1978.

algo externo a las relaciones de producción, sino que las propias relaciones de producción desde que se constituyen, lo hacen articulándose a relaciones políticas e ideológicas que las sancionan y legitiman. En este sentido, las funciones económicas del Estado se vinculan a los efectos que sobre las relaciones de producción opera la tendencia a la baja en la tasa de beneficio, actuando como contratendencias, básicamente mediante la valoración del capital constante y la creación de condiciones que favorezcan el aumento de la tasa de explotación (fundamentalmente aumentando la productividad). Asimismo, J. Hirsch señala cómo el Estado no es una instancia de poder extraeconómica situada al lado o por encima de la economía, sino que debe ser deducido, en su forma y en su funcionamiento, a partir del análisis del proceso social de reproducción y sus leyes;²⁸⁰ igualmente, para L. Basso el Estado es siempre una forma de expresión de las relaciones de producción existentes, y, puesto que estas relaciones se constituyen como contradicciones dialécticas, estas mismas contradicciones interpenetran el Estado; todas las funciones del Estado moderno —afirma— no son sino momentos del proceso contradictorio a través de los cuales las relaciones de producción encuentran nuevos compromisos.²⁸¹ Quizá podría señalarse en Basso, como en la mayor parte de la izquierda italiana crítica del Partido Comunista Italiano, un mayor énfasis en el elemento subjetivo, es decir, en la dirección consciente de la lucha de clases; elemento subjetivo que podría servir para diferenciar en este nivel una dirección específica en la que debería incluirse también la significativa aportación de Ian Cough (quien relativiza notablemente las determinaciones y articulaciones objetivas estructura-infraestructura en función de la relevancia que concede al nivel histórico correspondiente de la lucha de clases, factor que introduce tanto al analizar el ámbito más general de las leyes de concentración y desarrollo desigual como los más concretos de los gastos del Estado y crisis actual a los que se refiere su análisis).²⁸² Pues bien, esta diversidad de enfoques

280 Hirsch, J., “Éléments pour une théorie matérialista de L’État”, en *L’État contemporaine et le marxisme*, París, Maspero, 1975.

281 Basso, L., “La natura dialettica dello Stato secondo Marx”, en *Stato e teoria marxista* (colectivo de L. Basso, D. Zolo, L. Ammanat, B. de Giovanni, O. Negt, R. Guastini, M. Campanella, G. Marramao, A. Soboloca, M. Valdemberg, T. Kowalik y K. H. Roder) a cura de G. Carandini, Milán, Mazzota, 1977, p. 18.

282 Véase Cough, Ian, “Gastos del Estado en el capitalismo avanzado”, en *El Estado en el capitalismo contemporáneo*, cit.

y criterios confiere especial importancia a la aceptación prácticamente general de dos hechos:

En primer lugar, que las nuevas funciones económicas del Estado no sólo condicionan su política, sino que encarnan en la materialidad institucional de su aparato que sufre notables modificaciones respecto a la anterior fase del desarrollo. La especificidad de las funciones implica la especialidad de los aparatos que las cumplen y da lugar a formas peculiares de división social del trabajo en el seno mismo del Estado.

En segundo lugar, que las nuevas funciones del Estado, su comportamiento radical en favor de la fracción monopolística hegemónica, no se hacen sin costes, sino que crean una dinámica, engendran unas contradicciones que, pese al pesimismo de la Escuela de Frankfurt y de los radicales americanos, hacen que el desarrollo del Estado no sea un desarrollo lineal de una específica situación de crisis, que constituye, a la vez que una base para la esperanza democrática, un factor de inquietud frente al peligro totalitario.

Pues bien, ambos aspectos, que confluyen en una crisis general de los valores básicos de la democracia burguesa en su conjunto, son los que a nuestro juicio determinan un hecho característico del Estado de nuestros días: la destrucción del Estado de derecho a través de la quiebra de uno de sus principios básicos, como es el principio de legalidad.

1. La quiebra del principio de legalidad por las transformaciones en el aparato del Estado

Tiene su manifestación más específica en el, repetidamente destacado, fortalecimiento del Ejecutivo (y de la administración) y de su función normativa y en el correlativo debilitamiento del Parlamento y de su función legislativa. El hecho, justificado tradicionalmente desde perspectivas técnicas, recibe una explicación política. No es que el fortalecimiento político del Ejecutivo resulte de las nuevas funciones que desempeña en el Estado actual, sino que las nuevas funciones resultan de su predominio y nuevo papel políticos.²⁸³ Se tratará, en definitiva, de explicarlo a partir de la hegemonía que en la fase actual ostenta la fracción monopolística

²⁸³ Sobre este aspecto, véase C. de Cabo, "División y predominio de poderes", en el libro *El control parlamentario de las democracias occidentales*, edición de Manuel Rodríguez, Barcelona, Labor, 1978.

y que utiliza para su ejercicio el Ejecutivo y la administración, abandonándose el Parlamento que fue el mecanismo hegemónico en la fase del capitalismo liberal.

Las causas concretas que (según se encuentra hoy el estado de la cuestión) se aducen para explicar este hecho pueden sintetizarse así:

a) Derivadas de la naturaleza de la ley

El lugar preponderante del Parlamento como santuario de la ley y del Poder Legislativo —afirma Poulantzas— estaba fundado en la emisión de normas generales, universales y abstractas. El Estado de derecho era consustancial a un sistema normativo que la actuación del Estado ha modificado espectacularmente. El nuevo papel del Estado no puede basarse en normas generales formales y universales elaboradas por el Parlamento. La función de mantenimiento y reproducción de las condiciones generales de la producción exige reglamentaciones particulares, adaptadas a la coyuntura y a intereses muy concretos. Es decir, todo lo contrario a las características de la ley formal emanada del Parlamento.

En la misma línea subraya Ferrajoli²⁸⁴ que la cantidad y calidad de las prestaciones del poder en el capitalismo maduro son incompatibles con la rígida forma del Estado de derecho y requiere estructuras organizativas y formas de intervención flexibles no establecidas de antemano sino decididas según la coyuntura, pues la actuación estatal exige, cada vez más, formas y métodos de la empresa capitalista. De aquí el choque con el principio de legalidad en cuanto predeterminación normativa y taxativa del contenido del poder.

Ahora bien, el descenso del papel de la ley no es debido únicamente a exigencias del intervencionismo económico del Estado como pura exigencia técnica, aun teniendo en cuenta el sentido y carácter del mismo, sino que hace referencia a aspectos más generales. Sólo una relación de fuerzas que presente un cierto grado de estabilidad puede ser jurídicamente regulada mediante un sistema de normas universales y generales que fijen sus propias transformaciones y permitan a los distintos actores su previsión estratégica; pero la inestabilidad hegemónica, característica de la actual fase de crisis económica, estructural y las consiguientes contradicciones en el bloque en el poder, lo impiden.²⁸⁵ En definitiva, son

284 Ferrajoli, L., “Esiste una democrazia rappresentativa?”, *Unità Proletaria*, marzo, 1978.

285 Poulantzas, N. *L'État...*, cit., pp. 240 y ss. (Es al capítulo “La ascensión irresistible de la administración” al que se refiere la cita del texto, cuando no se especifique en notas).

exigencias políticas generales las que explican el desplazamiento Parlamento-administración, que se traduce en la actuación autonómica de ésta burlando las dificultades que el principio de legalidad plantea para la organización en el interior de la estructura estatal de los distintos “mecanismos selectivos” de que habla Offe. Y será a este desplazamiento al que hay que atribuir en buena medida la divergencia tantas veces constatada entre estructura jurídica y funcionamiento real de las instituciones y del poder.

b) Derivados de la naturaleza de la institución parlamentaria

Se señala a este respecto una doble virtualidad característica de los parlamentos modernos que, de un lado, dificulta el ejercicio hegemónico de la fracción monopolista, mientras que de otro permite y hasta facilita el desplazamiento de las competencias el Ejecutivo.

Así se indica, en primer lugar, cómo al ser los intereses de la fracción monopolística tan radicalmente distintos y en muchos casos contradictorios al del resto de las fracciones burguesas, el acuerdo sobre aspectos concretos es cada vez más difícil, con lo que el sentido del Parlamento como lugar de encuentro y conciliación característico de la fase liberal, pierde buena parte de su significado y de su funcionalidad. Asimismo, se indica cómo la presencia cada vez más sólida de las clases dominadas y el resto de las características de la actuación parlamentaria (publicidad, etcétera) son otros tantos obstáculos a una dirección de la actuación del Estado que es necesariamente, y cada vez más, parcial e interesada.

Pero en segundo lugar se destaca un fenómeno característico que facilita este desplazamiento: el proceso que se registra en el capitalismo monopolístico de una progresiva desvinculación de las instituciones estatales de su respectiva base social y que afecta específicamente al Parlamento. El proceso se inicia —señala Ferrajoli—²⁸⁶ en la fase liberal con la implantación definitiva del sufragio universal, que si ciertamente introduce a todas las clases en el proceso político, transforma también la vieja representación orgánica, censitaria, de intereses concretos, en una representación abstracta; el Parlamento se hace interclasista y en cierta manera parece encarnar y materializar la base ideológica del Estado capitalista como representante del interés general y, por tanto, de ningún interés concreto.

²⁸⁶ Ferrajoli, L., “Esiste una democrazia rappresentativa?”, *Unità Proletaria*, marzo, 1978, pp. 48 y 49.

En la fase actual, la desvinculación y autonomía del Parlamento respecto de la sociedad se acentúa por el proceso semejante al descrito que se opera en el interior de los partidos en el poder o con expectativas de poder, en los que se registra una desvinculación, ruptura o relajación de la relación que les une con su base social.

Este hecho de la ruptura del vínculo “representantes-representados” (a través de partidos) parece detectarse en momentos de crisis y no parece ajeno a la existencia de crisis de hegemonía; habría que recordar aquí cómo ya Marx, en *El 18 Brumario*, señalaba que a partir de la situación creada en torno a la revisión constitucional, se produce no sólo el desdoblamiento del “partido del orden” en sus dos grandes fracciones y la subdivisión de éstas, “sino que el partido del orden dentro del Parlamento se había disociado del partido del orden fuera del Parlamento”.²⁸⁷ Igualmente, Gramsci alude al mismo fenómeno como una condición para la aparición del nuevo bloque histórico; la crisis orgánica de Gramsci, dice A. Pizzorno,²⁸⁸ es un concepto más amplio que el de ruptura revolucionaria de Togliatti; es, en definitiva, crisis de hegemonía de la clase dirigente, conflicto entre representantes-representados, bien por el fracaso de la clase dirigente en alguna de sus grandes empresas políticas o porque las masas han pasado a la ofensiva. Es, asimismo, característico, la ruptura de la relación entre las clases y fracciones de clases dominante y sus respectivos partidos en los comienzos del proceso de fascistización.²⁸⁹

En todo caso, lo que interesa aquí señalar es que la desvinculación de los partidos de sus respectivas bases sociales guarda relación con la necesaria homogeneización de sus respectivas ofertas, y esta homogeneización se debe, a su vez, a que las exigencias del capital monopolístico y de su reproducción obligan al Estado en forma muy concreta impidiendo realmente la posibilidad de políticas muy distintas. Ello, dice Poulantzas, hace que se llegue “casi a la ruptura entre partidos y fracciones dominantes y acompaña a un desplazamiento institucional y a un fortalecimiento de la Administración”.²⁹⁰

287 Marx, C., *El 18 Brumario...*, Barcelona, Ariel, 1971, pp. 119, 121, 123 y 124.

288 Pizzorno, A., “Gramsci y las crisis sociales”, en *Cuadernos de pasado y presente*, Córdoba, Argentina, 1970, pp. 58 y ss.

289 En *Fascismo y dictadura*, Madrid, Siglo XXI, 1973.

290 Poulantzas, N., en *L'État, le pouvoir, le socialisme, cit.*, estudia este proceso al que nos referimos (pp. 225 y ss.).

El interclasismo del Parlamento se reproduce en el interior de los partidos y contribuye eficazmente a la unificación política del Estado; de órganos de clase se convierten en órganos del Estado que asumen la organización estatal de la representación política y sirven de correas de transmisión de las decisiones del poder.

Esta serie de razones contribuirán a explicar la nueva distribución de funciones y poderes en el Estado contemporáneo que ha llevado a ese nuevo papel desarrollado por la administración, porque no puede olvidarse que más que al Ejecutivo, genéricamente considerado, el cambio afecta realmente a la administración, que, por estar a salvo del control, publicidad, etcétera, parlamentarios, se convierte en el lugar adecuado para la elaboración real de la política. La administración deja de ser la mera ejecutora de la política para ser el actor principal de elaboración de la política del Estado. La hegemonía del capitalismo monopolístico se efectúa, pues, bajo la égida de la administración, a la cual incumbe la organización y presentación de los intereses monopolísticos como “interés general y nacional”, es decir, el papel político-ideológico de organización del capital monopolista.²⁹¹ Y a esta nueva tecnología del poder—en la denominación de Ferrajoli— es a la que corresponde la utilización de un nuevo y adecuado instrumental técnico-jurídico.

2. La quiebra del principio de legalidad como resultado de las contradicciones que generan las nuevas funciones del Estado

Es hoy una opinión común en la literatura sobre el tema, que el cumplimiento por el Estado de las nuevas funciones que exige el mantenimiento y reproducción del capitalismo moderno desembocan en una crisis de legitimación del sistema.

Habermas habla de la contradicción entre la ideología que segrega el capitalismo avanzado y las exigencias que impone la lógica de la acumulación. Offe señala cómo las contradicciones entre las necesarias condiciones del sistema y el proceso de acumulación sólo pueden resolverse por una decisión autoritaria del poder político, lo que desemboca en una crisis de legitimación.²⁹² Castell insistirá en cómo la creciente

²⁹¹ Poulantzas, N., *L'État...*, cit., pp. 244 y ss.

²⁹² Offe, K., “La abolición del mercado y el problema de la legitimidad”, en *El Estado en el capitalismo contemporáneo*, cit., pp. 62 y ss.

intervención del Estado en apoyo de la lógica capitalista en todas las esferas de la vida social y económica mina las bases de su legitimación en tanto que representante del interés general.²⁹³ Ferrajoli, en fin, dice que el equilibrio siempre precario entre las funciones políticas simbólicas y las funciones capitalistas reales se rompe cada vez más porque, de una parte, la situación de crisis económica recurrente requiere un refuerzo de las funciones reales de la gestión capitalista de la economía, y de otra, porque el nivel correspondiente de la lucha de clases pone cada vez más en evidencia, debilitándolas, las funciones simbólicas de legitimación,²⁹⁴ y ante esta situación —señala— la estrategia de la legitimación, de la que cada vez más depende el sistema en su conjunto, experimenta una profunda modificación: mientras en el Estado liberal la fuente básica de legitimación era la legitimación legal, en el Estado contemporáneo la fuente de legitimación será básicamente la político-democrática, a la que se sacrifica en buena medida la legitimación legal. Legitimación político-democrática que adquiere una especial configuración. Como las cada vez más urgentes acciones estatales en materia económico-social cierran progresivamente el abanico de las opciones políticas posibles dentro del sistema, el mantenimiento del mismo exige una actuación política, en cierto modo común, basada en el consenso, en lo fundamental entre las fuerzas políticas dominantes. Es la moderna “democracia consensual”.²⁹⁵

Ahora bien, esta estrechez del sistema para canalizar y satisfacer los intereses y demandas de cada vez más amplios sectores de la sociedad y este consenso necesario para que “la máquina no se rompa”, se recubren de una adecuada ideología: “la defensa de la democracia”. La “defensa de la democracia”, en efecto, no sólo legitimará el consenso, sino la represión de toda demanda marginal al mismo que se presentará como un atentado a la democracia. Las necesidades de control social aumentan y todos los medios y situaciones posibles serán utilizados y explotados para “defender la democracia” a costa ciertamente de las libertades. La sensación del peligro se cultiva para hacer prevalecer en el ciudadano la

293 Castell, M., *La teoría marxista de las crisis económicas y las transformaciones del capitalismo*, Siglo XXI, 1978, pp. 101 y ss.

294 Ferrajoli, L., *Esiste...*, cit., p. 56.

295 Debe advertirse que pese a que la utilización de estos términos puede inducir a una asociación con la situación española actual no creo que este análisis sea aplicable rigurosamente a ella, al menos hasta ahora, pues obviamente las características de la transición introducen variables de singular importancia.

idea de seguridad frente a la de libertad, al tiempo que se procura su complicidad y se le trata de *mettre le flic dans la tête*. La profundidad que esta versión ideológica de la crisis del sistema ha alcanzado en nuestro tiempo se manifiesta de forma bien expresiva en este testimonio de alguien tan característico como Cerroni: frente a la postura de defensa de la democracia que sostiene, afirma

la peligrosidad de la ofensiva contra las medidas de orden público; [...] en este caso el radicalismo ignora completamente el hecho de que hoy la principal garantía a defender es la existencia misma del Estado democrático.²⁹⁶

Y todo este control social necesario no se hace ya mediante la ley como norma general y abstracta, sino mediante reglamentaciones concretas. Así, señala Negri cómo la ley ya no sirve de factor de integración en el Estado social... las nuevas circunstancias conflictuales y de movilidad de las relaciones sociales imponen nuevas formas de producción del derecho que alteran radicalmente el esquema tradicional de las fuentes del derecho.²⁹⁷

Pues bien, si de alguna forma lo anterior puede predicarse como caracterización y aun exigencia de la configuración del Estado en los países de capitalismo dominante (y que ha tenido su correlato en el moderno constitucionalismo), el examen de estos supuestos en el proyecto de Constitución española acusa, me parece, una notable peculiaridad: no puede hablarse, a mi juicio, en el perfil del Estado que se traza, de destrucción del Estado de derecho ni de quiebra del principio de legalidad en el sentido antes señalado, sino más bien de lo contrario; se encuentra su afirmación en unos términos y una extensión inusuales en las Constituciones europeas de nuestro entorno y nivel sociopolítico. Ello se pone

²⁹⁶ Cerroni, V., "La regole costituzionali della democrazia politica", *Democrazia e Diritto*, núm. 1, marzo 1978.

²⁹⁷ Negri, Antoni, *La forma Stato. Per la critica dell'economie politique della Costituzioni*, Milán, Feltrinelli, 1977, p. 45. Recuerda a este respecto cómo ya Alf Ross afirma la práctica desaparición del esquema vertical del Estado de derecho y su sustitución por un esquema circular (buscar la coherencia en el conjunto del sistema jurídico y no a través de la jerarquía de las normas). En nombre de la defensa de la democracia, en nombre de la nueva legitimidad, se justificará no sólo la quiebra de la legalidad ordinaria, sino de la propia Constitución. La varia, múltiple y creciente normativa de excepción vigente hoy en Europa lo confirma sobradamente.

de manifiesto en los dos aspectos que hemos considerado como vías por las que se producía la quiebra del principio de legalidad.

1) Por lo que se refiere al primero (las modificaciones introducidas en el aparato del Estado), la afirmación del principio se hace tanto positiva como negativamente.

—*Positivamente*: por la amplitud y, podría decirse, intensidad, que adquiere la reserva de ley. Hay que tener en cuenta, efectivamente, que junto a la reserva absoluta de la ley establecida en el artículo 82 de las materias comprendidas en el artículo 81, relativas a las leyes orgánicas (desarrollo de las libertades públicas, aprobación de los estatutos de autonomía, del régimen electoral general y las que suponen, además, el resto de las leyes orgánicas previstas en la Constitución), se establece la reserva relativa para una serie de materias cuantitativa y cualitativamente relevantes: la regulación de los derechos y libertades (que —se dice en el artículo 53— deberá respetar en todo caso su contenido esencial);²⁹⁸ sometimiento expreso, metódico y reiterado de la administración al principio de legalidad (ya que además del principio general contenido en el apartado 1 del artículo 103, se reitera la competencia legal que garantice tanto su objetivación técnica y neutralidad política —artículo 106.3— como su procedimiento y funcionamiento democrático —artículo 105— y la atribución a los tribunales del control no sólo de la legalidad administrativa, sino de la posible “desviación de poder” —artículo 106—); el principio, asimismo, expreso de legalidad tributaria y su característica formulación (artículos 31.3 y 133.1 y 3); control parlamentario de los medios de comunicación social —artículo 20.3— (que puede tener un singular relieve, pues como se sabe los aparatos ideológicos tradicionales —familia, escuela, Iglesia, etcétera— ceden en su importancia ante el nuevo papel que adquieren éstos); derecho de huelga (artículo 28.2), negociación colectiva (artículo 32), así como la necesaria autorización parlamen-

²⁹⁸ El sistema de garantías de los derechos individuales comprende además, como se sabe, una triple vía: ante la jurisdicción ordinaria, mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y a través del Defensor del Pueblo. Una penetrante crítica técnica del sistema se encuentra, no obstante, en el profesor P. de Vega García: “Los órganos del Estado en el contexto político-institucional del proyecto de Constitución”, en el libro *La Costituzione spagnola*, Bolonia, Arnaldo Forni, editore, 1978.

taria en materia de tratados internacionales de carácter político, militar, económico o que afecten a los derechos fundamentales (artículo 94), etcétera.

- Negativamente: por la restricción con que se regula la delegación o autorización por el Parlamento al Ejecutivo para dictar disposiciones de carácter general con fuerza de ley. A este respecto los artículos 82 y 83 establecen un modelo constitucional único en la materia configurado así:
 - a) En primer lugar, se excluyen en todo caso las materias que deban ser objeto de regulación por leyes orgánicas, pues es precisamente aquí donde se formula la reserva absoluta de ley (artículo 82.1).
 - b) En segundo lugar, la delegación se limita estrictamente a una delegación especial por razones técnicas (artículo 82.2) que sólo podrá hacerse mediante ley, excluyéndose, por tanto, cualquier otra fuente de rango igual o superior a la ley ordinaria.
 - c) En tercer lugar, se exigen para los dos casos previstos una serie de precisas limitaciones comunes: la delegación sólo podrá hacerse al gobierno; debe hacerse de forma expresa, para cada caso concreto y con fijación del plazo para su ejercicio; pero en un afán inusitado de precisión añade y aclara la prohibición de sus contrarios; que no cabe la subdelegación a autoridades distintas del propio gobierno, que no podrá entenderse concedida de modo implícito, que se agota por el uso que de ella haga el gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente y que no podrá entenderse concedida por tiempo indeterminado.
 - d) En cuarto lugar, se establecen toda una serie de específicas limitaciones y requisitos para cada uno de los supuestos; así, para las leyes de bases se establece no sólo la necesaria precisión del objeto y alcance de la delegación, sino incluso “los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio”, prohibiéndose en todo caso que contengan autorizaciones para su propia modificación o para dictar normas con carácter retroactivo (artículo 83); y respecto de las autorizaciones para refundir textos legales, se exige la determinación del ámbito normativo al que se refiere y el carácter de la autorización que en torno al mismo se concede (si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de

regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos).

- e) En quinto lugar, se establece un control de todo el sistema de delegación, haciéndose compatible el de los tribunales con la existencia en las leyes de delegación de fórmulas adicionales de control.
- Finalmente, a la vista del sistema general establecido de producción del derecho y especialmente del papel protagonista del Parlamento en materia de legislación, de la prevención que se muestra hacia el Ejecutivo (no existe tampoco la reserva reglamentaria), del sistema de reserva de ley (y de la referencia reiterada a la regulación por ley de la materia), creo que hay bases suficientes para considerar anticonstitucional la posibilidad formal de la Constitución transmitiendo realmente la regulación de la materia reservada al Ejecutivo.

2) El segundo aspecto que se había considerado como posible vía de quiebra del principio de legalidad era el que derivaba de la crisis de legitimación que terminaba produciendo esa quiebra por necesidades de defensa del sistema.

Veámos, efectivamente, cómo la crisis de legitimación del Estado contemporáneo se manifestaba en que de las dos fuentes de legitimación características del Estado liberal que señalaba Ferrajoli, se acentuaba la de carácter político-democrático (con el nuevo carácter “consensual” que adquiría) y se oscurecía y, en cierta medida, se sacrificaba la de carácter jurídico que suponía la construcción clásica del Estado de derecho.

Sin embargo, en el caso de la Constitución española este hecho no se registra. Si a las consideraciones hechas en el apartado anterior se añade la proclamación expresa, minuciosa y hasta reiterativa de los principios básicos del Estado de derecho [“los poderes públicos quedan sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (artículo 9.1); “la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, así como el principio de legalidad, quedan garantizados por la Constitución” (artículo 9.3); “la administración sirve con objetividad los intereses públicos y actúa con some-

timiento pleno a la ley y al Derecho” (artículo 103.1); “los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican” (artículo 106.1), etcétera], así como la cuidadosa referencia a su continuidad y vigencia durante situaciones de anormalidad en la vida constitucional (artículo 116.6), autorizan, por el contrario, a señalar que se mantiene en primer término la legitimación a través de la legalidad.

Igualmente, el mantenimiento del sistema de legalidad me parece que tiene una apreciable garantía en la forma en que se configura tanto la legislación de necesidad como el derecho excepcional.

Por lo que se refiere a la legislación de necesidad por el Ejecutivo, se reduce su ámbito a las materias que no estén incursas en la reserva absoluta de ley, a las que en ningún caso podrá referirse, y el Congreso, en el plazo de un mes, decidirá sobre su convalidación o derogación, pudiendo el Parlamento durante ese mismo plazo tramitarlo como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (artículo 86).

En cuanto a la legislación excepcional, los caracteres más relevantes son:

a) La intervención gradualmente más intensa del Congreso de los Diputados de acuerdo con la gravedad de la situación que se declara (autorización sin más especificación para el estado de alarma, autorización especificándose el ámbito y la duración para el estado de excepción y declaración por la mayoría absoluta del Congreso del estado de sitio, fijando también su ámbito, duración y condiciones (artículo 116).

b) Mantenimiento durante la situación de anomalía del sistema institucional y legal normal en cuanto no resulte afectado por el derecho excepcional (artículo 116.5 y 6).

c) Durante el estado de excepción se mantienen los derechos del detenido establecidos en el artículo 17.3 y, en todo caso, el derecho de asociación no puede resultar afectado por la legislación de excepción en cualquiera de sus formas.

De todo lo expuesto se deduce, en primer término, una valoración del Parlamento en el conjunto del sistema previsto por el proyecto constitucional que debe modular la que se obtendría a partir únicamente de la consideración de los mecanismos institucionales que configura la relación gobierno-Parlamento; esa valoración, que incluye el protagonismo parlamentario en la implementación jurídica de las actuaciones del gobierno,

puede, además, incidir disfuncionalmente en la articulación prevista de estas relaciones, haciendo posible no sólo la existencia de gobiernos minoritarios irresponsables políticamente, como ha señalado el profesor Santamaría,²⁹⁹ sino impotentes y paralizados en su actuación programática. Puede ser una contradicción más que se inserte en el sistema de contradicciones a que puede dar lugar esa protagonización jurídica del Parlamento y que posiblemente se conecta a la crisis de hegemonía existente durante el proceso constituyente y que en buena medida lo ha condicionado (por ejemplo, posibilitando negativamente su carácter consensual).

En cualquier caso, creo que la valoración del Parlamento hay que hacerla teniendo en cuenta su directa relación con algo que me parece quizá de lo más destacable y positivo de la nueva Constitución española: la articulación y defensa que en ella se contiene del principio de legalidad. Y la importancia y trascendencia desde una perspectiva democrática del mantenimiento del principio de legalidad y, en definitiva, de los supuestos del Estado de derecho, se deducen de su virtualidad e incidencia en las siguientes cuestiones:

1) En primer lugar, en cuanto, como se expuso en la primera parte, las exigencias de las funciones económicas que hoy debe necesariamente desempeñar el Estado del capitalismo moderno para mantener el sistema y específicamente satisfacer los intereses de la fracción hegemónica monopolista, necesitan articularse en un nuevo orden de competencias del aparato del Estado que permitan la regulación coyuntural y concreta y el predominio de la administración, lo que llevaba a la quiebra del principio de legalidad, el mantenimiento de éste, en cuanto introductor de disfunciones y obstáculos a esa dominación hegemónica que pueden, a su vez, abrir cauces transformadores de la correlación de fuerzas en el aparato del Estado, parece un objetivo indiscutible de la lucha democrática.

2) En segundo lugar, en cuanto al principio de legalidad se vinculan la defensa y subsistencia de los derechos y libertades. Frente a lo que eufemísticamente se llama hoy democracia consensual, en la que la lucha política se reduce en gran medida “a la mera distribución del producto social y a la elección de personalidades”, en la que la minoría que di-

²⁹⁹ Véase Santamaría Osorio, J., “Las relaciones entre gobierno y cortes en el anteproyecto”, en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978.

siente se la aparta y, en gran medida, se la sanciona para defender esa totalidad homogénea en la que “el pluralismo es meramente ideológico y los grupos políticos una coartada más”, la instauración y ejercicio de los derechos y libertades es, como señala la teoría crítica, realmente subversivo. Como ha escrito Ferrajoli, si es cierto que la democracia política y el Estado de derecho están destinados a decaer con el desarrollo histórico del capitalismo, ello no quiere decir que la defensa del Estado de derecho y de las garantías de la libertad sean extraños a los intereses de la clase trabajadora. Al contrario, porque el Estado y el capital tienden hoy a destruirlos y convertir la Constitución de instrumento de tutela de la libertad civil y del disenso político en instrumento de legitimación de la autoridad y del consenso, su defensa es hoy un objetivo irrenunciable de la lucha de clases; es, además, una exigencia, porque estos derechos y libertades son un requisito inexcusable para la organización y promoción de la conciencia política, de forma que desde esta perspectiva puede decirse que han perdido ya su doble carácter: individual y burgués.³⁰⁰

3) En tercer lugar, porque el principio de legalidad parece configurarse como un marco necesario para la etapa de transición, como principio ordenador y garantizador del progreso hacia las nuevas formas sociales.

En la transición a la nueva sociedad —señala Cerroni—³⁰¹ hay que mantener los principios básicos de la democracia política, y el principio de legalidad —afirma— es esencial a la democracia política. Y en el mismo sentido, Luigi Berlinguer escribe:

Tenemos que construir una nueva forma porque la transición no es posible en el cuadro formal del pasado; pero la crítica de la forma burguesa no puede llegar a renunciar a la forma en absoluto, a ignorar su importancia objetiva; hay que señalar el nuevo valor de la legalidad en la alteración de la correlación entre las clases, que puede desempeñar el papel no de fuerza particular, sino general, hegemónica, protagonista de la reforma del Estado y de la sociedad.³⁰²

Por todo ello me parece importante y positiva la forma en que la nueva Constitución española establece y configura cuidadosamente los supuestos básicos del Estado de derecho. Por ello también se ha dicho

300 Ferrajoli, L., *Esiste..., cit.*, pp. 58 y 59.

301 Cerroni, V., *La regole..., cit.*

302 Berlinguer, L., “Il problema dello Stato oggi”, *Rev. Democrazia e Diritto*, núm. 1, p. 17.

que efectivamente parece responder más a los supuestos demoliberales que a los del llamado “Estado social”. Pero en las circunstancias actuales del Estado contemporáneo más esperanza hay que tener en los resultados a que conduzca el progreso en la correlación de fuerzas que en el Estado “prestador de servicios”, en las vías que se abran para la actuación de las fuerzas democráticas que en lo que el Estado “deba hacer”. Naturalmente que por esas mismas razones la previsión constitucional puede ser desconocida. No se puede incurrir en la mitificación parlamentaria³⁰³

303 Ya desde los tiempos del marxismo clásico se encuentran análisis y referencias abundantes a este tema inmersos en el tratamiento de las diferentes “formas de Estado”. Así, Engels afirma: “Se cree haber dado un paso enormemente audaz con librarse de la fe en la monarquía hereditaria y surge el entusiasmo por la república democrática. En realidad, el Estado no es más que una máquina para la opresión de una clase por otra lo mismo en la república democrática que bajo la monarquía”. (Prólogo a *La guerra civil en Francia*, Barcelona, Ed. de Cultura Popular, 1968, p. 28). Igualmente, Lenin señala: “La omnipotencia de la riqueza es más segura en las repúblicas democráticas porque no dependen de la mala envoltura política del capitalismo, y, por tanto, el capital, al dominarla, cimenta su poder de un modo tan seguro que ningún cambio de instituciones ni de partidos dentro de la república democrática burguesa hace vacilar este poder”. (*El Estado y la revolución*, Pekín, ed. Lenguas extranjeras, 1968, p. 16); y en otro lugar: “Las formas de los Estados burgueses son extraordinariamente diversas, pero en esencia es la misma: todos esos Estados son, bajo una forma o bajo otra, pero en último resultado, necesariamente, una dictadura de la burguesía”. (*Ibidem*, p. 42).

Se matizan, no obstante, las diferencias; así Lenin, escribe: “Si Engels dice que bajo la república democrática el Estado sigue siendo lo mismo que bajo la monarquía [...] esto no significa en modo alguno que la forma de opresión sea indiferente [...] una forma de lucha de clases y de opresión de clase más amplia, más libre, más abierta, facilita en proporciones gigantescas la incursión del proletariado en la lucha por la destrucción de las clases en general”. (*Ibidem*, p. 98). Y en el mismo sentido: “El que la república democrática es el acceso más próximo a la dictadura del proletariado, es una idea que va como hilo de engarce en todas las obras de Marx; pues esta república, que no suprime la dominación del capital ni, por tanto, la opresión de las masas ni la lucha de clases, lleva inevitablemente a un despliegue y agudización tales de esa lucha que, tan pronto como surge la posibilidad de satisfacer los intereses de las masas oprimidas, éstos se realizan inmediatamente en la dictadura del proletariado”. (*Ibidem*, p. 86). Engels, asimismo, afirma que “la república democrática, que en nuestras condiciones sociales modernas se va haciendo cada vez más una necesidad ineludible, es la forma de Estado única bajo la cual puede darse la batalla entre el proletariado y la burguesía [...]” (*El origen de la familia*, Madrid, Ed. Fundamentos, 1970, p. 215). Marx, igualmente, sobre todo en *El 18 Brumario*, hace numerosas referencias a las diferencias que conlleva el predominio de uno u otro poder en relación con la situación de las clases que en ellos se instalan y, a un nivel general, señala que el Poder Ejecutivo, por oposición al Legislativo, expresa la heteronomía de la nación por oposición a la autonomía; mientras en éste se expresa la voluntad de la nación (voluntad de la clase dominante) esta voluntad, en el caso del Ejecutivo, se somete a los dictados de un poder extraño (*El 18 Brumario*, Barcelona, Ariel, 1971, p. 141); y en la *Crítica de la filosofía del derecho de Hegel* señala la importancia del Poder Legislativo como mecanismo de transición y conversión de la sociedad civil a la política (véase sobre este tema Campanella, M., “Marx e la disoluzione dello Stato. Il potere legislativo”, en *Stato e teorie marxiste*, Milán, Mazzota, 1977, afirmando que donde ha dominado ha hecho la “gran revolución”, mientras donde ha dominado el Ejecutivo ha hecho, en cambio, la “pequeña revolución”, la revolución reaccionaria. Pesa en Marx todavía, al referirse aquí a la Revolución francesa, el prestigio y mitificación de las asambleas parlamentarias revolucionarias, a lo que Poulantzas atribuye la generalización de la idea de que el

ni desconocer que técnicamente nada se opone a que desde el propio Parlamento pueda ejercerse la hegemonía de la clase o fracción monopolística, que la propia configuración del Parlamento a tenor del sistema electoral no es precisamente un modelo democrático y que, en fin, el propio sistema del Estado de derecho puede resultar corrompido de múltiples formas (abuso de las leyes-cuadro, del sistema de remisión a reglamentos, ineficaz funcionamiento del sistema de garantías jurisdiccionales, etcétera). Todo ello es cierto, pero todo ello también ocurrirá por razones que ya no están en la Constitución. Y ésa es una predicción que no corresponde hacer ahora. Ahora hay que valorar sólo el marco constitucional, una posibilidad no desdeñable de encontrar cauces y armas jurídico-políticas importantes para plantear la lucha frente al capital monopolístico y en favor del progreso y profundización democráticos.

3. *Democracia y derecho en la crisis del Estado social*³⁰⁴

El paso del Estado liberal al Estado social no es resultado de una especie de evolución “genético-natural” como ha divulgado una concepción iluminista de la historia de base epistemológica metafísica. Parece, por el contrario, que las cosas son bien distintas.

Como se sabe, en el precapitalismo (esclavismo, feudalismo) la obtención del excedente depende y en definitiva tiene lugar a través de mecanismos ideológicos; son las relaciones de esclavitud o servidumbre y su mantenimiento las que lo posibilitan, y ese tipo de relaciones son ideológicas aunque tengan efectos económicos. De ahí que en cierta forma pueda decirse que no sólo se insertan en las relaciones de producción, sino que ellas mismas se configuran como tales, de manera que en el precapitalismo no sería posible distinguir lo económico y lo político y, por tanto, la “estructura” y la “superestructura”, sino, en todo caso, las “funciones” de una y otra, por lo que, en ese supuesto, la “superestruc-

predominio del Legislativo implicaba una legitimación auténticamente democrática frente al Ejecutivo. Poulantzas, sin embargo, con menos matizaciones que los “clásicos”, afirma que esto no es más que un mero proceso ideológico, que el Estado sigue siendo, también en ese caso, un Estado capitalista al que, por tanto, debe dirigirse la misma crítica en cuanto cumple las mismas funciones (*Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, Madrid, Siglo XXI, 1972, pp. 408 y ss.).

304 Publicado en la revista *Sistema*, núms. 118-119, 1994.

tura” haría funciones de “estructura”. Es, como se sabe, la crítica al concepto de modo de producción procedente de ciertos enfoques antropológicos (Godelier). En todo caso, lo que es indudable es que en el precapitalismo no se produce la separación entre lo económico y lo político, trasunto de la no separación entre medios de producción y trabajadores y de la no configuración de la mercancía.

El capitalismo, sin embargo, funciona de manera bien distinta. La separación clara entre medios de producción y trabajadores que aquí aparecen como “libres”, lo que permite el “libre” intercambio y por consiguiente la configuración de la mercancía, hacen que el excedente se obtenga a través del mercado, es decir, a través de mecanismos estrictamente económicos. Por tanto, lo económico se separa de lo político y funciona por sí solo. Es la fase que representa el Estado liberal y sus teóricos ideologizan este hecho (el del funcionamiento separado y autosuficiente del mercado, de “lo económico”), a través del dogma de la “armonía espontánea”, que exige la separación Estado-sociedad, de manera que el Estado —necesario en cuanto “vigilante”— debe abstenerse de intervenir en la adecuada autorregulación social. Aquí estará el origen de la consideración del Estado como un peligro para —en términos reales y no ideológicos— el funcionamiento libre del mercado y, por tanto, para la obtención del excedente. Esta será la contradicción liberal: el Estado es necesario para posibilitar, garantizar y legitimar las condiciones de la competencia, pero simultáneamente es potencialmente un peligro. Toda la teorización liberal expresará esta contradicción: desde la perspectiva del Estado se construirán las teorías “puras” del Estado y del derecho en útil desarrollo del idealismo kantiano y desde la perspectiva de la sociedad, a través de la teorización política de la libertad y la teorización jurídica de la subjetividad.

Es, naturalmente, la fase del capitalismo liberal.

En la fase del capitalismo monopolístico se producen cambios fundamentales. Las relaciones entre lo político y lo económico, entre el Estado y la sociedad se establecen desde otros supuestos que hacen que a la separación suceda la interrelación. Esto es lo que inicialmente significa y supone la aparición del Estado social. Las explicaciones que se han dado a este hecho son básicamente las siguientes:

1. Una explicación de carácter funcionalista en cuanto se entiende que la interrelación Estado-sociedad, y en definitiva la aparición del Estado social, tiene lugar como consecuencia de las disfunciones que crea el desarrollo del sistema capitalista, y su finalidad es compensarlas y restablecer el equilibrio en sociedades cada vez más diferenciadas y potencialmente conflictivas. Esta explicación tiene dos tendencias según se considere que el factor desencadenante es el desarrollo económico o el desarrollo político.

La primera se origina a partir del optimismo que el proceso de acumulación de la segunda posguerra mundial produce en la teoría económica. Se va a sostener que el capitalismo ha superado la fase cíclica, y que su prosperidad es estable. El problema ya no es el de la escasez, sino el de la distribución adecuada de la abundancia. Porque la verdadera problemática de la “sociedad opulenta” (denominación característica de la época) es que el desarrollo económico y la modernización con los procesos subsiguientes que desencadenan (redistribución de recursos, de la población activa, movimientos migratorios, urbanismo, etcétera) generan desajustes, nuevos riesgos y necesidades, de manera que el Estado es el instrumento adecuado para compensarlos haciendo posible la compatibilidad entre capitalismo y bienestar general (Alber, Lebeaux, Wilenski).

La segunda, considera que el elemento determinante no es tanto el desarrollo económico como el desarrollo político, entendiendo por éste el progresivo peso político que alcanzan las clases más desfavorecidas, que, en la medida en la que acceden a la participación y al voto hacen que las élites políticas, para legitimarse ante ellas, les hagan concesiones de diferente naturaleza que terminan redundando en el equilibrio general; pero bien entendido que los beneficios sociales obtenidos no son resultado de la lucha o la reivindicación desde abajo, sino concesión —bien que por propia conveniencia— realizada desde arriba. El análisis histórico empírico, se afirma (Alber, Marshall), prueba cómo los primeros programas de asistencia aparecen donde antes se generaliza el derecho al voto (y no donde mayor es la industrialización), la extensión de los beneficios sociales se corresponde con el peso político de los partidos obreros (y no con las organizaciones sociales y reivindicativas) y su consolidación se generaliza (y no depende del partido en el poder). A con-

clusiones muy próximas se llega desde los teóricos del análisis económico del proceso político (Buchanan).

2. Una explicación de carácter economicista. A partir de la situación creada tras la Segunda Guerra Mundial (destrucción de capital y fuerzas productivas), las posibilidades y exigencias de la acumulación capitalista demandaron una actuación del Estado necesaria para que se produjera, y que es la causa de la aparición del Estado social. Esta explicación tiene, asimismo, dos tendencias según se entienda que esa actuación del Estado es externa al proceso económico al que sirve de manera instrumental (Miliband, Boccara), suministrando las precondiciones necesarias para su desarrollo, pero que él mismo no genera por estar fuera de la lógica del beneficio (Yaffe, Altvater) o que por el contrario actúa en el interior del mismo, bien insertándose en las relaciones de producción (Poulantzas), bien a través de mecanismos selectivos protectores del sistema económico (Offe).

3. Una explicación de carácter dialéctico que encierra elementos incluidos en las dos anteriores. Se va a considerar, en efecto, que junto a las exigencias de la acumulación van a surgir las que genera el proceso progresivo de socialización de la producción, es decir, las planteadas por los trabajadores, de manera que junto y simultáneamente a las exigencias de la acumulación están las de legitimación. De esta forma, el Estado se ve sometido a la presión de dos fuerzas contradictorias: la del capital y la del trabajo. Esta contradicción terminó resolviéndose —en y a través del Estado— en una conciliación tácita, en un pacto objetivo entre ambos que es justamente lo definitorio del Estado social (Bowles-Gintis). Este pacto se manifiesta en un despliegue de la actuación del Estado para atender las exigencias de ambos frentes: el del capital y el del trabajo, o, lo que es lo mismo, a un doble tipo de intervencionismo: el intervencionismo en el ámbito económico y el intervencionismo en el ámbito social.

Lo que ocurrió, no obstante, fue que la actuación del Estado social distó mucho de ser lo equilibrada e igualitaria que respecto de las dos partes en presencia sugería el término —pacto— con el que se definía. Porque, ciertamente, no es dudoso que el intervencionismo económico tendía directamente a favorecer la acumulación a través de actuaciones que procuraron, de una parte, aumentar la productividad (como son todas

las referentes a infraestructuras y, en general, las necesarias al funcionamiento del capitalismo, pero que su estricta dinámica económica no produce y que favorecen de manera especial al sector monopolístico por estar en condiciones de utilizarlos con más intensidad, ser con frecuencia el único capaz de hacerlo como en el caso de la ciencia aplicada y estar en condiciones de obtener mayor rentabilidad por sus condiciones de monopolio; cabría añadir la reestructuración de sectores que encubren en muchos casos procesos de concentración, las referentes a la vinculación de la economía nacional al mercado mundial, las compras públicas de gran importancia cuantitativa y cualitativa y que se hacen igualmente de manera habitual a la gran empresa, tanto porque es con frecuencia la única que puede suministrarlas como porque es la que lo puede hacer en las mejores condiciones, etcétera), y, de otra, evitar la sobreacumulación (como las adquisiciones de las empresas en crisis actuando como “Cruz Roja del capitalismo” “nacionalizando las pérdidas” o los gastos en armamento que retiran definitivamente del mercado capital constante), que, además de potenciar el sector monopolístico, favorecerían una reestructuración específica de la economía al reducir el sector competitivo (capital medio y pequeño) a las dimensiones necesarias para constituirse de manera general en complementario de aquél (producción y funciones auxiliares, distribuidor de sus productos, empleo de mano de obra menos calificada y no integrable en los procesos más tecnificados, incluso actuando como mecanismo utilizado por el sector monopolístico para obviar algunos de los inconvenientes de la gran empresa: el fuerte asentamiento sindical, la legislación industrial y laboral que no afectan a la pequeña empresa, lo que dio lugar a procesos de descentralización de ésta en múltiples pequeñas empresas, etcétera).

Pero es que el intervencionismo social, que en principio se concebía, naturalmente, como la “contraprestación” equilibradora de la anterior que recibiría la otra parte del pacto, se hizo de tal manera que en buena medida, cuantitativa y cualitativamente, beneficiaba también a la primera. Así ocurrió que este intervencionismo social manifestado en las prestaciones y derechos sociales se convirtió objetivamente en un medio de costear la reproducción de la fuerza de trabajo (a través de las prestaciones de sanidad, seguridad social, vivienda, etcétera) y su cualificación (a través de las distintas formas de la enseñanza pública); en un mecanismo de disciplina e integración social en cuanto los beneficios sociales

sólo se obtienen si se ha participado en el proceso productivo como trabajador, lo que supone, por tanto, la necesidad de aceptar las condiciones del mercado de trabajo: en una forma de absorber el conflicto básico al sustituirse la alternativa de cambio global por la reivindicación concreta transformándose la compleja problemática del “trabajador” por la simple del consumidor y la del ciudadano por la del cliente del *Welfare State*; y en un importante elemento de legitimación en cuanto a través de esas prestaciones y derechos el Estado aparece como el “Estado de todos”, incluso con un tratamiento privilegiado a los más necesitados. No se quiere con ello ignorar los aspectos positivos que ese “intervencionismo social” tuvo para la clase trabajadora y la importancia de la penetración de la “negación” (el trabajo) en el sistema jurídico del modo de producción capitalista con la ruptura de algunos de sus dogmas (igualdad, generalidad, unidad, etcétera) al introducirse la contradicción con las posibilidades que abría, pero debe subrayarse, no obstante, aquella otra perspectiva más oculta, pero no menos real.

Este doble intervencionismo del Estado en lo económico y en lo social, produce una doble consecuencia: un nuevo tipo de interrelación entre lo económico y lo social y un nuevo tipo de interrelación entre lo político y lo económico.

Siempre ha existido una interrelación entre lo económico y lo social. Lo que ocurre es que ahora, de una parte, esta interrelación adquiere un especial carácter (la progresiva concentración y subsiguiente socialización de la producción produce una reestructuración social general, tanto en la estratificación como en la distribución de la población y su dinámica, con las subsiguientes consecuencias sobre el medio ambiente, urbanismo, etcétera, y a su vez la intervención social tiene los efectos económicos antes aludidos —costear la reproducción y cualificación de la fuerza de trabajo, etcétera—, de manera que es una relación de doble sentido) y, de otra, es que esta interrelación se establece ahora a través del Estado, o, lo que es lo mismo, que la lucha de clases se media por el Estado.

La interrelación entre lo político y lo económico supone la desaparición de aquella situación de separación propia del capitalismo liberal. Ahora no sólo aparece una relación entre ambos, sino que se ha establecido entre ellos una articulación tal que condiciona el proceso de acumulación. Y si esto es así, si ese tipo de relación condiciona el proceso

de acumulación, quiere decirse que si uno de los dos términos de esa relación cambia, deben producirse inmediatos efectos en el otro para que ese proceso continúe y, en concreto, si el término económico cambia, debe cambiar el político, el Estado. Y eso es lo que ha ocurrido, que, efectivamente, el sistema económico ha sufrido cambios profundos desde la crisis de los setenta, que se acentúan con la crisis actual y es que, aunque no se trate de exponer aquí las teorías de las crisis entendidas como obstáculos al proceso de acumulación por las dificultades surgidas en la obtención del plusvalor, sí cabe señalar que cualquiera que sea la que se adopte en torno a su causa, lo cierto es que las estrategias utilizadas para superarlas han sido tratar de restablecer las virtualidades del mercado (de capital constante y variable) y ajustar los gastos y actuaciones del Estado. Sucedió, sin embargo, que el Estado social dificultaba notablemente esas estrategias. Así, en lo que se refiere al funcionamiento del mercado de capital constante que en momentos de crisis permitiría al capital más desvalorizado ser adquirido por el más resistente en esas condiciones de desvalorización, de manera que resultaría fortalecido (por eso se hablaba de las crisis como las “purgas del capitalismo” o se las comparaba a los beneficiosos efectos de la selección natural que elimina a los más débiles) el capital en su conjunto (disminuía la composición orgánica del capital) aunque algunos capitalistas en concreto resultaran perjudicados, la actuación del Estado al adquirir ese capital desvalorizado lo sacaba del mercado e impedía aquellos efectos; en lo referente al mercado de trabajo, los efectos de la crisis con el subsiguiente aumento del desempleo (lo que se llamó el “ejército de reserva”) daría lugar a una correspondiente disminución de los salarios, pero la actuación del Estado social con su protección al trabajador le ponía en cierta forma a cubierto del puro juego de la oferta y la demanda, permitiéndole hasta cierto punto resistir mientras las condiciones de trabajo no adquirieran cierto nivel; finalmente, los gastos del Estado trataban de ajustarse a las exigencias del aumento y realización del plusvalor, pero con el Estado social los gastos se han disparado mucho más allá de esas exigencias por diversos motivos (aumento permanente de las demandas de cobertura de riesgo y necesidades, acudir al déficit para financiarse, lo que contribuye a convertir al capital monetario en escaso y caro con su efecto negativo sobre las inversiones, dificultad para racionalizar y conseguir la eficacia en esta materia, etcétera), lo que hace del sector público una carga insopor-

table para el sector privado que se agudiza con las limitaciones que determinadas actuaciones del Estado imponen a este último como consecuencia de las nuevas demandas y exigencias en materia de sanidad, consumo, medio ambiente, etcétera. Por consiguiente, resulta que la desaparición del Estado social o su importante transformación es una exigencia para salir de la crisis. Y esto es lo que reflejan las políticas seguidas para superarla, hasta el punto de que probablemente habría que utilizar el singular, pues básicamente ha sido una sola. No obstante, se suele hablar, aunque en forma más destinada al consumo político “democrático” —mantener la imagen del pluralismo, de la dialéctica gobierno-oposición e izquierda-derecha—, que con motivos reales, de una doble política ante la crisis que sólo muy levemente cabe distinguir: la socialdemócrata y la liberal o liberal-conservadora. Así, en su actitud ante el Estado, la diferencia está en que mientras la socialdemócrata ha mantenido un cierto papel intervencionista del Estado, aunque no por razones políticas, sino de estricta racionalidad técnica, la liberal es más radical en la defensa del mercado, dejando al Estado reducido a un mero estimulador y protector del mismo a través de actuaciones en política monetaria, fiscal, sobre la oferta, y procurando una neutralización ideológica y política que evite la inflación de las demandas; pero, indudablemente, son más importantes sus coincidencias en aquellos dos tipos de intervencionismo característicos del Estado social; en cuanto al intervencionismo económico, las actuaciones del Estado se deciden y valoran en términos de rentabilidad económica y eficiencia técnica, reduciéndose, por tanto, a los ámbitos o sectores en que sea posible, de manera que inserto en la lógica del capital más que movido por el complejo de componentes que configuran la esfera de lo público, puede decirse que se asiste no sólo a una transformación cuantitativa (reducción), sino cualitativa del Estado en el sentido de que, desde esa perspectiva, se ha “privatizado”; en cuanto al intervencionismo social, se reduce o desaparece buena parte de aquella protección que evitaba que el trabajo estuviera sometido totalmente a las leyes del mercado. Y ambos hechos suponen lo que se conoce como crisis del Estado social, producida básicamente en el ámbito económico y termina proyectándose al orden democrático y al orden jurídico.

A. *Crisis del Estado social y crisis democrática*

Toda esa transformación incluye un cambio en las actuaciones del Estado que, dada la socialización de la producción de las sociedades actuales, es claramente desfavorable para la mayoría, por lo que parece contradictorio que puedan decidirse por esa mayoría, es decir, democráticamente. De ahí que haya surgido la tesis de la incompatibilidad entre la democracia y el capitalismo, de si la compatibilidad entre democracia y capitalismo es solamente coyuntural respondiendo exclusivamente a las fases de crecimiento, porque en definitiva toda dominación de clase es tendencialmente autoritaria. Así cobra sentido el que comience a plantearse el interrogante de si es la democracia perjudicial para el crecimiento (*Bussines Week*, 7 de junio de 1993) y se afirma que “al menos a corto plazo” el autoritarismo es más eficaz.

La incompatibilidad entre democracia y capitalismo se acentúa en la fase del Estado social en la medida en que a través del intervencionismo del Estado, la democracia se extendía y alcanzaba el ámbito de la economía, de la producción. De ahí que la primera consecuencia de la crisis del Estado social, de la reducción del papel del Estado y su intervencionismo socioeconómico, sea vaciar a la democracia de ese contenido socioeconómico. Es a lo que responde el desiderátum expresado en la fórmula “la economía fuera de la política”.

A este primer nivel de reducción de la democracia se produce un segundo nivel: el de reducir las distintas formas de participación para dejarla limitada, de un lado, a la mera participación electoral y, de otro, al estricto ámbito de las instituciones político-representativas (Parlamento, partidos) desalentando cualquier otra que permita una movilización o actuación más constante y una canalización consciente de las cada vez mayor número de demandas no atendidas por la crisis del Estado social.

Pero es que, además, hay un tercer nivel, y es la crisis que aparece también en estas instituciones específicamente representativas y destinadas a ser el único escenario de la democracia: Parlamento y partidos, por otra parte en profunda interrelación. Los parlamentos no sólo se convierten en instrumentos de ratificación de las decisiones básicas para actuar sobre la crisis que se toman fuera del mismo y a las que no obstante legitiman democráticamente, sino que cada vez más se les vacía de todo contenido socioeconómico de mediación del conflicto, de manera

que cuestiones absolutamente determinantes ni siquiera pasan por el Parlamento. Tal ha ocurrido con las diferentes maneras de encauzar el conflicto básico capital-trabajo que cualquiera que sea la forma que adopte (modelo corporativo, autoritario, etcétera) se desarrolla fuera de la institución representativa por excelencia, en un ámbito indeterminado y bajo una cobertura jurídica también inespecífica, aunque el término genérico con el que se suele designar —pacto— apunta más al campo de lo privado que al de lo público, si bien abarca cada vez más aspectos básicos de la política económica.

Y lo que ocurre con el Parlamento ocurre con los partidos políticos en el sentido de que no sólo están también ausentes de esa escenificación del conflicto básico, sino que se les vacía igualmente de buena parte de los conflictos secundarios o derivados en cuanto los intereses de cierta relevancia y los grupos colectivos que están tras ellos “se representan a sí mismos”, actúan por sí mismos, sin la mediación de los partidos, lo que configura el carácter corporatista de las sociedades actuales.

Y todo ello, el extrañamiento del conflicto tanto del Parlamento como de los partidos, supone “despolitizarlo” tanto en un sentido literal y técnico —sacarlo fuera de las instituciones políticas— como en su tratamiento, que ya no es político, es decir, general y global, sino sindical y corporativo, es decir, económico y sectorial.

Toda esta problemática se prolonga y acentúa por la específica situación por la que pasan los partidos que, obligados cada vez más a moverse en un ámbito más reducido de opciones, por ser cada vez más concretas las demandas económico-políticas en una fase de crisis, como antes se expuso, resultan cada vez más próximos, menos diferenciados, hasta convertir a las democracias modernas en “objetivamente consensuales”, en el sentido de que el “consenso” es más la coincidencia objetiva de planteamientos que una opción libremente elegida por los partidos. Esta indiferenciación de los partidos se potencia porque al ser las sociedades actuales cada vez más fragmentadas y complejas, la dinámica electoral lleva a los partidos a intentar abarcar demandas de un amplísimo espectro social. Ambas circunstancias se traducen en una pérdida de identificación del ciudadano (militante, simpatizante, votante) con “su” partido, que conduce igualmente a un nuevo déficit de representación. Pero también ambas circunstancias acentúan la tendencia a la oligarquización en el sentido de que sitúan las cuestiones básicas fuera de la libre discusión

y elección opcional, de manera que la propugnada democratización de los partidos está destinada más a cubrir la pérdida de legitimación que estos hechos representan en el sistema democrático, a establecer reglas comunes que de nuevo homogeneicen a los partidos y como arma ideológico-técnica frene a los partidos antisistema.

El resultado de todo ello es la generación de procesos de despolitización, descrédito de la política y mínima significación del subsistema político, lo que, mientras se mantenga en los niveles mínimos necesarios de legitimación o eficiencia respecto de los intereses o problemas básicos, es funcional al sistema de dominación.

Finalmente, cabe señalar que la influencia de la crisis del Estado social en la democracia no sólo se produce en el ámbito político, sino en el social, con una pérdida también de protagonismo y representatividad de sus organizaciones. Ha sucedido, en efecto, que también un movimiento obrero fuertemente organizado, consciente y combativo, era un evidente obstáculo para restablecer el proceso de acumulación en una época de crisis. Su desarticulación es una necesidad más para superarla. De ahí que a los sindicatos o se los ha combatido y descalificado directa y frontalmente desde el Estado, cualquiera que sea el partido en el poder, o se han comportado dócilmente, con moderación, “con ejercicio de la autorresponsabilidad”, con lo que, en definitiva, se han terminado convirtiendo en el cauce institucional decisivo para encauzar el conflicto y transmitir el coste de la crisis a la clase trabajadora. Los efectos de esta situación han sido también la pérdida de representatividad sindical, la aparición de sindicatos locales, movimientos corporativos y de buen número de conflictos no mediados por los sindicatos, degenerando en protestas sin dirección unitaria que en el último escalón terminan en la delincuencia, reprimida al amparo legitimador de la seguridad ciudadana. Esta fragmentación del movimiento obrero se potencia al concurrir otros factores: la división entre trabajadores con empleo, o sin él, entre trabajadores del sector monopolístico y del competitivo y entre nacionales y extranjeros con fenómenos de conflictividad interna. La amortiguación que supone la “rotación” en el empleo con las formas diversas de contratación temporal completan el cuadro desmovilizador.

Esta reducción de la democracia, tanto en el nivel político como en el social, explica dos hechos expresivos de una clara distorsión de la dinámica y lógica democráticas: que gobiernos y partidos con políticas

de ajuste duro y, por tanto, perjudiciales para la mayoría social, no resulten castigados electoralmente en esta misma medida y que el carácter cuantitativo y cualitativo de la conflictividad social sea notablemente inferior al previsible y esperable. Ciertamente, hay otros factores (procesos ideológicos, medios de comunicación y control de la opinión pública, etcétera), pero éstos son básicos y facilitan y amplían el efecto de los demás.

B. Crisis del Estado social y crisis del Estado de derecho

Los efectos de la crisis del Estado social en el Estado de derecho se proyectan de la manera siguiente:

1. El cambio en los objetivos y actuaciones del Estado demandan un instrumental jurídico al que no se ajusta la configuración clásica del Estado de derecho.

Este hecho está en la base de la transformación que se está operando en la ley como categoría básica del derecho público. Ocurre, en efecto, que aparte de otro tipo de cuestiones como las que se refieren a la pérdida de centralidad de la ley en los ordenamientos jurídicos de Constituciones normativas o a la destrucción del concepto unitario de ley, las tendencias desreguladoras se manifiestan en su disminución relativa respecto de la etapa anterior, en su utilización preferente para regular aspectos micro-sociales, o, lo que es lo mismo, intereses de grupos concretos como manifestación del corporativismo y en la peculiar configuración que adquieren cuando se trata de leyes que afectan a intereses más amplios como los referentes a políticas públicas, la producción o el trabajo o a aspectos de afectación general ciudadana, en cuyo caso aparecen indeterminadas en su contenido con una imprecisión en cuanto a los objetivos concretos y a la fijación de los medios, de manera que no sobrepasan las meras funciones simbólicas o legitimadoras quedando realmente en manos del Ejecutivo y de la administración la decisión real sobre la cuestión de que se trate. Hay que indicar, siquiera sea brevemente, que este tipo de derecho progresivamente “desustancializado” se defiende desde supuestos doctrinales que tienen su origen en la teoría de los sistemas (más que una función reguladora, el derecho debe servir para integrar disfunciones sociales y restablecer equilibrios en sociedades complejas), así como desde concepciones neopositivistas que sitúan en primer

término la consecución de finalidades técnicas de unidad, coherencia y sistemática del ordenamiento jurídico.

Pero, además, la virtualidad de la ley, derivada en gran parte de su peculiar procedimiento de elaboración, se atenúa notablemente al ser cada vez en mayor número “negociadas” fuera del Parlamento cuando de intereses o colectivos importantes se trata o cuando se refieren a las cada vez más numerosas “cuestiones de Estado”, en las que todos los partidos deben estar de acuerdo si no se quiere quedar fuera del “bloque democrático”. Y, finalmente, cabe indicar la cada vez más escasa virtualidad de la ley en lo referente a la innovación jurídica, a ejercer real-mente su “fuerza de ley”; su eficacia jurídica es cada vez menor en la medida en que la resistencia a las actuaciones del Estado social (en materia industrial, laboral —el supuesto de la economía sumergida es sólo el más exagerado—, contaminación y medio ambiente, sanidad y consumo) muestran de nuevo su incompatibilidad con el libre desarrollo capitalista. Simultáneamente a esta pérdida de centralidad de la ley como categoría del derecho público, se registra la cada vez mayor importancia del contrato —categoría básica del derecho privado— en las actuaciones del Estado, especialmente en aquellas que tienen por objeto la colaboración activa o estímulo de los intereses privados.

2. La ruptura del relativo equilibrio del “pacto” entre capital y trabajo en que consistía el Estado social en perjuicio del segundo, cesando buena parte de aquellas actuaciones de ese Estado que impedían que funcionara libremente en el mercado de trabajo la ley de la oferta y la demanda.

Este es un aspecto básico de la situación actual (nacional e internacional) tan simple en su determinación real como ideológicamente enmascarado y tan fundamental y definitorio que puede decirse que la economía de mercado es básicamente economía de mercado de trabajo.

La manifestación más específica afecta a los derechos sociales constitucionalmente reconocidos que pasan a ser función de políticas y magnitudes macroeconómicas hasta alcanzar los niveles mínimos exigidos por la armonía social y la legitimación política (y que por todo lo dicho hasta ahora son cada vez más bajos). A ello ha contribuido la deficiente articulación jurídica de esos derechos que han carecido de una cobertura garantista adecuada, de manera que uno de los supuestos básicos del Estado social (de derecho) ha seguido bajo el instrumental jurídico del Estado liberal (de derecho).

Sin embargo, como el descubrimiento de esos derechos es precisamente —como antes se apuntaba— resultado de políticas que aumentan las desigualdades y agudizan las necesidades, aumentan justamente las demandas de los mismos y al no existir la respuesta adecuada, sólo queda la respuesta autoritaria. Al liberalismo económico se corresponde el autoritarismo político. La expresión jurídica de estas situaciones es el llamado derecho de excepción, que aparece en toda Europa y que se designa a veces de forma bien inquietante: “el arsenal jurídico de las democracias”. La Ley Corcuera o proyectos como el de la Ley Mordaza serían, por ahora, algunas de sus últimas manifestaciones en España. Para estos supuestos, la reserva de ley no ha funcionado ciertamente como garantía de los derechos, pues precisamente se ha utilizado la ley como mecanismo legitimador de su restricción, tratándose, además, de leyes que afectan a las antes aludidas “cuestiones de Estado”, y que suelen aprobarse con grandes mayorías parlamentarias.

En todo caso, se pone así de manifiesto que no cabe separar —como “la ola de liberalismo que nos invade” en todos los ámbitos pone más o menos de manifiesto— los derechos sociales de los individuales, en cuanto el desconocimiento de los primeros provoca el de los segundos, y, por tanto, la lucha por los derechos y libertades es, simultáneamente, la lucha por los derechos sociales.

3. La conversión —como se indicaba— del Estado en el escenario del conflicto básico lo hace sujeto pasivo de las más diversas pretensiones. El alud de reivindicaciones individuales o colectivas que bajo la cobertura del derecho se dirigen al Estado, con utilización frecuentemente deformada de los mecanismos del Estado de derecho, muestran el desvío que, ante la insuficiencia o incapacidad del sistema institucional para resolverlo o canalizarlo, sufre el conflicto político que se desvirtúa y se transforma en jurídico. El supuesto más notable es la hipertrofia funcional de jueces y tribunales.

Quizá en alguna medida puedan encontrarse causas técnicas como las derivadas del margen de discrecionalidad del Ejecutivo a que antes se hizo referencia y que hacen más discutibles sus decisiones, pero en términos generales se trata de causas políticas, como son la ineficacia o anormal funcionamiento de las instituciones democrático-representativas para resolver o encauzar el conflicto (y que, por ejemplo, convierte a los tribunales constitucionales en órganos que deciden en última instancia

en las cuestiones políticas más relevantes) o para exigir responsabilidad política (trasladando la cuestión a los tribunales ordinarios). De ahí que los tribunales constitucionales y el Poder Judicial ocupen hoy un lugar que no le corresponde ni desde la estricta consideración jurídico-constitucional ni desde la lógica del sistema democrático representativo. Se trata no tanto de un desarrollo o transformación del sistema constitucional, cuanto de una patología o excrecencia del mismo y, por tanto, de un hecho que no cabe sancionar sino denunciar, y en la medida de lo posible corregir.

C. Contribución a una respuesta

La perspectiva a medio plazo no ofrece inicial y directamente síntomas de cambios básicos. Antes bien, parece que buena parte de lo que al utilizar el término “crisis” se pueda entender como coyuntural, debe entenderse en adelante como una configuración destinada a permanecer. De ahí que refiriéndonos al Estado habría que hablar más que de crisis de adecuación a las exigencias de la fase actual del capitalismo, remitiéndose, por tanto, a causalidades estructurales. Ello no quiere decir que la dinámica de la historia se haya detenido ni que esté inexorablemente determinada. En el primer aspecto (la dinámica histórica) hay un supuesto relativamente nuevo y que puede crear las condiciones para el segundo (la posible actuación para inducir transformaciones sociales). Se trata de la debatida cuestión acerca de la importancia que, especialmente en determinadas coyunturas históricas, tiene el factor internacional o externo sobre el nacional o interno y que en último término implicaba dilucidar el papel decisivo o no de la lucha de clases. Pues bien, en la situación actual y a diferencia de la inmediatamente anterior, el factor internacional está sufriendo un cambio importante. Parece, en efecto, que en la fase actual del capitalismo es imposible o han aumentado las dificultades para el crecimiento simultáneo de las economías de los países dominantes, se han acentuado las tendencias del crecimiento desigual, de los procesos de divergencia, lo que supone una también cada vez más difícil coordinación de las mismas y subsiguientemente una relajación de la disciplina y presión que pueden ejercer sobre los demás. Se crean así las condiciones que posibilitan el surgimiento de políticas cada vez más independientes con la aparición de distintas formas de nacionalismo

(el caso alemán y su política económica es probablemente un ejemplo significativo) y, por tanto, cobra más sentido plantearse la posibilidad de cambios en la articulación político-económica en el interior de cada formación social, es decir, en el otro aspecto —la no determinación histórica— a que antes se aludía.

En este sentido hay que empezar señalando que el Estado, su entidad y significado en las sociedades del capitalismo desarrollado, corre menos peligro de lo que las diferentes tendencias liberales del Estado mínimo o la neohegeliana del relevo en la realización del “espíritu” por parte del Estado a la sociedad civil, podrían hacer suponer. El Estado será el adecuado a la fase actual del capitalismo. Siempre deberá, de una parte, suministrar los prerequisites para su funcionamiento y que él mismo no produce y el adecuado sistema de seguridad. Ello implica intervención y regulación, y esto es lo que realmente ocurre en aquellos sistemas que más acentuadamente se reclaman del liberalismo, en los que no sólo se encuentran los aparatos represivos más poderosos y sofisticados sin que se haya registrado una disminución significativa, sino que se produce un intenso intervencionismo en materia de modernización del aparato industrial y cambio tecnológico, redistribución de costes, relaciones de trabajo, desarrollo de diferentes formas de proteccionismo, etcétera. Por eso precisamente es por lo que, para una importante corriente del pensamiento crítico, el Estado es siempre un Estado capitalista y sólo cabe —en un proceso de transición al socialismo— su transformación, simultánea al de la sociedad en su conjunto. Pero en las sociedades del capitalismo avanzado en cuanto la articulación político-económica reviste una peculiar intensidad y trascendencia y a la vez se acentúan las demandas de legitimación que hacen que se concentren en él espacios de lo público y de lo general, el Estado aparece como un objetivo sobre el que actuar incluso desde una óptica transformadora. Se trataría de utilizar esas características para intentar romper la lógica del mercado y abrir y ampliar cada vez más los espacios desmercantilizados que abarca el Estado ya antes aludidos: el económico como exigencias del proceso de acumulación y el social como exigencias de la legitimación.

El económico comprende todo aquel tipo de actuaciones e intervenciones dirigidas a potenciar el funcionamiento del sistema socioeconómico, de las que una parte importante afectan de manera especial al sector monopolístico y otras sufren un progresivo proceso de privatiza-

ción. Se trataría justamente de evitarlo a través del desarrollo de procesos contrarios que las pusieran al servicio de la sociedad en su conjunto en una ampliación sucesiva de ese ámbito que, desde este punto de vista, dejaría de ser propiamente “estatal” (Wright).

El social, que aunque pueda integrar otros aspectos relacionados de manera general con las exigencias de legitimación, comprende uno de especial trascendencia: el referente a la fuerza de trabajo. Hay que decir, no obstante, que este ámbito de actuación del Estado es asimilable inicialmente al anterior en cuanto se trata también de proporcionar al sistema económico algo que él mismo no puede generar, como es la fuerza de trabajo. De ahí que una de las funciones básicas del Estado capitalista sea la de garantizar la existencia del trabajo asalariado en condiciones de obtención de plusvalía según las exigencias históricas del proceso productivo. De ahí que también en este campo la actuación del Estado se realice, aunque desde fuera del mercado, en función del mercado. Por eso, desmercantilizarla supone que sea precisamente a través de ella como se consiga que el trabajo se vaya situando fuera de las leyes del mercado, evitar su desprotección y desvalorización e imponer la lógica de la asistencia (vinculada a la situación objetiva de necesidad y que es la lógica de la solidaridad) frente a la del seguro (vinculada a la personal relación con el mercado de trabajo y que es la lógica de la productividad).

Las vías a seguir para alcanzar esos supuestos transformadores deben encontrarse en las posibilidades que ofrecen aquellos otros dos momentos del Estado actual: el democrático —Estado democrático— y el jurídico —Estado de derecho— en trance de reducción y desconocimiento a partir de la crisis social, como antes se ha visto.

Respecto de las posibilidades democráticas, aparte de las concretas medidas técnicas que hoy se proponen ante la necesidad indiscutida de lo que se conoce como “reforma política”, interesa aquí proponer un supuesto teórico como punto de partida. Se trata de la recuperación de planteamientos relativa y progresivamente unitarios como práctica teórica y como práctica política. Porque, hasta la crisis del Estado social, la “fragmentación y complejidad” de las sociedades contemporáneas habían destruido —se afirmaba— los análisis y prácticas de clase, y aun se llegó a asegurar la pérdida de importancia y cambio de función del trabajo en cuanto había dejado de ser el elemento estructurante de la sociedad (Ha-

bermas). Pero la crisis actual ha permitido no sólo homogeneizar intereses y ampliar espacios comunes o de fácil convergencia, sino mostrar también el componente ideológico y de ocultamiento de la realidad que aquella postura implicaba; porque resulta que no hay política para salir de la crisis que no se base precisamente en el trabajo (los pactos sociales o las medidas de moderación de salarios y sueldos, la flexibilización del mercado de trabajo, etcétera) que, por consiguiente, se convierte en el eje de la necesaria reestructuración social. La contradicción básica del capitalismo aflora de nuevo y el Estado vehicula el conflicto interclasista.

Pero además, esos planteamientos de recuperación unitaria incluyen otro ámbito de singular importancia como es el de la relación sindicato-partido. La relación sindicato-partido se ha mantenido hasta ahora en la formulación tradicional de separación entre uno y otro conforme a los distintos campos de actuación en que respectivamente se movían: el económico o socioeconómico del sindicato y el político del partido. Este modelo respondía claramente a los supuestos básicos del capitalismo liberal en el que —como antes se expuso— se producía una separación entre lo económico y lo político. Pero en la fase actual del capitalismo, este supuesto ha quebrado y parece que no coyunturalmente. De una parte —como se aludió al principio—, la interrelación entre lo económico y lo social se hace a través del Estado; de otra, la articulación político-económica es tal que condiciona el proceso de acumulación. En estas circunstancias, mantener la separación sindicato-partido carece, pues, de su fundamentación histórica. De ahí que quepa sostener la congruencia con la nueva situación del desarrollo de procesos de convergencia sindicato-partido, de manera que el sindicato se politice (en el sentido de globalizar sus planteamientos) y el partido se sindicalice en el sentido de mediar cada vez más en los conflictos, y, por consiguiente, acentuar sus caracteres reivindicativos.

A lo que habría que añadir: las “prácticas” de acción unitaria como superación de las divisiones del movimiento obrero, la conexión con los movimientos sociales, la vinculación de las actuaciones intra y extrainsitucionales, etcétera.

Respecto de las posibilidades que puede albergar el Estado de derecho, cabe profundizar al menos en las siguientes:

1. En lo referente a la idea de subjetividad como categoría del derecho público, tanto en el orden positivo como dogmático.

Su insuficiencia y efectos negativos se manifiestan en estos tres sectores:

a) En el de los derechos sociales que se han construido según el modelo del derecho individual y, por tanto, su concesión y disfrute ha dependido más de una circunstancia personal que de la incursión del sujeto en una situación objetiva de carencia o necesidad.

b) En el de ciertos intereses y situaciones que, necesitados de protección, no caen bajo la cobertura del derecho subjetivo (son los “derechos sin sujeto” como los de medio ambiente, consumo, etcétera, y a los que trata de responder la doctrina de los “intereses difusos”, mientras sujetos no individuales carecen de legitimación para interponer acciones de protección.

c) En el de la propiedad, actuación empresarial y comercial en el que la aplicación extensiva de la idea de derecho subjetivo en su forma más protegida de derecho fundamental ha conducido a imposibilitar cualquier reforma social de cierta entidad (Reich). La aplicación a este campo denominado “contenido esencial” no sólo refuerza esta tendencia, sino que deja de nuevo en manos de los tribunales constitucionales la decisión sobre esta temática con una nueva ruptura de la lógica democrática.

De ahí que el progreso del Estado de derecho en este orden de ideas se afirme mediante la defensa de las tesis que sostienen —frente a todo ese neoliberalismo jurídico que bajo el incuestionable amparo de “defensa de la libertad” trata de conseguir el garantismo socioeconómico— la construcción de categorías que vinculen la protección a circunstancias objetivas, incorporen los intereses colectivos y generales y amplíen la legitimación (Parejo), todo lo cual contribuiría a construir el derecho público sobre bases autónomas que le desvincularan progresivamente del derecho privado y a otorgarle el protagonismo que frente a éste debe tener en sociedades democráticamente avanzadas. Es decir, “publicación” frente a “privatización” también en el ámbito del derecho.

2. En las que puede ofrecer la restauración del papel central de la ley en el orden de las fuentes subconstitucionales, así como sus caracteres.

La pérdida de centralidad de la ley se ha traducido y a la vez es manifestación del paso del protagonismo al Ejecutivo y a la administra-

ción como lugar desde el que se ha ejercido la hegemonía. Ello ha producido —además de la existencia de amplios espacios sin regulación ni control que combinado con la importancia creciente que adquieren las decisiones sobre recursos escasos en época de crisis han creado las condiciones para la corrupción— el predominio de intereses sectoriales, la gestión de la administración —de acuerdo con aquellos presupuestos de privatización del Estado de que antes se hablaba— según los criterios de la empresa privada y crisis de otros valores anejos a la noción actualizada de servicio público, bajo la apariencia de reformas modernizadoras que, por otro lado, no son discutibles. Y algo relativamente próximo ha ocurrido con la destrucción del concepto unitario de ley y de sus caracteres propios. Al aparecer multiplicidad de leyes y, además, particulares y concretas, resulta que se ha desvirtuado su justificación en aras del intervencionismo social y ha terminado sirviendo a intereses y grupos dominantes; aparte de que las dificultades de manejo y conocimiento junto a las de control que produce la fragmentación y caos del ordenamiento jurídico, potencian esos efectos.

Por todo ello, la recuperación del papel central de la ley y de sus caracteres (que aparte de recuperar la lógica del Estado de derecho, según señaló ya Schmitt, se encuentra sustentada por la progresiva socialización de la crisis y convergencia de las situaciones e intereses de cada vez más amplios sectores sociales) supone recuperar la prevalencia democrática de lo público y de lo general frente al autoritarismo de lo privado y particular.

3. En las posibilidades que puede ofrecer la Constitución normativa. Se trata de hacer referencia a una problemática que solamente se apunta: el carácter normativo de la Constitución debe afirmarse no sólo desde supuestos formales, sino desde los supuestos materiales que configura el contenido de las Constituciones modernas, y ese contenido está básicamente afirmado a través de la constitucionalización del Estado social. Por consiguiente, el desarrollo y cumplimiento constitucional debe ajustarse no sólo formalmente, sino materialmente a lo establecido en la Constitución. Se abren así toda una serie de vías de actuación para controlar y exigir el garantismo material del Estado social de derecho que se situaría, por tanto (junto a los derechos fundamentales), en lo que se ha llamado “esfera de lo no decidible por la democracia política” (Ferrajoli).

4. *Estado social y periferia capitalista*³⁰⁵

A. *El modelo periférico de dominación: la inexistencia del Estado social*

a. Los caracteres del capitalismo periférico y de sus formaciones sociales

“Naciones proletarias”, “condenados de la tierra”, “tercer mundo” y expresiones análogas, definen con cierta unidad y con base en la idea subyacente de inferioridad y sometimiento, la, por otra parte, indudable fragmentación, dispersión y diferencias existentes entre los países componentes de este marco de referencias. Desde Occidente, la unificación se ha hecho a partir de una categoría pretendidamente más aséptica y construida a partir de y con base en valores occidentales: subdesarrollo. Y el subdesarrollo hace referencia inmediatamente al desarrollo: es la situación de retraso de la actividad económica comparada con la de los países que gozan de superioridad en la misma época (Kuznets). Se sugiere así la imagen del desarrollo como un largo camino, en cuyo recorrido los diferentes pueblos ocupan diferentes posiciones, de suerte que los ahora retrasados deberán en fechas más o menos lejanas alcanzar el final que es, por supuesto, Occidente y, aun dentro de él, el modelo ideal que encarnan los Estados Unidos de América.

Resulta así que el subdesarrollo se define en términos puramente económicos; se interpreta como etapa de un proceso de desarrollo común a todas las economías (las etapas del crecimiento de Rostow), de forma que en cierta medida es inevitable, como lo son todas las fases de crecimiento, y, asimismo, su superación está igualmente determinada: es cuestión de tiempo, basta esperar y todos estos países superarán un día la etapa actual. Como tantas veces, el materialismo más vulgar y el historicismo más mecanicista se hacen patrimonio de las concepciones burguesas.

Pero existe otra forma de abordar e interpretar esta problemática. La que comienza por afirmar la necesidad de estudiar el modo de producción capitalista a escala mundial. La universalidad de su extensión y predo-

305 Includo en el libro de C. de Cabo, *La crisis del Estado social*, Barcelona, PPU, 1986.

minio exigen un entendimiento del mismo en su totalidad y no sólo en el orden económico, sino en el de la lucha de clases, que también se ha hecho mundial. Y es desde esta totalidad y mundialización desde la que hay que contemplar desarrollo y subdesarrollo. Porque la diferenciación entre capitalismo desarrollado y subdesarrollado surge y forma parte de la evolución capitalista mundial. Las desigualdades se han formado en el transcurso de la acumulación capitalista mundial a partir de la cual se ha establecido el sistema internacional de la división del trabajo como un sistema económicamente racional. Así pues, las teorías del subdesarrollo y del desarrollo no son otra cosa que la de la acumulación capitalista a escala mundial.³⁰⁶

La aproximación que aquí se intenta se sitúa en esta segunda perspectiva, si bien corregida por las dos observaciones siguientes:

Primera. La teoría del sistema mundial —en la que se incluye la anterior perspectiva— ha llegado a sostener que ese sistema (mercado) mundial (capitalista) es el elemento determinante. Las relaciones de producción que definen el sistema —se afirma— son las relaciones de producción de todo el sistema y, puesto que en esta época el sistema es la economía mundial occidental (capitalista), cualquier formación social que participe en dicho sistema es también, forzosamente, capitalista.³⁰⁷ El razonamiento llega así a considerar que la lucha de clases en el interior de las formaciones sociales, las revoluciones sociales y los cambios en el poder del Estado, se reducen a esfuerzos para cambiar posiciones en el mercado mundial. La revolución rusa —incluso— se considera simplemente como un refuerzo de la situación y capacidad de Rusia para competir dentro del sistema capitalista mundial.

Frente a ello, se considera aquí que si bien ciertamente el mercado mundial, su inserción en él, las limitaciones objetivas impuestas por la desigual distribución de las fuerzas productivas a escala mundial, es un factor indudablemente importante en el desarrollo interno de las formaciones sociales, como se ha puesto de manifiesto incluso en revoluciones triunfantes (a las que ha obligado a seguir determinados caminos tanto en el interior —opción tecnocrática y productivista— como en el exterior —política de compromisos con regímenes capitalistas y hasta opresivos,

306 Amin, S., *La acumulación a escala mundial*, Madrid, Siglo XXI, 1974, p. 28.

307 Wallerstein, I., *El moderno sistema mundial*, México, 1979.

en contradicción con los postulados revolucionarios propios—) y que es mérito de la mencionada concepción el haberlos subrayado, sin embargo, el mercado mundial, el factor externo, cede ante el interno, ante el desarrollo de la lucha de clases, cuya coyuntura y proceso terminan imponiéndose sin que pueda impedir ni interrumpir los procesos revolucionarios ni se puedan definir a las formaciones sociales en las que han triunfado y se encuentran en transición al socialismo, como meros componentes del sistema capitalista.³⁰⁸

Segunda. Que si bien el capitalismo desarrollado y el capitalismo periférico forman parte del modo de producción capitalista y puede aceptarse que están vinculados entre sí por leyes generales y condicionados en su dinámica por contradicciones igualmente generales, al mismo tiempo generan contradicciones específicas típicas, y, por tanto, también dinámicas propias. Por ello y aun teniendo en cuenta esa perspectiva global, cabe admitir la captación de esa especificidad, y, por tanto la posibilidad también de un análisis y categorización suficientemente unitarios del capitalismo periférico pese a la diversidad de sus manifestaciones particulares.³⁰⁹ En definitiva que se aceptan supuestos básicos de la teoría de la dependencia por entender que completa más que se opone a la del sistema mundial.

A partir de estos supuestos se trata de entender la configuración —acumulación— del capitalismo periférico a través de los elementos y fases constitutivas siguientes que muestran esa interrelación capitalismo desarrollado-capitalismo periférico.

a) Una forma de acumulación precapitalista que incluye a las comunidades indígenas, tribales, gran parte de la producción campesina que se autoconsume o se trueca fuera del mercado capitalista³¹⁰ y que se extiende a las formas de acumulación presentes en el proceso de concentración de la propiedad de la tierra.

b) La fase de transición al capitalismo y de acumulación primitiva en Occidente se traduce en el tercer mundo en los conocidos pillajes, saqueo,

308 Petras, J., y M. Seldon, “Las clases sociales, el Estado y el sistema mundial en la transición al socialismo”, *Capitalismo, socialismo y crisis mundial*, Madrid, Ed. Revolución, 1984.

309 Sonntag, H. R., “Hacia una teoría política del capitalismo periférico”, *El Estado en el capitalismo contemporáneo*, Madrid, Siglo XXI, 1977.

310 Silva Michelena, J. A., *Política y bloques de poder. Crisis en el sistema mundial*, México, Siglo XXI, 1984, pp. 137 y ss.; este libro y el anterior citado de Petras son los que han sido básicamente utilizados para la periodificación que se expone.

genocidio, destrucción de culturas y civilizaciones, así como de las fuerzas productivas, común a —y a la vez específica de— los diferentes países europeos, y que, por ello, debe considerarse elemento fundamental de esa idea y ser de Europa que hoy, de nuevo, parece querer construirse. Ciertamente, es un momento básico de la historia de Europa y Occidente, pues es innegable que todo aquello produjo unas transferencias de riqueza que contribuyeron a la creación de una economía monetaria, a la instauración de redes comerciales, al inicial crecimiento de la industria y, en definitiva, a la transformación de las relaciones de producción y al afianzamiento del capitalismo. Se ha llegado incluso a considerar estos hechos como causa de la aparición y desarrollo del capitalismo.³¹¹ Europa se “constituye”, por tanto, en y a través de la depredación y la violencia ejercidos sobre los demás pueblos de la tierra de forma no parangonable con ninguna otra región ni fase de la historia del mundo.

c) La imposición del capitalismo como modo de producción dominante y el despliegue de la acumulación capitalista, de su reproducción ampliada, se manifiesta en las colonias por el paso de una ocupación y dominio estrictamente militar, destinados a la apropiación directa de riqueza y metales preciosos, a una relación que tendía a establecer las bases para iniciales formas de producción capitalista, especialmente de materias primas con destino a los complejos industriales que empezaban a desarrollarse. Es decir, se sientan las bases para la incorporación colonial al sistema mundial de división internacional del trabajo. Favorece esta tendencia la ausencia de un mercado colonial, por lo que el estímulo básico a la producción en las colonias procedía del mercado interno del Occidente industrializado, de sus necesidades y demandas.

Un elemento destacado a tener en cuenta es que, en el periodo siguiente a las revoluciones burguesas occidentales con su proyección a las colonias, la burguesía metropolitana es la que dirige el proceso colonial, dirección que incluye no sólo la reproducción del Estado burgués metropolitano sino la función añadida de crear un aparato de Estado capaz de imponer las nuevas pautas a las clases nativas.³¹²

311 Desde las iniciales observaciones de Bodino hasta la clásica tesis de Hamilton sobre la inflación europea del siglo XVI y las modernas aportaciones como la de Landes: Landes, D. S., y otros, *Estudios sobre el nacimiento y desarrollo del capitalismo*, Madrid, Ayuso, 1972, pp. 11 y ss.

312 Alavi, H., “El Estado en las sociedades poscoloniales: Pakistán y Bangladesh”, *El Estado en el capitalismo contemporáneo*, cit.

d) El neocolonialismo o dependencia económica de las colonias de antiguas o nuevas metrópolis tras conseguir su independencia política, se manifiesta en algo que, en adelante, no dejará de estar presente en el proceso de acumulación en las formaciones coloniales: la bidireccionalidad. En su virtud, la economía colonial tiende, por una parte, a contribuir a la reproducción ampliada de las economías dominantes del exterior (acumulación externa) y, por otra, a la expansión de la formación social colonial (acumulación interna). Ciertamente que esta bidireccionalidad adquiere formas distintas y proporciones diversas en cada una de esas direcciones (por ejemplo, según se produzca la época de la independencia antes de la fase imperialista del capitalismo —Venezuela, Colombia— o después —la India— lo que da lugar, junto a otros factores, a la heterogeneidad estructural del mundo subdesarrollado), pero ello no obsta a que la bidireccionalidad pueda considerarse como una realidad y una categoría básica para la formulación de una teoría del subdesarrollo.

e) La penetración del capital extranjero, importante ya desde el comienzo del imperialismo, ha continuado en un crecimiento cuantitativo y cualitativo tal, que ha producido primero la desnacionalización y después la transnacionalización de las economías coloniales.

La transnacionalización, resultado de la expansión del dominio del capital monopolístico internacional, se manifiesta en un alto grado de concentración en manos extranjeras de sectores claves de la economía nacional, en una dependencia de la importación extranjera de las industrias que son de propiedad nacional y en que el sector comercial y de servicios opera preferentemente con marcas, patentes y productos extranjeros. El nivel de transnacionalización no es generalizable, lo que supone otra causa de diversificación del tercer mundo,³¹³ pero sí desde luego su efecto fundamental: el mantenimiento y reproducción de las relaciones de dependencia colonial a través, al menos, de una doble vía: por una parte, porque los países más avanzados se reservan la producción de

313 Se distinguen así: 1o. países en los que la transnacionalización es dominante: Nigeria, India, Brasil, Venezuela, Argentina, México, Chile; 2o. países con alta incidencia de la inversión extranjera orientada a las industrias extractivas o hacia la industria manufacturera característica de las primeras fases de la sustitución de importaciones: Argelia, Libia, Filipinas, Malasia, Zaire, Angola, Marruecos o Vietnam; 3o. países en los que se ha iniciado el proceso de penetración del capital monopolista y las formas dominantes de acumulación son la primitiva y la precapitalista: la mayor parte de los países de África (Túnez, Mozambique, Etiopía, Tanzania, Uganda), Asia (Corea, Polinesia, Birmania), Medio Oriente (Siria, Jordania, Yemen) y en el hemisferio occidental algunos países de América Latina (Bolivia, Ecuador, Guatemala, Paraguay), Silva Michelena, J. A., *cit.*

bienes que exigen una tecnología más avanzada (mientras que la producción de otros bienes manufacturados cuya fabricación puede ser más costosa económica y socialmente —por ejemplo, procesos industriales contaminantes— se transfiere a los países subdesarrollados) con lo que conservan el control de la dirección y desarrollo industrial.

Por otra, porque buena parte de la tecnología que se transfiere al tercer mundo, en cuanto está diseñada para resolver los problemas característicos de las economías avanzadas, no sólo es disfuncional a sus formaciones sociales (por ejemplo, es ahorradora en mano de obra, lo que aumenta el desempleo estructural característico del subdesarrollo) sino que tiende a crear un mercado con un patrón de consumo que no se corresponde con los niveles generales del subdesarrollo. Este tipo de alto consumo refuerza la posición de las corporaciones transnacionales que lo abastecen, a la vez que restringe el mercado local en su conjunto.

f) El hecho de la transnacionalización resulta fuertemente influido por la transformación interna que ha sufrido el capital en los países de capitalismo desarrollado. Es decir, por la aparición de lo que se ha llamado la etapa (en Occidente) del “capital ficticio” (fondos monetarios, capital bancario y financiero, etcétera). Esta transformación del capital en “capital ficticio”, el enorme crecimiento relativo de éste, está ligado a la crisis general del capitalismo, y en concreto a la baja en la tasa de beneficio, a la vez que resulta potenciado porque los Estados rentistas (como los productores de petróleo) han canalizado sus ingresos hacia las instituciones financieras de Occidente y no hacia el capital productivo.

A partir de este aumento del capital ficticio, cambia la relación con los países de la periferia en cuanto la penetración extranjera y el proceso de industrialización se hace no ya por inversiones directas, sino a través de préstamos comerciales capaces de producir unos rendimientos superiores a las inversiones directas en capital productivo. Inicialmente tiene lugar a través de préstamos estatales dirigidos a financiar inversiones a gran escala, destinados, a su vez, a crear las condiciones del mercado y el desarrollo de las fuerzas productivas, y cuando esto se ha conseguido, comienza a predominar el capital financiero privado. Estos préstamos se hacen de forma selectiva hacia aquellos países con mayor mercado interno, un Estado y una estructura de clase capaz de convertir los préstamos en actividad productiva, una capacidad de exportación que permita la obtención de divisas para el pago de los intereses, etcétera. En defi-

nitiva, resulta que las posibilidades de desarrollo y de industrialización en el tercer mundo —es decir, de entrada en un proceso de acumulación normal— van a depender de su capacidad de endeudarse, y ésta a su vez de su capacidad para obtener de la fuerza de trabajo una plusvalía tal que, junto a la necesaria acumulación interna, permita pagar al capital extranjero tasas más altas de interés de las que pueda obtener en Occidente. Ello va a implicar una dinámica compleja: las tasas de interés variable pueden llevar al impago, consiguiente anulación de nuevos préstamos y estancamiento o, por otra parte, poner en marcha procesos de lucha generalizada, de destrucción de las fuerzas productivas, de contracción del mercado, etcétera. En este orden de cosas deben hacerse las dos observaciones siguientes:

Primera: que si inicialmente, cuando comienza el proceso de sustitución de importaciones (efectuado a partir de la crisis de 1930), el desarrollo de sectores medios urbanos y proletarios permitió el surgimiento de movimientos interclasistas antioligárquicos y antiimperialistas del que formaban parte sectores de la burguesía local, lo que explica que en algunos casos líderes populistas llegaran al poder bien por vía electoral bien por vía golpista para realizar “un proyecto nacional”, en la medida en que el proceso de transnacionalización ha ido avanzando, los grupos empresariales locales más poderosos se hayan integrado en los intereses extranjeros abandonando el “proyecto nacional”.

Segunda: que la tasa de marginación aumenta más rápidamente que la de la proletarianización (o, en general, que el trabajador asalariado) a medida que avanza el proceso de industrialización; de forma que el desarrollo del capitalismo en el tercer mundo no lleva directamente a una sociedad polarizada entre capital y trabajo, sino configurada en torno a capital, trabajo y una masa subempleada superior cuantitativamente a las otras dos (con la excepción de los países en vías de transición al socialismo, en los que la industrialización lleva a una creciente proletarianización acompañada de una baja del excedente marginal de la fuerza de trabajo).³¹⁴

Pero lo realmente característico del proceso de acumulación en la mayor parte de los países del tercer mundo, es la presencia simultánea de todos esos componentes: acumulación precapitalista, primitiva, capitalis-

314 Trabajo anteriormente citado de J. Petras.

ta, etcétera, se presentan y combinan en una estructura peculiar de las formaciones del subdesarrollo, cualquiera que sea su nivel. Las fases históricas no han supuesto transformaciones progresivas y homogeneización totalizadora, sino superposición de elementos nuevos a los anteriores que permanecen, con peculiares formas de interrelación entre ellos. Se produce así una coexistencia articulada de modos de producción diferentes. Y a ello se añade la intervención determinante en esta estructura compleja de un factor exterior a la misma que las configura en una situación y relación de dependencia. Ello explica la ambigüedad e indefinición de las formaciones sociales del capitalismo periférico desde la perspectiva de su asimilación a un específico modo de producción. Pero también el que sólo desde el análisis de los diferentes tipos de relaciones de producción sean comprensibles y no desde el estudio sectorial clásico. Y, sobre todo, esta específica configuración va a determinar una peculiar importancia y función de la superestructura que se pasa a exponer a continuación.³¹⁵

b. El Estado periférico: el imposible Estado social

A) La importancia y función del Estado periférico se descubre a través del análisis del papel e influencia en tres ámbitos característicos y decisivos en las formaciones sociales de la periferia:

1o. La importancia que adquiere la coacción extraeconómica en las relaciones de producción

La polémica científica en torno a la definición del modo de producción dominante en las formaciones del capitalismo periférico con base en las dificultades que presenta la coexistencia de formas de acumulación diferentes, sobre todo en lo referente a América Latina,³¹⁶ no ha cesado.

³¹⁵ El esquema que aquí se expone es preferentemente aplicable a América Latina; y se justifica porque en las otras áreas del mundo subdesarrollado (como Asia o África) si bien se despliega también la influencia y dominio del Estado imperialista, lo es en competencia o conflicto con otras influencias y dominios (ex Unión Soviética y algunos países europeos), América Latina pertenece al área de influencia y dominio pretendidamente exclusivo de los Estados Unidos. Precisamente por ello, por su importancia específica para el Estado imperialista, es por lo que América Latina adquiere también específica importancia política que justifica un análisis relevante desde perspectivas antiimperialistas.

Vid. Kaplan, M., *Estado y sociedad*, México, UNAM, 1978; y del mismo autor *Aspectos del Estado en América Latina*, México, UNAM, 1981.

³¹⁶ Así se pone de manifiesto en VV. AA., "Los modos de producción en América Latina", *Cuadernos de Pasado y Presente*, núm. 40, 1977.

Puede resumirse esta polémica en torno a dos posiciones: a) la perspectiva clásica ante esas dificultades era afirmar que precisamente esas formaciones sociales eran típicamente dualistas, en cuanto se constituían con base en dos modos de producción: precapitalista y capitalista, que configuraban a su vez dos ámbitos socioeconómicos y culturales, uno arcaico y otro moderno, con dinámicas ampliamente independientes. A partir de aquí, la estrategia propuesta se deducía con rotundidad: la modernización de esas sociedades no consistía sino en extender el capitalismo de modo que absorbiera el ámbito socioeconómico precapitalista y arcaizante; b) la perspectiva moderna, vinculada a los teóricos del mercado mundial, trata de superar la tesis dualista afirmando que, desde el principio, las economías y sociedades coloniales se definen como capitalistas en cuanto también desde el principio su producción se orientó hacia el mercado mundial y sus economías estaban desde el comienzo dominadas por la economía de mercado;³¹⁷ esta perspectiva ha tenido la ventaja, junto a su indudable aportación, de replantear y profundizar esta problemática desde la perspectiva del modo de producción.

Revisadas las tesis dualistas se pone hoy de manifiesto que si se toma como punto de partida ineludible del análisis las relaciones de producción, es indudable la coexistencia de relaciones de producción precapitalistas y capitalistas; pero no —tal como sostenía la tesis dualista clásica— como ámbitos estancos sino interrelacionados, hasta el punto de que precisamente la existencia y forma de explotación precapitalista es una condición de la existencia y desarrollo de las relaciones de producción capitalista. La modernidad, pues, de un sector, el sector moderno y expansivo, ha sido posibilitada por el incremento de la explotación servil en el sector atrasado. Y por tanto, existe una indisoluble relación entre el estancamiento precapitalista en un extremo y el dinamismo burgués en el otro.

Y hasta tal punto es decisivo el mantenimiento de estas formas productivas precapitalistas que —se sostiene hoy— la concentración de la propiedad de la tierra unida a la configuración de una autoridad jerárquica y de relaciones señoriales —es decir, de una coacción extraeconómica—, es la verdadera matriz de las relaciones sociales. Este hecho se pone de manifiesto en las relaciones entre las clases dominantes en el área pre-

317 Frank, G., *Capitalismo y subdesarrollo en América Latina*, México, Siglo XXI, 1976.

capitalista y capitalista. Porque las relaciones entre aristocracia terrateniente y burguesía no son contradictorias y de oposición, sino de conciliación y compromiso, como lo prueba el que el desarrollo industrial no sólo no se contrapone sino que incluso se subordina a la producción agrícola. Ello permite la reproducción de las relaciones sociales y el mantenimiento del sistema en su conjunto. Eso explica también que sectores modernos en el plano de las ideas y de los gustos, se aferren a una dominación de tipo tradicional en una manifestación “dualista”, aparentemente esquizofrénica e incomprensible (es lo que se ha llamado también el “efecto fusión”). Porque para el oligarca es más importante el mantenimiento del privilegio que la tasa de ganancia (Ranquil).

Pues bien, aquel tipo de relaciones jerárquicas y señoriales entre patrón y trabajador, crea las condiciones para la configuración del tipo de poder específico que demanda: por una parte, un poder privatizado (hasta el punto que el Estado se ha ido configurando con base en estos poderes locales que han ido adquiriendo buena parte de sus atribuciones de forma que se han convertido no sólo en un firme apoyo del Estado sino que puede decirse que forman parte de él) y, por otra, un poder autoritario.

Se establecen así las bases de un poder político capaz de mantener la actuación extraeconómica hasta la actualidad e, incluso, de extenderla a contextos ya capitalistas hasta donde llega el modelo social de relación señorial y donde, además, es capaz —cuando el desarrollo de las fuerzas productivas lo hace necesario— de aplicar otro tipo de coacción que imponga autoritariamente las condiciones de obtención de plusvalía que exige el proceso bidireccional de acumulación.³¹⁸

La importancia de esta área precapitalista se proyecta incluso fuera de las propias formaciones sociales del subdesarrollo, hasta el punto que se ha llegado a avanzar la hipótesis de que justamente las posibilidades de explotación que permiten la existencia de estas formas productivas con coacción extraeconómica, son las que han permitido y permiten contrapesar la tendencia al descenso en la tasa de ganancia en el capitalismo desarrollado, de tal forma que la expansión del capitalismo industrial en los países metropolitanos dependería del mantenimiento de modos de producción precapitalista en las áreas periféricas.³¹⁹

318 Rouquier, A., *El Estado militar en América Latina*, Madrid, Siglo XXI, 1984.

319 Laclau, E., “Feudalismo y capitalismo en América Latina”, *Política e ideología en la teoría marxista*, Madrid, Siglo XXI, 1978.

2o. Las exigencias de articulación social

Una característica relativamente generalizable a las formaciones sociales del subdesarrollo, es su específico grado de heterogeneidad estructural, y, consiguientemente, de desarticulación social, lo que se proyecta inmediatamente en demanda de un específico tipo de Estado.

Porque, a diferencia de las sociedades capitalistas desarrolladas en las que una de las funciones globales del Estado consiste en ser un factor de cohesión de los niveles contradictorios del modo de producción, esta función no puede cumplirse —al menos de la misma manera, es decir, a través de formas democráticas— en el capitalismo periférico, que, tanto por la forma de generar el excedente como por su distribución, alberga elementos incohesionables. Ello plantea la exigencia de un desproporcionado desarrollo del Estado que le hace aparecer como determinante de la realidad social cuando es precisamente la configuración de la realidad social la que puede explicar su desarrollo y su nivel de autonomía.

Las características del proceso de acumulación en el capitalismo periférico producen un Estado sobrecargado de tareas, en cuanto tiene que asegurar la reproducción ampliada del capital en condiciones de heterogeneidad estructural que comprende varios modos de producción, asegurar esa reproducción en medio de un continuo drenaje al exterior e imponer cierta coherencia a un desarrollo económico social inserto en la lógica general del funcionamiento del sistema capitalista-imperialista sin estar concluida la integración de un espacio económico nacional y aun de la nación misma.³²⁰

Esta necesidad de coherencia y articulación social específica que debe desarrollar el Estado, deriva inicialmente de la ausencia de hegemonía. Parece, en efecto, ampliamente compartido en el mundo subdesarrollado el hecho de la incapacidad de las clases dirigentes locales para ejercer esa hegemonía, bien por su propia debilidad,³²¹ bien por su específica configuración (pues con frecuencia no hay una sino tres con intereses muy distintos —terratenientes, burguesía nativa y burguesía metropolitana— sin que ninguna de ellas actúe como hegemónica);³²² y el desa-

320 Cuevas, A., "El Estado latino-americano en la crisis del capitalismo", en P. López Díaz, coordinador, *La crisis del capitalismo*, México, 1984, pp. 635 y 636.

321 Petras, J., "Los estados periféricos: continuidad y cambio en la división del trabajo a escala mundial", *Capitalismo, socialismo y crisis mundial*, *cit.*

322 Alavi, H., *El Estado en las sociedades postcoloniales*, *cit.*

rollo del aparato estatal es en la práctica directamente proporcional a esa incapacidad.

Por otra parte, la exigencia del mantenimiento o acentuación de las condiciones de obtención del excedente a medida que se producía el desarrollo de las fuerzas productivas, han homogeneizado los caracteres de clases sociales inicialmente heterogéneas (asalariados, pequeños propietarios, comunidades indígenas) y creado las condiciones para movimientos populares amplios y unificados que han demandado, como garantía de estabilidad, un desarrollo del Estado más allá de lo que puede considerarse racionalmente adecuado.

Y a esa desarticulación horizontal hay que añadir la desarticulación vertical producida por los denominados pluralismos: el pluralismo étnico, el pluralismo lingüístico, el pluralismo religioso —de notable importancia por la escasa laicización de los comportamientos del mundo subdesarrollado— y, en definitiva, el pluralismo cultural; el tratamiento de que han sido objeto —de general insensibilidad cuando no de destrucción sistemática— ha añadido un conflicto más al de los propios pluralismos (surgidos no como hechos naturales sino provocados por las artificiales fronteras de la colonización), y con todo lo cual se ha obstaculizado el surgimiento objetivo del hecho nacional y la conciencia subjetiva de la propia identidad.

Todas estas demandas de articulación y orden social han producido un desproporcionado protagonismo del Estado, de un lado, y un desarrollo excesivo del mismo, de otro. Todo ello avalado por una ideología estatista, característica del subdesarrollo, estimulante y justificadora de la intervención constante y de la asunción permanente de tareas por el Estado al que trata de presentarse —como el Estado capitalista burgués del “Centro”— como “neutral y defensor del interés general”, pese a que, como se verá después, la heterogeneidad estructural de estas sociedades dificulta enormemente la configuración de este ámbito de lo general. Precisamente como superación de esa contradicción necesidad-dificultad de configurar un Estado neutral, para responder a esa necesidad y vencer esa dificultad, para ser “garante” de esa neutralidad e independencia del Estado, surge el protagonismo del aparato militar que, de esta manera y con esa justificación, aparece de forma permanente en la escena política. Porque lo característico del tercer mundo, y de manera especialmente significativa en América Latina, no es tanto el golpe de

Estado —justificado en todo caso porque el Estado ha perdido aquel carácter neutral e independiente— como el permanente dominio militar del Estado que “normaliza” al “Estado de excepción”. Y es significativo señalar que, si bien las colonias heredan ya un aparato burocrático militar generado durante la ocupación metropolitana, fortalecido a partir de las revoluciones burguesas y potenciado en muchos casos por su papel en la independencia, es con posterioridad, en la medida en que se plantean las exigencias de la modernización, cuando los ejércitos comienzan a desarrollar su papel actual.

Por lo que se refiere a América Latina, las naciones americanas se constituyen ciertamente en las guerras de la independencia: tienen ejército, pero no Estado. Se trata, no obstante, de un ejército no profesional, de caudillos y soldados (civiles), de fortuna que al terminar la independencia se debate y divide en conflictos fragmentarios. El Estado realmente surge cuando las necesidades económicas obligan a la creación de una infraestructura, de unos servicios, de una administración y de una estabilidad social y política. Pero en este momento, los ejércitos, mal preparados y no profesionalizados, están sometidos al poder civil. Su modernización no se hará hasta primeros de siglo (siguiendo los modelos de los ejércitos europeos, salvo Centroamérica, que es, en cierta forma, un caso aparte, pues, desde el principio, cae globalmente y también en el orden militar bajo el control directo de los Estados Unidos) y, precisamente, esta modernización, que debía traer como consecuencia su despolitización, fue la que condujo al predominio del poder militar sobre el civil. Cuando se dejan sentir los procesos de desarticulación antes descritos en contradicción con las necesidades de orden y seguridad para la inversión exterior, los ejércitos modernos —sin aventuras ni misiones exteriores— concentran su actividad en el interior: fortalecer el poder único del Estado, control de todo el territorio mediante guarniciones permanentes e integrar y someter a los distintos componentes étnicos y sociales. De esta forma, el ejército, una rama del aparato del Estado, termina apoderándose de todo el Estado, bien bajo la forma de democracia manipulada, bien bajo la forma de Estado autoritario modernizante con fachada constitucional (en los Estados más avanzados) o bien bajo las formas más simples de dictadura militar represiva o simplemente patrimonial (Rouquier).

Habría que indicar, asimismo, que cuando se han producido intervenciones militares progresistas (en momentos de distensión o repliegue del Estado imperialista como ocurrió tras la guerra de Vietnam) el protagonismo se mantiene así como el intervencionismo económico y hasta el carácter autoritario, pues, siempre, estos militares progresistas, que se presentan como no políticos, se caracterizan por su desconfianza del pueblo al que mantienen al margen y no movilizan.

Hay que señalar, finalmente, un último aspecto contradictorio. La ideología dominante de las elites es, pese a todo, la liberal-representativa, cristalizada constitucionalmente, por lo que la intervención militar nace siempre con vocación de provisionalidad y con la única función de preparar al país para que sea posible la vuelta a la normalidad democrática y constitucional. Vuelta que, cuando se produce, es siempre dirigida y controlada por el propio ejército. La transición a la democracia es una transición con garantías impuestas. Ingrediente que no siendo ciertamente el único, sí puede decirse que es común a todas las llamadas “transiciones pactadas”, sean o no del tercer mundo.³²³

3o. La relación de dependencia colonial

La peculiaridad de las formaciones económico-sociales coloniales es que su configuración no se establece ni se determina con base exclusivamente en su propia realidad interior, en los diferentes modos de producción que coexisten en las mismas, y de ahí las dificultades que antes se indicaban en torno a su caracterización desde la perspectiva del modo

³²³ Se sigue aquí el estudio de A. Rouquier, *El Estado militar en América Latina*, cit. Se prefiere al otro enfoque característico: aquel que lo relaciona con las formas generales del capitalismo tardío (Alemania o Italia) en un intento de superar “formulaciones regionales” por lo que se habla de “fascismo dependiente” (vid. Fernández Jilberto, A., “América Latina: reestructuración del capitalismo periférico y militarización del subdesarrollo”, *La crisis internacional y la América Latina*, selección de Sofía Méndez, México, FCE, 1984. En todo caso el Estado militar que estudia Rouquier podría estar desapareciendo. En efecto, la crisis mundial, en cuanto ha acentuado la integración de los sistemas productivos latinoamericanos en el capitalismo internacional, demanda formas más estables de dominación y está ya impulsando el derrocamiento de dictaduras y el establecimiento de formas políticas de corte occidental (factor que pesó igualmente en las transiciones a la democracia del sur de Europa, como España y Portugal y que no se suele valorar debidamente). Aunque simultáneamente la crisis acentúa la convergencia de los movimientos de base (trabajo asalariado, campesinado, población de origen indígena) en un proyecto democrático autónomo que desborda al anterior. Y en el enfrentamiento entre ambos está probablemente decidiéndose la historia futura y no sólo de América Latina (vid. Mauro Marini, R., “América Latina ante la crisis mundial”, *La crisis internacional y la América Latina*, cit.).

de producción, sino que incluyen ese elemento “exterior” a ellas que suponen la relación colonial.

La relación colonial es un ingrediente fundamental en cuanto afecta a la forma de generación y apropiación del excedente, es decir, a las relaciones de producción. Porque la “relación de dependencia” tiene su origen en la relación entre la mercancía producida en la periferia como valor “mundial” y la fuerza de trabajo como valor local. En la actualidad, la relación se establece con base en la coexistencia de salarios bajos (que posibilitan los modos de producción precapitalista) con una tecnología avanzada extranjera de alta productividad. Esta combinación es el origen del intercambio desigual, de la alta tasa de beneficio del capital exterior.³²⁴ Aunque hay que observar también que, junto a este intercambio desigual externo, existe el intercambio desigual interno, es decir, que también la burguesía local “vive” de la posibilidad de esa alta tasa de beneficio, por lo que esa burguesía no se constituye como “nacional”, sino que se vincula también a los intereses exteriores, deja de cumplir la función histórica progresista de la burguesía occidental —destruir los modos de producción precapitalistas— y por el contrario los mantiene y defiende frenando los procesos de proletarianización.³²⁵

De esta forma, el nivel político, el Estado, se convierte en el lugar a través del cual se establece ese vínculo y esa transacción entre capital y burguesía local y capital y burguesía extranjera, asegurando el mantenimiento de esa relación de dependencia necesaria para ambos. Ello supone la necesidad no sólo de garantizar la sujeción externa sino la articulación y adecuación a las exigencias del mercado mundial de las peculiaridades y estructuras de la producción local, ya que la moderna relación colonial no sólo se configura en la forma directa de desplazamiento de capital extranjero sino que progresivamente adopta otras formas como la imposición de consumo, dominio tecnológico, etcétera, es decir, la redefinición de las relaciones de las formaciones coloniales respecto de la división internacional del trabajo bajo la égida de la fracción monopolística.

Así, el Estado del capitalismo periférico se constituye como un Estado no nacional. El carácter del Estado periférico como Estado no nacional comienza a manifestarse desde sus orígenes. Porque, efectivamente, el mismo hecho de la independencia de los países periféricos no puede

324 Emmanuel, A., *El intercambio desigual*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1974.

325 Amin, S., *¿Cómo funciona el capitalismo?*, Siglo XXI, 1975.

entenderse únicamente en términos de “lucha nacional”, es decir, como un resultado exclusivo de un proceso interno a las sociedades periféricas que terminan afirmando su soberanía frente al exterior; antes bien, parece que el factor exterior y, en concreto, las presiones del mercado mundial, fueron también un elemento decisivo.³²⁶ Así, en el movimiento independentista de América Latina hay que incluir la influencia inglesa, cuyo desarrollo capitalista y comercial encontraba importantes dificultades en las limitaciones que imponía el imperio mercantilista español y portugués, y, en el asiático y africano, las exigencias del capital americano de introducir a esos países en el mercado mundial. Es decir, fueron exigencias del desarrollo capitalista las que potenciaron el surgimiento de los nuevos Estados como forma de imponer una competencia internacional “libre” en un proceso que recuerda —y en cierta forma reproduce— el de la independencia del trabajador respecto de los medios de producción como exigencia para la aparición de las relaciones capitalistas.³²⁷

Pues bien, conseguida la independencia se produce una situación de soberanía formal y dependencia material. Esta situación se traduce en una falta de correspondencia entre lo político y lo económico, dado que, mientras lo político hace referencia a la formación social interna, tiene un espacio delimitado de actuación, que es el espacio nacional, lo económico cuenta con un ingrediente que se extiende más allá de ese espacio nacional, que es ajeno al mismo. Se produce una asimetría entre ambos niveles en cuanto que mientras el nivel político concierne al ámbito interno, el económico traspasa ese ámbito y se vincula al mercado mundial. Por tanto, en el nivel político existe una capacidad autoorganizadora —el Estado es “soberano”— que no se produce en el económico, que no es autónomo sino dependiente del exterior. Pero justamente será esa capacidad autoorganizadora de lo político lo que va a permitir su actuación eficaz en la reproducción del predominio económico exterior, en el interior. Resulta así que el elemento económico externo aparece como el predominante sobre la superestructura política, que es más la correspondiente a una estructura económica metropolitana que a la formación social interior, respecto de la que aparece por ello como sobredesarrollada (Evers).

326 Evers, T., *El Estado en la periferia capitalista*, México, Siglo XXI, 1979.

327 *Idem*.

Sin embargo, la realización efectiva de esta función, la conversión del ingrediente externo predominante económicamente en interno predominante políticamente, conlleva las dificultades que implica la dominación sin hegemonía a que antes me he referido. Las dificultades de articulación de intereses dominantes bajo una dirección hegemónica se une a la radical distancia y contradicción con las propias de las clases dominantes, lo que imposibilita el funcionamiento de los vehículos hegemónicos habituales que suministra el régimen político burgués: el mecanismo electoral (aparte de los problemas de otra naturaleza que lo deforman profundamente: analfabetismo, ausencia de cultura política, ausencia de censos, etcétera) aparece como un enemigo objetivo para imponer esa hegemonía externa y, en general, los canales representativos se revelan como incapaces para mediar en un conflicto entre cuyas partes no se da ese mínimo común necesario para que los intereses sean parlamentarizables. El resultado es, cuando se utilizan, su deformación sistemática. Pero también la dominación sin legitimación.

B) El imposible Estado social. A partir de lo expuesto se aprecia con más claridad y concreción lo que ciertamente podría sostenerse *a priori*: la imposibilidad de surgimiento del Estado social por ser éste el Estado correspondiente a una fase determinada del desarrollo capitalista. Porque, efectivamente, no se dan los ingredientes ni las circunstancias que presionaron en su nacimiento en el capitalismo desarrollado. Por de pronto no se da precondition del Estado social que es referirse a un Estado nacional, es decir, a un Estado que se corresponde a una formación social configurada, de manera relativamente estructurada, en torno a elementos producidos y pertenecientes a la propia formación social, lo que da coherencia a sus propias interrelaciones, y en el curso de las cuales surge precisamente el Estado social como un momento de las mismas. Asimismo, no se ha dado tampoco una segunda circunstancia posibilitante —en fuerte relación con lo anterior— como es la permanente expansión y crecimiento interno que permitió detraer una buena parte del excedente para sufragar el coste que supone el Estado social y que en el capitalismo periférico no permite —junto a otras características del proceso productivo— la característica bidireccionalidad del proceso de acumulación.

Pero, sobre todo, no se dan las circunstancias que en definitiva determinan la aparición del Estado social como “pacto” entre capital y trabajo,

pues, ni el proceso de acumulación se configura de forma que demande aquellas intervenciones específicas del Estado, ni la clase trabajadora se constituye de forma que pueda imponer sus exigencias. Ello puede apreciarse en los caracteres peculiares que reviste la intervención del Estado periférico en aquellos dos aspectos a través de los que se analizaba en el trabajo anterior la actuación del Estado social: en el orden económico y en el orden social.³²⁸

a) Por lo que se refiere a la intervención del Estado periférico en el orden económico, su peculiaridad deriva de que está mediada por las características de las formaciones sociales periféricas: su heterogeneidad estructural y su relación de dependencia.

La heterogeneidad de la estructura social se manifiesta en la inexistencia de prerequisites generales para el funcionamiento del sistema (Evers). Es decir, lo que se ha llamado —respecto del Estado social— función estratégico-organizativa no parece posible desarrollarla en el capitalismo periférico respecto del sistema en su conjunto, pues la diferencia radical entre sectores y modos de producción coexistentes lo impide. La separación y especificidad de sus respectivas exigencias de funcionamiento impide el desarrollo —siquiera sea en apariencia— de una política de “interés general”. Al no haber, pues, un grado medio o relativamente homogéneo de desarrollo de las fuerzas productivas del que podría deducirse criterios objetivos y generales, la actuación del Estado queda a merced de la influencia y presión de intereses particulares. En estas circunstancias, la actuación del Estado oscila entre las impuestas por los sectores hegemónicos en forma tan particular que producen una real privatización del Estado y la que los sectores menos desarrollados y pre-capitalistas necesitan para su propia subsistencia. Ello produce la típica distorsión del Estado periférico entre actuaciones propias de los sectores

328 Se toman para ambos aspectos las aportaciones de T. Evers, *cit.* Se hace aquí una generalización, aunque, naturalmente en el orden histórico concreto aparezcan otros puntuales. Así, para Centroamérica la orientación de los Estados Unidos durante los años sesenta fue la creación de un mercado centroamericano, lo que implicaba un aumento del consumo y algunas mejoras en el nivel de vida; a fines de los sesenta y principios de los setenta se pasó al “capitalismo austero” con una supresión radical de toda reforma y prestación social (*vid.* Jonas, S., “Revolución e intervención en Centroamérica”, *La crisis internacional y la América Latina*). Igualmente, un factor importante ha sido la aplicación de las políticas de ajuste del Fondo Monetario Internacional (*vid.* Villarreal, R., “El F.M.I. y la experiencia latinoamericana: desempleo, concentración del ingreso y represión”, *La crisis internacional y la América Latina*).

más ultramodernos de la tecnología y la economía y las propias de fases y sectores precapitalistas.

La dependencia del mercado mundial determina asimismo la actuación del Estado periférico en cuanto que, como no se desarrolla en forma correspondiente con el proceso productivo interno sino al ritmo que establecen las exigencias de la economía metropolitana, se ve obligado, por una parte, a improvisar en su totalidad procesos productivos radicalmente nuevos (lo que exige grandes inversiones en muy corto plazo), y, por otra, a que los cambios en aquellas exigencias —derivadas de las fluctuaciones de la economía mundial— obliguen también a cambios repentinos en una política económica forzada permanentemente a rectificar, redefinir objetivos y desgastarse en maniobras de ajustes sin posibilidad de mantener líneas coherentes de actuación.

b) Intervención del Estado periférico en el orden social. Aunque el Estado periférico desarrolla actividades que pueden considerarse como prestaciones y, aparentemente, por tanto, pueden asimilarse a las políticas de bienestar realizadas por el Estado social, lo cierto es que tienen un origen y significado muy distintos.

Efectivamente, de manera inicial y general hay que señalar que este tipo de actuaciones tratan exclusivamente de servir a las condiciones de la acumulación, garantizando la disponibilidad de la fuerza de trabajo y de su reproducción en la forma adecuada a los característicos procesos productivos periféricos. De forma más matizada cabe hacer algunas precisiones a partir de los distintos modos y sectores productivos que conforman la heterogeneidad estructural de las formaciones sociales periféricas.

1) Por de pronto debe tenerse en cuenta que respecto de los modos de producción precapitalistas o fronterizos al capitalismo —en el sentido de que se está iniciando la separación del trabajador de los medios de producción—, la coacción extraeconómica y el sometimiento de las fuerzas de trabajo a la disciplina del mercado, exigen una violencia explícita o encubierta que o bien se desarrolla directamente por el Estado o bien el Estado respalda y mantiene la desarrollada en forma privada.

2) Junto a los anteriores, se encuentran aquellos sectores que aunque integrados ya en el capitalismo constituyen su parte más atrasada (como las industrias medianas y pequeñas, sectores exportadores más tradicio-

nales, sectores de la construcción y servicios más simples). Las relaciones de trabajo están ya organizadas de acuerdo con el sistema del trabajo asalariado libre; pero, de una parte, para que este tipo de capital pueda realizar el proceso de acumulación necesita limitar al máximo la cuota de capital variable y, por consiguiente, mantener en niveles extremadamente bajos el nivel de salarios; pero, por otra, al ser esto así, además de su insuficiencia para atender a la mera subsistencia, los salarios ya no pueden aparecer como equivalentes, es decir, el trabajo no aparece pagado en su totalidad, y, por tanto, se manifiesta claramente la explotación a diferencia de lo que ocurre en el capitalismo desarrollado (Evers). En estas circunstancias, el mecanismo económico, el mercado de trabajo, no basta para garantizar por sí solo la disponibilidad de la fuerza de trabajo y las huelgas y recurrentes crisis sociales, la indisciplina laboral, el absentismo, la resistencia pasiva, la rebeldía latente, constituyen una amenaza permanente. Es decir, las condiciones reproductivas de la fuerza del trabajo no resultan exclusiva y espontáneamente del libre juego económico. Exigen la intervención del Estado en las relaciones laborales a través de una serie de medidas que combinan la represión directa o indirecta (configuración de los sindicatos como órganos de control) y las concesiones sociales, que contribuyen simultáneamente a conseguir el nivel de subsistencia y la integración del trabajador en aquellas condiciones de trabajo.

3) En los sectores más desarrollados y hegemónicos, el alto valor del capital fijo y la complejidad que adquiere el proceso productivo, demandan imperiosamente la eliminación de todo tipo de inseguridades que permitan una planificación adecuada. El abastecimiento continuo y suficiente de una fuerza de trabajo cualificada y disciplinada es una exigencia inexcusable de un cálculo económico preciso. Por ello cobran importancia la integración del trabajador en el proceso productivo y, por ello mismo, el sistema de prestaciones sociales es notablemente más elevado (educación, sanidad, fórmulas de seguridad social), combinándose ahora más con sistemas de adaptación ideológica que con las meramente represivas, mucho más costosas y distorsionadoras en estos sectores productivos.

Cabría esperar en principio que en estos sectores se generara una dinámica contradictoria: las exigencias de unas determinadas condiciones en las fuerzas de trabajo podrían permitir la configuración de una clase

trabajadora capaz de hacer progresar sus reivindicaciones superando los límites puramente integradores y terminaran alcanzando la naturaleza del (pacto) Estado social. Sin embargo, no se ha producido por un doble tipo de razones: la primera es que como aquellas medidas sociales no son condición general de reproducción de la fuerza de trabajo sino sólo de un sector de la clase trabajadora —la correspondiente al sector hegemónico del capital— con frecuencia ocurre que su prestación no corre —o sólo parcialmente— a cargo del Estado, sino del capital privado; la segunda es que en las sociedades en subdesarrollo es notoriamente más difícil el avance de las reivindicaciones de clase por las grandes potencialidades del “ejército de reserva”, de forma que es un expediente fácil y poco costoso contrarrestar su presión acudiendo a la oferta siempre abundante de mano de obra capaz de sustituir a los elementos más activos del movimiento obrero. La presencia, pues, de un sector industrial no es garantía de que el Estado se configure como Estado social, sino que puede incluso corresponderse con el nivel anterior, aquel en el que se combinan concesiones sociales y represión.

4) Debe considerarse, finalmente, que, por lo que se refiere a América Latina, se han dado situaciones y supuestos en los que se desarrollaron por el Estado regímenes de seguridad social y se implantaron formas institucionales de resolver o encauzar el conflicto social, notablemente avanzados. Fue el caso de los Estados populistas. Las explicaciones que se han dado a este hecho son básicamente dos. Un primer tipo de explicaciones entiende que, en este caso, el surgimiento del pretendido Estado social tiene su origen y desencadenamiento en las características del contexto reproductivo y de la peculiar autonomía del Estado periférico. Porque el origen y factor desencadenante de este supuesto no está en el interior de las formaciones sociales en que se produjo, ni fue fruto de la lucha de clases interna, sino que se encuentra en el exterior. Se trata de la etapa de industrialización por sustitución de importaciones. Y en estas circunstancias, el traslado y utilización de tecnología metropolitana —diseñada en un contexto y en buena parte resultado de un determinado proceso de lucha de clases— supuso también el traslado de unas determinadas relaciones que evidentemente eran exógenas a la lucha interna de clases; pero, a la vez, este condicionamiento de la acción estatal por los intereses hegemónicos y que en lo que a ello se refiere limitó ciertamente su autonomía, amplió potencialmente su esfera de acción res-

pecto de los demás sectores, y por tanto nada le impidió extender ese tipo de relaciones laborales. Se produjo así el hecho notable de un tipo de relaciones laborales que estaban más adelantadas que el correspondiente desarrollo de las fuerzas productivas, en cuanto que realmente se correspondían más con el desarrollo social de las metrópolis que con el propio de la formación social periférica.

Un segundo tipo de explicaciones entiende, sin embargo, que aquel supuesto Estado social tiene un origen interno, que se produjo una coyuntura en la que el desarrollo, junto a la clase obrera, de los sectores medios y urbanos permitió al populismo articular e imponer una dirección hegemónica hasta el punto —se afirma— de que, en este caso, el origen del Estado social —que se basó en utilizar parte del excedente como corrector de desigualdades sociales—³²⁹ como producto exclusivo de su imposición por las fuerzas populares es mucho más claro y tiene por ello un origen más unilateral que en Europa.³³⁰

En cualquier caso, lo significativo es señalar el hecho de que los Estados populistas vienen, desde otra perspectiva, a confirmar la imposibilidad del surgimiento y mantenimiento del Estado social en el capitalismo periférico. Porque la dinámica que engendró, terminó por cuestionar el propio capitalismo periférico y hasta su forma de Estado, en cuanto condujo inmediatamente no a mantenerse en los términos del pacto, es decir, a una simple alteración cuantitativa en la distribución del excedente, sino a un replanteamiento de las condiciones estructurales de generación del mismo. La imposibilidad de las instituciones políticas periféricas para canalizar un conflicto no resoluble en el interior del propio sistema, terminó abriendo paso al triunfo de la contrarrevolución en el cono Sur. Es decir, operaron el resto de las características de las formaciones sociales periféricas antes aludidas: la heterogeneidad estructural proyectada socialmente en intereses y clases radicalmente opuestas y políticamente en la imposibilidad de su parlamentarización, de su mediación y conciliación a través de los mecanismos democráticos parlamentarios, características que son las que hacen imposible en las formaciones sociales de la peri-

329 La primera es la postura de Evers, la segunda se encuentra en Cueva, A., “El Estado latinoamericano”, en VV. AA. *La crisis del capitalismo*, cit.

330 Mecanismo que ha sido objeto de la importante teorización de R. Prebish (“Estructura socioeconómica y crisis del sistema”, y “Hacia una teoría de la transformación”, *Revista de la CEPAL*, núms. 12 y 10).

fería no sólo el funcionamiento de un sistema representativo no manipulado, sino la aplicación y vigencia del modelo social-demócrata como forma eficaz y sostenida de superar el conflicto básico y gestionar las crisis, tal y como ha sido su función histórica en el capitalismo del Centro.

B. *La extensión del modelo periférico de dominación*

Pues bien, es característico de la configuración del sistema actual de dominación, la progresiva acentuación de lo que puede llamarse el modelo periférico de dominación. Ello se manifiesta tanto en la caracterización del Estado imperialista, que cada vez en mayor grado adopta rasgos del Estado periférico, como en la incorporación a las sociedades donde se manifiesta la crisis del Estado social, de aspectos peculiares de las sociedades periféricas. El modelo periférico se proyecta, pues, en lo que parece un continuo avance y extensión de la periferia. La mundialización política y económica, la confirmación y desarrollo del mercado mundial, parecen también adquirir gradualmente los caracteres de una “periferización” del mundo.

a. El Estado imperialista y el Estado periférico

A) Los Estados Unidos, el Estado imperialista, encierra en su seno contradicciones propias de las colonias. Clases, culturas, razas, masas, elites, hacen de los Estados Unidos, del Imperio del Centro, un Estado semejante a los periféricos.

Su origen y su historia están caracterizados por la violencia. Podría hablarse así, en los términos en que este tipo de afirmaciones históricas pueden hacerse, de la relación imperio-violencia para hacer referencia al hecho histórico repetido del origen violento de los imperios. Roma es seguramente el caso mejor estudiado. Roma, la fundación de Roma, es ciertamente un hecho violento. Y esta violencia de sus orígenes, este nacimiento traumático de un pueblo que afirma su existencia frente a los demás mediante la rapacidad y la usurpación, se ha entendido que va a pesar continuamente en su historia posterior.³³¹ De forma semejante, en

³³¹ Hegel, F., *Lecciones sobre filosofía de la historia*, Madrid, Alianza Universidad, 1982, pp. 504 y ss.

las explicaciones sobre la configuración del Estado imperialista, se recuerda hoy su origen violento y aun que la fuerza y la violencia de los Estados Unidos en sus relaciones con el mundo, se explican por la fuerza y la violencia de sus luchas internas;³³² la lucha y exterminio del indio, la esclavitud del negro, la guerra de secesión, la lucha feroz por la propiedad, la aniquilación del obrero, “anarquista y rojo” de principios de siglo, el linchamiento, las mafias, el gangsterismo en la lucha empresarial, han hecho de la violencia un componente de la relación competitiva y de resolución del conflicto. La pena de muerte y la silla eléctrica serían la expresión actual y juridizada de esa violencia.

La problemática de etnias y minorías desintegradas y en permanente crecimiento, acercan a la sociedad americana al pluralismo desarticulado y discriminatorio de las sociedades coloniales. Y, por consiguiente, es también un factor que privilegia el papel del Estado y define una específica forma de dominación, aunque todo ello se produzca bajo la apariencia de un “bajo estatismo” que continuamente se proclama como característico de la sociedad americana.

B) El Estado imperialista se configura de una manera específica en relación con la lucha de clases que, de nuevo, le alejan de las características del Estado capitalista occidental y lo acercan al Estado periférico. Porque el Estado capitalista occidental es el lugar en el que se articulan de manera compleja las relaciones e intereses de clase, de manera que la posibilidad de realizar (siquiera sea a corto plazo) los intereses de las clases dominadas (aunque se reduzca al nivel económico corporativo) es compatible con y es hasta incluíble en la capacidad del Estado para reconstruir el interés general de clase (dominante) bajo la dirección de una fracción hegemónica, pero en un continuo proceso de compromiso y equilibrio que se resuelve a través de los mecanismos ideológicos y jurídico-políticos que permiten la desorganización de las clases dominadas. Sin embargo, este proceso en el Estado imperialista resulta alterado de manera fundamental, porque el escaso nivel organizativo y la escasa o nula conciencia de clase, hace que la clase trabajadora apenas pueda considerarse que exista como tal políticamente. El Estado, su actuación, la elaboración de la política interior y exterior, se hace prácticamente al margen y sin sufrir ninguna presión de la clase obrera. El Estado impe-

³³² González Casanova, P. (coordinador), *Introducción a Estados Unidos hoy*, México, Siglo XXI, 1984.

rialista tiene una capacidad desmesurada para aislar las políticas en interés de una fracción o grupo sin sentir el contrapeso de una clase obrera organizada, para presentarlas como neutrales, y, por consiguiente, para parecer él mismo como neutral, representante y ejecutor de los intereses comunes a la nación en su totalidad y aun para ocultar incluso sus decisiones y prácticas —sobre todo en política exterior— dando lugar a lo que se ha llamado el Estado secreto (Wolfe).

Este hecho se manifiesta en el escaso nivel de participación y en que la política norteamericana aparece más que en términos de lucha de clases en el de competencia entre grupos. Sólo los grupos altamente organizados (entre los que se encuentran los sindicatos con un nivel de afiliación escasa y vinculados tradicionalmente al poder) influyen y cuentan en la vida política, que se presenta como el marco hegemónico de grupos de interés objetivamente aliados.³³³ Pueden explicarse así los peculiares planteamientos de la sociología y ciencia política americanas (funcionalismo, pluralismo, etcétera), la aparición de determinadas orientaciones en el estudio del poder como la elitista o la concepción suma-cero,³³⁴ la ausencia de una teoría burguesa del Estado e incluso la influencia en alguna orientación marxista de la teoría del Estado que ha tendido a generalizar el análisis de las relaciones Estado-clase en términos empíricos (inserción e influencia de los miembros de las elites en el Estado), lo que lleva a reafirmar la concepción del Estado-instrumento de la clase dominante que, ciertamente, en los Estados Unidos aparece casi con la misma simplicidad que en las dictaduras patrimoniales de Latinoamérica.³³⁵

C) Todos los análisis políticos que se hacen hoy sobre la historia y evolución del Estado imperialista coinciden en señalar que la guerra y la derrota de Vietnam constituyen un hecho histórico de tal magnitud, que marca fin y comienzo de etapas en su desarrollo y, en este sentido, es también en gran medida un punto de no retorno respecto de la ruptura del consenso. Hasta ese momento la indiscutida hegemonía mundial en lo económico, militar y político en el exterior, se acompañaba de una indiscutida credibilidad en el interior tanto en el sistema institucional

333 Katznelson, I., y K. Prewit, "El constitucionalismo, las clases y los límites de opción en la política exterior norteamericana", *Estado y clases sociales en las relaciones Estados Unidos-Latino América*, selección de R. Faben, México, FCE, 1984.

334 Wills, W., *La elite del poder*, México, FCE, 1962, introducción.

335 Me refiero a la tesis de Miliband, en quien pesa notablemente el caso de los EEUU.

como en el papel del Estado en el mundo y en definitiva en la vigencia de los principios de los “padres fundadores”. Vietnam supuso la quiebra de ambos. El enorme coste económico, militar y político de la guerra y la derrota (junto a la recuperación de Europa y el surgimiento del Japón como potencia económica) erosionan la posición económica, desintegran la maquinaria militar y, unidos al coste social, humano y moral, rompe el consenso interno. La dominación a partir de ese momento se hace diferente porque tiene lugar en adelante a partir de una ruptura del consenso. Desde estos supuestos se puede entender la presidencia de Carter como un intento de reconstruir el consenso, de recuperar la confianza en la dignidad y lealtad de los Estados Unidos a los viejos principios constitucionales (a lo que intenta servir esa etapa Carter con su política de los derechos humanos) mientras se intentaba igualmente la reconstrucción del país en los demás órdenes (económico y militar). Fue la época de la distensión en el orden internacional, producida por esa desarticulación objetiva del Estado imperialista que, por otra parte, permitió que los conflictos del tercer mundo se desarrollaran de manera natural y dieran lugar a los procesos de Etiopía, Angola, Irán, Nicaragua, etcétera.³³⁶

La ruptura, sin embargo, permanece, en cuanto parece también definitivamente rota su base social construida a partir del *New Deal* (Estado social —por cierto siempre mucho menos desarrollado que en Europa—, integración relativa de las minorías e incorporaciones de los sindicatos a la máquina gubernamental); la fase Reagan, en efecto, ha profundizado la crisis progresiva de sus ingredientes.³³⁷ La crisis del Estado social y el sacrificio de las minorías como coste de la crisis económica que se proyecta también sobre el obrero norteamericano (lo que da lugar a un nuevo planeamiento sindical), mantienen la ruptura del consenso.

Esta ruptura del consenso se manifiesta en diferentes niveles. Así, cabe destacar el hecho de que, probablemente, ningún otro pueblo como el norteamericano tiene hoy conciencia más clara de lo que su propio Estado supone de agresión exterior y colonialismo interior. En Estados Unidos los movimientos antiimperialistas e intervencionistas son más populares y enérgicos que en Europa. Y, si lo que se le hace a otros pueblos se le hace también a una parte cada vez mayor del pueblo de los Estados

336 Morley, M. H., y J. Petras, “Nueva guerra fría: la política de Reagan hacia Europa y el tercer mundo”, *Capitalismo, socialismo y crisis mundial*, cit.

337 Wallerstein, I., “EEUU en el mundo actual”, en *EEUU. hoy*, cit.

Unidos, es explicable que su solidaridad con los agredidos sea incomparablemente más fuerte y su rechazo al imperialismo más vigoroso que los que pueden surgir en otros Estados colonialistas en los que el colonialismo interior no se manifiesta de forma tan acusada.

Relacionado asimismo con esa toma de conciencia, hay que señalar la superación del pensamiento progresista liberal “blanco” (que separaba los análisis y las categorías de colonialismo y lucha de clases), por un pensamiento crítico (de color) que vincula la lucha del obrero a la del negro, chicano, o latinoamericano, en una perspectiva unitaria radical de liberación.³³⁸ Por otra parte, y en sentido contrario, se registra una indudable reacción autoritaria (acaso una de sus primeras manifestaciones fue el tratamiento dado a la huelga de pilotos por la primera administración Reagan, inimaginable en Europa) y la puesta en marcha de procesos ideológicos justificadores y recuperadores del tradicional “orden americano” (desde el movimiento de la “mayoría moral” hasta el desplegado por el “comité sobre el peligro actual”).

D) La militarización progresiva ha llegado a constituirse en un elemento definitorio del Estado imperialista. Ciertamente que tiene unos caracteres muy diferentes de los que se dan en los Estados de la periferia, pero probablemente tan profundos y específicos que si se puede hablar de un Estado militar periférico también puede hablarse de un Estado militar del centro para referirse a la forma que adopta hoy el Estado en los Estados Unidos de América.

El fenómeno de la militarización de los Estados Unidos es tan significativo y complejo que desborda los límites del Estado, es un elemento condicionante de la sociedad actual y en buena medida configura hoy la coyuntura mundial. Desde la perspectiva que aquí se mantiene, interesa destacar los siguientes aspectos:

a) Con frecuencia, en el estudio del imperialismo se ha puesto el acento en el análisis económico descuidando el político. Fruto de ello ha sido el olvido y ocultamiento en el que se ha tenido al papel y función desempeñados por el Estado en la expansión del capital (es justamente lo que se quiere subrayar cuando aquí se utiliza repetidamente la expresión Estado imperialista). Y en este orden de cosas hay que tener presente que en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, el crecimiento

338 González Casanova, P., *cit.*

del capital (de los Estados Unidos) en el exterior estuvo precedido por toda una serie de operaciones económico-militares en Europa y en el tercer mundo, por una vasta red de organizaciones y actividades amparadas por el Estado que establecieron las bases y el marco que hicieron posible el subsiguiente flujo masivo del capital privado. Los aparatos económicos, ideológicos y coercitivos del Estado operan para facilitar la acumulación de capital y su reproducción a escala mundial. Y en la medida en que este hecho se produce, en la medida en que el capital se expande hacia el exterior, en esa misma proporción aumenta la importancia del Estado, de su capacidad para dotarse de los medios adecuados para la defensa y mantenimiento de esa expansión.³³⁹ De acuerdo con ello, cabe señalar que fue en este periodo de posguerra —básicamente en la primera década— en la que se potenció el carácter militar del Estado en íntima vinculación con el capital monopólico en su expansión exterior, es decir, cuando aparece configurado en su forma moderna el Estado de los Estados Unidos como Estado imperialista.

b) Supuesto lo anterior, la interrelación Estado-expansión del capital, se hace comprensible la evolución posterior. Porque parece que a partir del proceso antes descrito, la indiscutida hegemonía mundial (política, económica y militar) de los Estados Unidos se logra y culmina en la década de los sesenta. Los acontecimientos a que antes se aludió (reconstrucción europea, aparición de Japón) y, sobre todo, el desgaste y efectos de la guerra y derrota de Vietnam, inician el declive económico y militar de los Estados Unidos, la pérdida de su hegemonía mundial. Hechos posteriores (como las derrotas que suponen las revoluciones de Irán o Nicaragua con la consiguiente pérdida de “regímenes clientes” y su repercusión en centros neurálgicos de la economía norteamericana como son las empresas petroleras, los mercados militares, las operaciones bancarias, etcétera) evidencian de nuevo aquella interrelación económica-estatal así como la conclusión ineludible: sin una reconstrucción del Estado y de su aparato militar no es posible la expansión económica ni la defensa de los intereses de los Estados Unidos en el exterior. A partir de este momento se impone, pues, como medio imprescindible para la recuperación de la hegemonía mundial, el progresivo desarrollo de una política de militarización. Y, ciertamente, la opción por una reconstruc-

339 Morley y Petras, *cit.*

ción militar en gran escala y una política intervencionista, son visibles ya en la etapa final de la administración Carter. La única variante de la administración Reagan es la estrategia de la confrontación Este-Oeste (en cuya virtud se trata de insertar a todo conflicto que estalle en cualquier parte del globo en la dialéctica Este-Oeste, forzando a las partes a su alineación en torno a esta bipolaridad) y la intervención directa, tratando —como se ha indicado—³⁴⁰ de suplir con voluntarismo la falta de condiciones objetivas, lo que convierte en gran parte a la política de Reagan, y de ahí su peligro, en aventurerismo.

El Estado imperialista se configura así con una dinámica inevitable. En la medida en que se ha extendido el imperialismo, el país centro del mismo ha pasado a ser cada vez más dependiente del exterior, reproduciendo en sentido inverso la situación de la periferia. Parece, en efecto, un hecho indudable el fenómeno de la transnacionalización de la economía norteamericana en el sentido de que más de la mitad de la inversión y de los beneficios se obtienen fuera de los Estados Unidos. Con independencia de los efectos internos que esto pueda conllevar (desnacionalización, falta de inversión nacional, estancamiento tecnológico y, por otra parte, sus consecuencias en la balanza de pagos, etcétera) es evidente que esta dependencia obliga a una defensa cada vez más rígida de estos intereses, a mantener un orden en el mundo, a una militarización mundial. Si el Estado periférico tenía que transformar una hegemonía externa en interna, el Estado imperialista es el vehículo para la conversión de la hegemonía interna en externa.

En cualquier caso, lo que interesa destacar es la relevancia que de nuevo adquiere el Estado y que los aparatos ideológicos y represivos (Pentágono, CIA, agencias de información) se convierten en los centros de decisión operando el resto del aparato institucional —singularmente el Parlamento, progresivamente deteriorado y sometido a la Presidencia tal como se ha puesto de manifiesto con la ayuda al terrorismo y la contrainsurgencia nicaragüense— como su vehículo legitimador y que las decisiones más importantes (que son, cada vez más claramente, las que se refieren a la política exterior) estén en manos precisamente de ese Estado paralelo o secreto al que antes nos referíamos.

340 *Idem.*

c) El papel decisivo del Estado, tras el camino elegido de su militarización como medio de superación de la hegemonía mundial y exigido por su dependencia progresiva del exterior, se pone de manifiesto, de nuevo, en cuanto se constituye en condicionante del proceso socioeconómico de los Estados Unidos. Porque si en algún caso se ha intentado explicar el aumento de los gastos de defensa como un mecanismo para salir de la crisis, la opinión más común coincide en señalar que justamente entre las causas del estancamiento y profundización de la crisis económica, de su incapacidad para superarla y aun de que se vislumbre un futuro incierto, figura precisamente de forma destacada el desmesurado aumento de esos gastos que han absorbido cantidades enormes de recursos de la producción y la innovación nacional con destino al ámbito militar, seguidos de una progresiva inutilidad de sus logros y resultados —retroalimentación— para el ámbito civil.³⁴¹ Sea o no exacto ese diagnóstico, lo que interesa aquí retener de él es la importancia que se concede a esta específica actuación del Estado. Importancia que se confirma si se tiene en cuenta la trascendencia de las diferentes y en cierta forma contradictorias vías de interrelación con el proceso socioeconómico.

Por una parte, el Estado, sus gastos de defensa, a través de la permanente expansión de la demanda que han supuesto, ha ido generando una específica producción armamentista-industrial que se ha convertido en uno de los sectores básicos de la economía norteamericana; la importancia del sector armamentista-industrial, así como su dependencia del Estado, se configuran definitivamente con la guerra de Vietnam, de forma que su finalización representó un auténtico problema tanto por la acumulación de *stocks* como por las dificultades de reconversión del sistema que se buscó a través de la potenciación de la “carrera del espacio”. La importancia de esta interrelación ha aumentado cuantitativa y cualitativamente, en cuanto los abastecedores del Pentágono (entre los que se cuentan las mayores empresas del país como la Douglas, Lockheed, etcétera) tienen en el Estado a su principal cliente y del que, por tanto, dependen. Y a los efectos específicos de esta vinculación directa del Estado al gran capital, se añaden los que derivan para el conjunto del sistema económico de las características de la producción de armamentos en cuanto consumidora de capital constante.

341 Judis, J., “Ronald Reagan y la declinación de EEUU”, en *EE.UU. hoy, cit.*

Por otra parte, los gastos de defensa parecen ser la causa fundamental de uno de los problemas más importantes con que se enfrenta la economía de los Estados Unidos y que termina propagándose sobre el conjunto social e incluso sobre el exterior: el enorme déficit del Estado que lo sitúa al borde de la quiebra.³⁴² Este déficit se trata de enjugar con un recorte de los gastos derivados del intervencionismo económico y social del Estado, con empréstitos públicos que al competir con los privados facilita el aumento de la tasa de interés y con una política monetaria tendente a controlar la inflación y que restringe el suministro de dinero, lo que aumenta de valor al dólar con sus múltiples efectos de reducción de la competitividad de la economía norteamericana en el exterior, aumento de la deuda del tercer mundo, estímulos a la inversión exterior, etcétera.

b. El Estado imperialista y la “periferización” de las sociedades de la “crisis del Estado social”

La mundialización del sistema económico y del sistema político ante la actual coyuntura crítica del capitalismo, conducen a la extensión de la periferia, es decir, al progresivo desplazamiento de áreas hasta ahora consideradas centrales o próximas al centro hacia lo que funcionalmente puede decirse que constituye la periferia del mundo capitalista.

Tal fenómeno es observable en Europa, especialmente en el sur. Europa no es una excepción al desarrollo desigual; lo que sí es aparentemente paradójico es que, precisamente cuando se ahondan las distancias y aumentan las diferencias entre sus países, se impulse la idea de Europa como marco referencial unitario que “se hace realidad” a través de fuertes vinculaciones económico-militares y mínimas vinculaciones políticas. Se produce así el hecho de que países como España y Portugal se integran formalmente en Europa cuando realmente se alejan cada vez más de ella (de sus países centrales). Este desplazamiento hacia la periferia se relaciona con dos hechos básicos que se interrelacionan: la “crisis” del Estado social y la presión del Estado imperialista facilitada por esa crisis

³⁴² El 8 de octubre de 1985 se hace público el agotamiento por primera vez de la liquidez del Tesoro y la imposibilidad, por tanto, del Estado, de hacer frente a sus cuentas, lo que produjo una importante convulsión financiera al amenazar los bancos con dejar de pagar los cheques del gobierno, situación que fue calificada por la Casa Blanca como “emergencia financiera”.

del Estado social, se despliegan en una serie de efectos en esa dirección, tales como los siguientes:

En lo que se refiere a la crisis del Estado social:

- Hay que tener en cuenta que la crisis del Estado social no sólo supone la contracción de la actividad del Estado en ámbitos incluíbles bajo la perspectiva de los derechos sociales, sino también de aquellas otras que se refieren tanto a lo que se denominaba en otro lugar “prerrequisitos” (necesarios para el funcionamiento del capitalismo, pero fuera de la lógica del beneficio y que por consiguiente el propio capitalismo no produce) como a sectores del tipo de investigación científica y técnica o de la cualificación de la fuerza de trabajo. Todo ello no puede por menos de afectar a la productividad del sistema económico y contribuir a su estancamiento, a la disminución de la competitividad en los sectores más afectados, con los efectos consiguientes en el desaliento a la inversión interior, la desnacionalización, etcétera.
- La crisis del Estado social repercute en el funcionamiento del mercado internacional abriendo nuevas posibilidades al capital monopolítico (tanto por las nuevas oportunidades a su implantación como por la necesidad del capital interior de “multinacionalizarse”, es decir, de incluirse en una empresa multinacional para buscar su protección, lo que parece ocurrir en España con SEAT) que, junto a las posibilidades que le ofrece al abaratamiento de la mano de obra, utiliza estos nuevos espacios en sentido estrictamente periférico (la sumisión del gobierno español a las condiciones exigidas para la anunciada inversión de la ITT es por el momento uno de los últimos ejemplos).
- La crisis del Estado social acentúa la tendencia a que cada vez más estos países de Europa ocupen en la división internacional del trabajo el lugar destinado a los periféricos: suministradores de mano de obra abundante, barata y desorganizada a los países del centro y Norte, abastecedoras de productos alimenticios, textiles, etcétera, y, en general, intensivos en mano de obra y con tecnología importada.

Por su parte, la actuación del Estado imperialista presiona en el mismo sentido de diversas formas:

- La política económica de los Estados Unidos obliga a Europa, para evitar la fuga de capitales, a mantener tasas altas de interés, lo que, entre sus múltiples efectos, bloquea los esfuerzos de recuperación industrial.
- La política de bloques coarta la tendencia a la diversificación de las economías europeas, en especial las del sur de Europa, lo que exigiría una serie de vinculaciones internacionales complejas que chocan en muchos casos con las exigencias de la polaridad. Fenómeno que se reproduce de manera acentuada en los países del tercer mundo.
- La estrategia de la confrontación y de los bloques fuerza a una política desmesurada de defensa con un aumento desproporcionado de los gastos que obligan a un recorte mayor de los gastos sociales.
- El Estado imperialista pone límites a las democracias occidentales como a las periféricas. La reconducción del proceso revolucionario portugués y las claves dadas a la democracia italiana en el caso de un eventual triunfo del PCI no dejan lugar a dudas. Y ejerce asimismo una vigilancia sobre Europa a través de una potencia subimperialista —Alemania— a la manera del subimperialismo en la periferia.
- Y, en definitiva, se afirma globalmente³⁴³ que la reestructuración en curso de la economía norteamericana supone la desestructuración de las economías competidoras, en especial las aliadas.

Finalmente, el resultado bien ostensible de la última fase crítica del capitalismo en estas sociedades, sobre todo, debe subrayarse, del sur de Europa, ha sido la interrupción del proceso modernizador; la no ruptura de las estructuras económico-sociales y culturales, de forma que el desarrollo y la modernización conseguidos se han hecho agregando, superponiendo nuevas estructuras a las anteriores.³⁴⁴ Se configura así una sociedad en cierta forma “dualista” que reproduce —bien que específicamente, como es obvio— la imagen del “dualismo” periférico: sistemas productivos, niveles tecnológicos y relaciones sociales que configuran ámbitos socioeconómicos y culturales bien distintos, y que

343 Debray, R., *Los imperios contra Europa*, Barcelona, Ed. Versal, 1985, p. 92. Lamentable libro, por otra parte, perversión francesa de la categoría también francesa del *engagement* intelectual.

344 Petras, J., *La social-democracia del sur de Europa*, cit.

a su vez, en un efecto de caja china, reproducen el esquema centro-periferia en cuanto entre uno y otro se establecen claras relaciones de supraordenación y dependencia, respectivamente. Y aunque, como se ha observado, hay importantes fuerzas que actúan en el sentido de la homogeneización (relaciones sociales capitalistas, comercialización, burocratización, consumismo, etcétera) la solidez de las instituciones tradicionales, locales, valores sociales y familiares, no sólo se ha mantenido, sino que la crisis económica y el desempleo los han revitalizado; la permanencia de esas pautas y valores (en los lugares de origen a los que vuelven el emigrante y trabajador) y los procesos ideológicos subsiguientes a la crisis a los que en otro lugar nos referíamos y que potenciaban en todo caso la vuelta, el respeto y la revalorización de lo tradicional, se convierten así en factores confluyentes que se potencian mutuamente.

De todo lo expuesto puede deducirse lo siguiente:

1) Que pese a las pretendidas tendencias liberales que se extienden por el mundo y parecen constituirse en ideológica y políticamente dominantes, y pese a los pretendidos esfuerzos para recuperar las virtualidades de las leyes del mercado, lo cierto es que el Estado aparece como la base fundamental del orden socioeconómico y precisamente por las características de ese orden económico que así lo demanda, siquiera sea con sus propias especificidades, tanto en el supuesto de las formaciones sociales del centro como de la periferia.

2) Que de manera general —aunque con peculiaridades distintas— las instituciones estatales se han convertido en mecanismos incapaces de encauzar el conflicto básico y que, en consecuencia, “la política”, el desarrollo específico de la lucha de clases que hoy —a consecuencia del protagonismo antes señalado— tiende a dirigirse contra el Estado, tiende también, con grados y situaciones distintos que van desde la violencia armada de la periferia a la no participación o al conflicto espontáneo en el Estado imperialista, a canalizarse fuera del Estado.

3) El resultado es la tendencia general al autoritarismo y a la desvirtuación, en formas distintas, de los procesos democráticos, de tal manera que el modelo de relación entre la metrópoli y la periferia, que en el ámbito internacional se ha impuesto de forma cada vez más marcada, parece repetirse también en el interior de las sociedades capitalistas desarrolladas: los poderes establecidos dependen cada vez menos para su

propia reproducción de la disponibilidad a la cooperación de los empobrecidos y de los privados de sus derechos.³⁴⁵

Todo lo cual configura la expansión del modelo de dominación periférico. Lo que es tanto como decir la expansión del imperialismo y del Estado imperialista. Y también que, tanto desde el punto de vista de la práctica teórica como de la práctica política, no cabe el análisis aislado de las formaciones sociales. Ello no quiere decir simplemente que en el estudio de la coyuntura política o del Estado se incluya o conceda más importancia al aspecto exterior, sino que la interdependencia, el capital internacional, el Estado imperialista, se incluyan hoy en la configuración del propio Estado nacional y en su ordenamiento jurídico-constitucional en el que el progreso cuantitativo y cualitativo de las fuentes externas sobre las internas revela el desplazamiento de la instancia determinante.

5. *Las fuentes del derecho: apunte sistemático*³⁴⁶

Afirmar que “como su propio nombre indica, el tema de las fuentes del derecho es inagotable”, supone algo más que una repetida expresión de rancio humor escolástico. Porque, ciertamente, no sólo tiene la tradición doctrinal de los considerados “clásicos”, sino la vitalidad suficiente para, de manera recurrente, aparecer e inquietar.

Por eso, intervenir en esta, estrictamente, *vexata* y casi *venerabilis quaestio* con un trabajo menor, exige al menos, como muestra de respeto a esta elaboración secular, explicar que se tiene conciencia de todo ello y ofrecer alguna justificación.

Y si alguna justificación puede tener es la derivada de su enfoque. Porque si bien el tema de las fuentes es objetivamente “un tema encrucijada” en cuanto en él confluyen y a través de él se expresan ingredientes muy distintos, su tratamiento más habitual ha contemplado sólo alguno de ellos. Simultáneamente la acumulación por aluvión de materiales, planos y orientaciones ha supuesto una dificultad añadida. De ahí que sin pretender resolver nada, pueda tener sentido apuntar una propuesta de análisis global que incluya aquellos diferentes aspectos de una

345 Habermas, J., “Sobre la pérdida de confianza en sí misma de la cultura occidental”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 3.

346 Trabajo realizado para participar en el homenaje al prof. J. J. Ruiz-Rico (en 1994) y publicado en el libro colectivo *Estudios de derecho público*, Madrid, Tecnos, 1996.

forma ordenada y sistemática. Y no por esteticismo academicista o un didactismo fuera de lugar, sino porque el sistema de articulaciones que a partir de ese análisis aparece, permite clarificar relaciones entre Estado, Constitución y ordenamiento jurídico. Así pues, el intento se inscribe en el esfuerzo por una reconstrucción jurídica de la teoría del Estado y en una correspondiente “estatalización” del derecho constitucional, sobre el supuesto de su inseparabilidad y cuando precisamente se asiste a la pretensión hegemónica de la posición contraria: la desjuridización de la primera y la despolitización del segundo, malformándose un “derecho constitucional sin Estado” neutro e instrumental.

A. Consideración formal

Aunque es probablemente la perspectiva privilegiada, una exposición mínimamente clarificadora exige proceder mediante aproximación y depuraciones sucesivas.

Así, en un primer momento, la consideración formal (que va a permitir la referencia a la “no” formal) se sitúa en el ámbito exclusivo del derecho. Se prescinde, pues, de los planteamientos extrajurídicos y, por tanto e inicialmente, de los aspectos prejurídicos. Se impone, pues, una precisión de partida: se abandona la problemática —que normalmente se vincula a las fuentes— referida al *origen* del derecho tanto en su acepción física o natural como simbólica.³⁴⁷

En la acepción física o natural, se pone el acento en la simple relación genético-natural, en la mera consideración fáctica de la relación de causa a efecto del hecho que da lugar al derecho; se comprenden aquí las diferentes tendencias de carácter material que incluyen entre las fuentes todo el proceso anterior hasta que surge el derecho, protagonizado por poderes, fuerzas o clases sociales. *En su acepción simbólica*, se entiende la fuente como “fundamento” del derecho, comprendiendo las diferentes tendencias de carácter metafísico en las que hay que incluir las historicistas o románticas —el “espíritu del pueblo”— las iusnaturalistas —el derecho vale porque se apoya en un último principio moral evidente por sí mismo del que derivan los demás— y la lógico-deductiva —como la representada por Kelsen— de la Constitución hipotética como fundamen-

³⁴⁷ Referencias al doble significado del origen como nacimiento o fundamento (aplicado a las fuentes) se encuentran en E. Parese, “Fonti del diritto”, *Enciclopedia del Diritto*, t. XVII, 1968.

to de la Constitución positiva y que en cuanto a su estructura y matriz lógica tiene indudable semejanza con la anterior; habría que indicar además —aunque suponga cierta digresión— que la postura de Kelsen es susceptible de una lectura desde la llamada —desde Carl Schmitt—³⁴⁸ “teología política”, pues la concepción escalonada de las normas podría interpretarse a la luz del argumento que, tras la recepción aristotélica —en concreto, de la formulación de Aristóteles sobre el movimiento de la materia hacia formas cuyo grado de perfección y jerarquía se ordena verticalmente en función del lugar que ocupan respecto de la forma perfecta y, por eso, inmóvil— se utiliza por la escolástica al afirmar que todo lo que se mueve lo hace por una fuerza superior, hasta el primer motor que mueve y no es movido y, por tanto, todo mandato se basa en otro procedente de una voluntad superior, hasta llegar a la voluntad suprema que manda y no es mandada (Duns Scoto).

Tras la exclusión de los desarrollos *vinculados al origen*, se sitúa la cuestión en un ámbito específicamente jurídico. Pero, aún así, debe hacerse una subsiguiente delimitación. Porque, dentro de ese ámbito, el estudio de las fuentes ha oscilado entre un planteamiento que incide en la *validez* y otro que lo hace en la *aplicación del derecho*, lo que conduce a un tratamiento propiamente normativo en el primer caso y preferentemente jurisprudencial en el segundo. En el primer supuesto existe una vocación de previsión sistemática, de esquema racionalista deductivo, de construcción cerrada que, inevitablemente, lleva a primar el tratamiento lógico del derecho —sin problematizar, por otra parte, la posibilidad de aplicar la lógica al derecho y que ha conducido a “imponer” soluciones como “necesarias” en cuanto “verdaderas”, cualidad ajena al derecho— con una atención exclusiva a las *fuentes formales*, todo lo cual se intenta superar en el segundo supuesto a través de una apertura hacia todos aquellos ingredientes socioculturales de la más diversa naturaleza que pueden influir en la decisión del juez, concediéndose, por tanto, la importancia correspondiente a las *fuentes informales*, tal como ocurre en las diversas tendencias del derecho libre, con las denominadas teorías de la argumentación o las distintas formas del realismo anglosajón. Hay que indicar, asimismo, que entre esas dos posiciones han surgido otras intermedias de las que es particularmente representativa la que —formulada

348 Schmitt, Carl, “Teología política”, *Escritos políticos*, Doncel, 1975.

por Alf Ross— distingue entre fuentes formales u objetivas (la ley), parcialmente objetivas (la costumbre y el precedente) y no objetivas (religión, cultura, criterios de racionalidad, etcétera).

De todas ellas, los planteamientos más relevantes se sitúan en la primera de aquellas dos tendencias, es decir, en la que se refiere a las fuentes formales, aunque se rechacen y trate de evitarse los excesos en los que ha incurrido. Pero todavía es necesaria una precisión, porque, aun dentro de esa tendencia, se han seguido dos orientaciones, si bien al no aparecer expresa y clara su diferenciación, han sido otro importante factor de confusión: la consideración de las fuentes desde la *teoría general del derecho* —que es la de la que aquí se prescinde— o su consideración desde la perspectiva del *ordenamiento jurídico positivo*, que es donde se sitúan las reflexiones que aquí se hacen.

Desde *la perspectiva de la teoría general*, las fuentes del derecho se refieren sin más especificaciones a los hechos de producción jurídica, a todos los que de cualquier forma innovan en el mundo del derecho a través del nacimiento, modificación o extinción de situaciones o relaciones jurídicas; es decir, la juridicidad de las fuentes radica en una cualidad intrínseca de los hechos que los capacita para la producción jurídica (con una visión ahistórica en cuanto es ingrediente básico la generalidad del concepto, de manera que abarca todos los supuestos posibles).

Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, el concepto de fuentes hace referencia a la relación instituida por el derecho positivo entre “hecho condicionante y consecuencia condicionada”, de manera que permita reconocer en una norma la consecuencia jurídica de un hecho.³⁴⁹ Las fuentes son, por tanto, “hechos jurídicos”, en cuanto hechos a los que determinadas normas positivas les reconocen capacidad para crear derecho objetivo; de manera que, entre los diferentes hechos normativos, los que se consideran fuentes del derecho lo son no por razones lógicas inherentes a su estructura sino porque así lo establece el ordenamiento jurídico positivo; y en concreto, el concepto de creación del derecho se reserva ahora a los hechos innovadores del ordenamiento jurídico que producen el nacimiento, la modificación o extinción de alguno de sus componentes, tanto los que tienen un carácter básicamente organizativo como los que regulan la posición, acciones y relaciones de los distintos

349 Crisafulli, V., “Fonti del diritto”, *Enciclopedia del Diritto*, t. XVII, 1968.

sujetos del cuerpo social.³⁵⁰ Y como esos hechos innovadores se determinan, o, lo que es lo mismo, la capacidad para innovar establemente el ordenamiento jurídico se atribuye, por otro tipo de normas que son las “normas sobre las fuentes”, resulta que en el concepto de fuentes, se comprenden tanto las llamadas “normas sobre producción jurídica” (que atribuyen esa capacidad así como la regulación de los órganos y procedimientos para ejercerla) a través de las cuales se introduce la dinámica del derecho con esa característica propia de éste de autorregular su reproducción, como las distintas formas —actos o fuentes escritas y hechos o fuentes no escritas—³⁵¹ de manifestarse el derecho. Ello supone, pues, aceptar la distinción entre producción y ejecución o aplicación del derecho, distinción relativizada hasta su práctica desaparición por la concepción gradual del mismo (Merkl-Kelsen), según la cual, y como es conocido, la constitución jurídico-positiva es ejecución o aplicación de la lógico-jurídica o hipotética, pero tiene el carácter de “producción” respecto de las demás; la ley es ejecución respecto de la Constitución, pero es producción respecto de las normas inferiores, y así hasta la sentencia (ejecución de la ley, pero ley, para los afectados) y el negocio jurídico (basado en la ley pero también ley para las partes), con lo que se termina también borrando la distinción entre derecho público y derecho privado.

Por consiguiente, la cuestión de las fuentes se sitúa en el ámbito del derecho positivo, y es ciertamente uno de los puntos fundamentales de la teoría iuspositivista,³⁵² hasta el punto de que se ha propuesto sustituir la denominación tradicional por la de “doctrina del derecho positivo y sus especies”.³⁵³ En todo caso, lo cierto es que la misma existencia positiva de un ordenamiento demanda la existencia de las fuentes y que es la existencia de las fuentes como categoría jurídico-positiva la que configura el ordenamiento. Porque —como se sabe— la concepción —normativa— del ordenamiento supone su consideración como una estructura ordenada y sistemática de normas que precisamente lo son en cuanto forman parte de él. Esta ordenación sistemática implica inicialmente una

350 Sandulli, A. M., “Fonti del diritto”, *Nov. Dig. It.*, vol. VII.

351 Musachia, G., “Gerachia e teoria delle norme sulla produzioni giuridica nel sistema costituzionale delle fonti”, *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, 1970.

352 Bobbio, N., *Il positivismo giuridico*, Torino, Cooperativa Libreria Universitaria, Torinese E.

353 Paresce, E., *cit.*

exigencia unitaria. Y la unidad del ordenamiento supone ciertamente la remisión a ese fundamento normativo y único que reside en esa fuente extraordinaria —que es la Constitución—, pero la ordenación que en ella se establece se extiende al resto del ordenamiento, se hace realidad y se proyecta y abarca todo él a través del sistema de fuentes que es el que posibilita la construcción de esa unidad, evita las antinomias, y consigue la —mayor— suficiencia reguladora.

Efectivamente, es a través del sistema de fuentes —básicamente a partir de las normas sobre producción— como actúan los dos principios fundamentales de construcción unitaria de los ordenamientos jurídicos actuales, como son los de jerarquía y competencia, que abrazan los distintos “procesos políticos de integración”,³⁵⁴ cuya existencia es, precisamente, la que se traduce jurídicamente en la “complejidad” de los ordenamientos y hace más necesaria su configuración unitaria. Ambos principios tienen un doble aspecto formal y material.

En el principio de jerarquía, el aspecto formal se vincula al proceso de producción jurídica —formulado a partir de la concepción gradualista del derecho antes citada— y tiene una validez lógica general en cuanto la norma que condiciona la forma —y eventualmente el contenido— de otra es, por esa razón, siempre superior a ésta. El aspecto material es de origen político-ideológico en cuanto procede de la concepción de la ley como expresión de la voluntad popular, mandato soberano y, por tanto, fuente primaria del derecho; a partir de aquí se va a entender, según la doctrina más general, que la jerarquía de cada fuente se determina por su grado de democraticidad, por su proximidad a esa fuente primera que es la voluntad popular. (Aunque al irse aplicando el principio fuera del ámbito original de la ley a otros actos normativos, se ha ido transformando en el sentido de que su respectiva jerarquía se vincula a su “abstracta tipicidad”, de manera que su grado de fuerza creadora de derecho objetivo es la que corresponde al “tipo” al que el acto pertenece).³⁵⁵ El que aquí se llama “aspecto material”, hace referencia, pues, a lo que podría considerarse “fundamento” del principio jerárquico y no al contenido, en este caso inexistente, ya que se define exclusivamente por la forma con base en la cual se determina la eficacia (bien activa o

354 Zagrebelski, G., *Manuale de diritto costituzionale*, vol. primo, Torino, UTET, 1988, pp. 48 y ss.

355 Crisafulli, V., *cit.*

fuerza para derogar, bien pasiva o resistencia a la derogación), aunque entre una y otra la correspondencia es compleja (no siempre a la misma forma corresponde la misma eficacia y no siempre son coincidentes la eficacia activa y la pasiva). No obstante, ese aspecto material es significativo en cuanto puede contribuir a explicar el principio jerárquico, en sí mismo inexplicable, ya que no cabe admitir que la jerarquía de las fuentes expresa un orden lógico dotado de una racionalidad necesaria, y en el que la norma superior (o norma sobre producción) es por naturaleza superior a la norma producida. La prueba está en que la especificación jerárquica del sistema de fuentes es de derecho positivo. Todo lo cual no afecta al hecho de que como tal principio sea una necesidad del ordenamiento situar a cada norma dentro de él y establecer el orden general de prevalencia o “escala de dureza” de las normas (Calamandrei).

La ordenación —vertical— de las fuentes que se realiza a través del principio de jerarquía, se completa con la —horizontal— que se realiza a través del principio de competencia. Sin embargo, el carácter unívoco y claro que tiene el principio de jerarquía, de manera que se da una correspondencia exacta entre la teoría general del derecho y los diferentes derechos positivos y las dogmáticas construidas en torno a ellos, en el principio de competencia desaparece (tanto ese carácter como esa correspondencia), por lo que tiene una importancia añadida su específica positivización. Porque —simplificando— cabe entender el principio de competencia de dos formas distintas: considerar que sólo opera cuando existen y coexisten espacios normativos (y en realidad ordenamientos) diferenciados como traducción jurídica de espacios políticos distintos, o bien admitir que también cabe hablar del principio de competencia en el interior del mismo espacio jurídico y político. Probablemente aquí se manifiesta una vez más la servidumbre que el derecho constitucional arrastra en su construcción histórica respecto de otros ámbitos del derecho; porque parece fuera de toda duda que desde una perspectiva estrictamente constitucional (político-constitucional y por tanto jurídico-constitucional) el significado más específico y propio es el primero, y sin embargo el más generalizado es el segundo, en el que se proyecta al ámbito constitucional el más general significado jurídico de “competencia”. No obstante, teniendo en cuenta esta doble manera de entender el principio, los aspectos antes señalados (aspecto formal y material), de una parte, adquieren mayor importancia y, de otra, se complican: *el as-*

pecto formal comprende ahora una diferenciación normativa con base en el origen, bien se sitúe éste en unidades jurídico-políticas distintas o bien en el interior de la misma, produciéndose en este caso la diferenciación normativa por la procedencia de órganos distintos o, si la procedencia es del mismo órgano, por el procedimiento; asimismo, el aspecto material hace referencia a la diferenciación normativa con base en la materia o en el ámbito espacial de vigencia, aplicable inicialmente a las precisadas dos maneras de entender el principio, si bien si se parte de la primera —la que se consideraba más propiamente constitucional— la diferenciación material puede revestir las formas de lo que se ha llamado el paralelismo o la jerarquía de competencias (según se trate respectivamente de actuaciones que no se interfieren o que concurren con diferente intensidad determinando un poder normativo el marco del otro) de manera que cuando en el interior de la misma unidad jurídico-política se prevén actos normativos diferenciados se sostiene que no cabe hablar de esa jerarquía, sino de especialización de la fuente. En cualquier caso, la correspondencia aquí entre el aspecto formal y material es de carácter necesario en el sentido de que los actos formalmente definidos sólo pueden recaer sobre las materias determinadas, pues si no es así, si pueden extenderse a otras, no cabe hablar de competencia sino de reserva.

Aunque se ha insistido de manera mayoritaria en que el principio de jerarquía es un principio necesario (y hasta —según Kelsen— el único, en cuanto el ordenamiento jurídico sólo se construiría con base en relaciones de jerarquía) para la determinación del lugar que ocupa cada norma, mientras el de competencia puede o no existir y, en cualquier caso, actúa como complemento del anterior (con alguna notable excepción, como la de Esposito, para quien el ordenamiento se configura de forma exclusiva sobre relaciones de competencia), la complejidad creciente de los ordenamientos modernos hace que en una forma u otra ambos se encuentren positivizados y, respecto de lo que aquí interesa, a través de esa forma positiva con la que se ordenan las fuentes se determina la validez de las normas, es decir, su existencia jurídica, en cuanto su pertenencia al ordenamiento depende de que su producción se haya realizado conforme a ellas.

Asimismo —como se indicaba antes— a través del sistema de fuentes se logra que el ordenamiento, en conexión lógica con su carácter unitario, se configure como coherente y adquiera la —mayor— *suficiencia*

reguladora. El ordenamiento jurídico, en cuanto sistema de normas, se caracteriza por su “coherencia”, entendida como inexistencia —real— de normas incompatibles (en cuanto contradictorias en el mismo ámbito de su aplicación). Ahora bien, esa coherencia procede del funcionamiento ordenado del sistema de fuentes, de ajustar al mismo la dinámica del ordenamiento, o, lo que es lo mismo, el proceso de producción jurídica; y cuando, no obstante, la incompatibilidad normativa aparece, la manera de superarla es, de nuevo, hacer funcionar e imponer el referido sistema de fuentes mediante la aplicación de esos principios con arreglo a los que se configura; y aún cabe decir que si bien se utilizan otros criterios (el cronológico, el de especialidad o la interpretación tendente a eliminar la contradicción) el principio jerárquico es habitualmente, cuando resulta pertinente, el mecanismo decisivo. Y es que la superación de la contradicción es necesaria al ordenamiento no sólo en aras de valores como la seguridad o la igualdad tal como se ha señalado (Bobbio), sino porque de no ser así conduciría realmente a afectar al otro carácter del ordenamiento a que antes se hacía referencia: su suficiencia reguladora, o, como habitualmente se designa, su integridad o plenitud (cualquier término parece gramatical y eufónicamente preferible al de “completud”). Se ha dicho repetidamente que el carácter de la integridad o plenitud del ordenamiento surge en la época moderna a partir del optimismo que emana del racionalismo jurídico de la codificación; asimismo, que, a su crisis, las distintas formas del derecho libre, al partir de la aceptación de la existencia de lagunas, propugnan maneras de colmarlas que —superando el principio de estatalidad del derecho— provocan la reacción positivista, bien a través de la respuesta del espacio jurídico vacío o de los hechos jurídicamente irrelevantes, bien a través de la siempre existente —desde esta perspectiva— norma de clausura o norma general permisiva. Sin aceptar esta exigencia necesaria de integridad, que conduce a su entendimiento como dogma positivista, lo que sí debe tenerse en cuenta es el *desideratum*, la vocación de todo ordenamiento de poseer una capacidad reguladora suficiente y adecuada. Y ciertamente esa capacidad procede de su dinamismo y, por tanto, de nuevo, del funcionamiento del sistema de fuentes (tanto de su potencialidad reproductora como de la corrección con la que se despliegue) depende disponer tanto de la norma adecuada como de los referentes necesarios para desarrollar la correspondiente autointegración cuando no sea así.

Por consiguiente, de esta consideración positiva de las fuentes resulta que:

1. La categoría de las fuentes y su reconocimiento por el derecho positivo es justamente lo que permite y exige configurar a éste como “ordenamiento”, como sistema y, por tanto, unitario y coherente.

2. De la determinación de las fuentes en el derecho positivo depende la pertenencia de las normas al ordenamiento jurídico. Porque la cuestión de las fuentes hace referencia a la validez de las normas jurídicas en el sentido de que una norma es válida, existe jurídicamente, si se ha producido según lo dispuesto sobre las mismas y por tanto a través de alguna de las previstas.

3. De la configuración de las fuentes depende en último término la posibilidad de resolver las diferentes cuestiones que se planteen en el ámbito jurídico, es decir, la suficiencia reguladora del ordenamiento.

Y a ello hay que unir una observación más concreta y otra más general. La observación más concreta se refiere al hecho de que los diferentes derechos positivos no sólo establecen reglas específicas para el tratamiento interpretativo de las diferentes fuentes legales, sino otras consecuencias de gran importancia práctica respecto de la operatividad jurídica (por ejemplo, sólo la violación de normas que deriven de las fuentes legales constituye el elemento objetivo del ilícito —antijuridicidad— propiamente dicho, así como que la nulidad o posibilidad de recursos sobre determinados actos sólo cabe si se ha producido la violación de dichas normas).³⁵⁶ La observación más general se refiere al hecho de que, aunque pueda parecer arriesgado apuntarlo, no creo que deba aceptarse en términos tan absolutos, como normalmente se hace, que la permanencia, generalidad y abstracción no sean ya significativas, de manera que resulten inservibles, para la configuración de las fuentes como categoría (y, por consiguiente, de cuya naturaleza participen todas por el hecho de pertenecer a ella), pues, de una parte, sigue siendo la vocación de las mismas en cuanto desde una perspectiva teórico-jurídica son las que convienen —si- gue vigente la argumentación de Schmitt— a la estructura y lógica del Estado de derecho; de otra, porque en un buen número de las normas que las incumplen, hay más que “transformación del Estado de derecho” como habitualmente se afirma, patología del mismo, por lo que no parece razonable contribuir a su cristalización legitimándolas; y, finalmente, otros

356 Sandulli, A. M., *cit.*

supuestos pueden considerarse teóricamente —aunque prácticamente se trate de hechos relativamente frecuentes— como excepción o, incluso, como “autolimitación” de la fuente que pudiendo dar lugar a innovaciones generales o permanentes del ordenamiento jurídico, lo hace de manera singular o temporal; y, por otro lado, no es discutible que esos caracteres se encuentren en las normas sobre producción jurídica, así como que en los diferentes tipos de fuentes se encuentra también una vocación *erga omnes*.³⁵⁷

Resulta, pues, al menos, discutible la tesis de algún sector de la doctrina italiana con influencia en la española,³⁵⁸ según la cual la categoría o el concepto de fuentes es meramente académico, doctrinal y no normativo, en cuanto carece de apoyo en el ordenamiento jurídico positivo, ya que éste —se afirma— atribuye a cada acto normativo un específico régimen con base en sus propias características, y no por pertenecer a la categoría de fuentes, al no estar ya vigentes los criterios que la determinaban (generalidad, permanencia y abstracción). Lo que no quiere decir que se desconozca la necesidad en esta materia, no tanto de una “teoría general” como de una dogmática de las fuentes a partir de cada ordenamiento concreto, de mayor urgencia si cabe en las sociedades modernas dada la complejidad y heteronomía de los ordenamientos en los que la clasificación y construcción unitaria es un resultado a obtener, tan difícil como necesario, para determinar la validez y posibilitar la aplicación coherente de las normas. De ahí una de las razones de la actualidad de la “cuestión de las fuentes”.

Aunque lo hasta aquí expuesto incluya alguna perspectiva personal, es básicamente lo que puede entenderse como visión más común de las fuentes, de raíz formal positivista. Por eso es necesario, desde la metodología que se utiliza, completar esta consideración formal con una consideración material, primero, y concluir después con otra más específicamente constitucional en la que se encuentren trascendidas y actualizadas tanto la perspectiva formal como la material.

B. *Consideración material*

La consideración material de las fuentes está destinada a deshacer el equívoco o mensaje habitual que ha conllevado la teoría de las fuentes:

357 Balagur, F., *Fuentes del derecho*, I, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 63 y ss.

358 Zagrebelsky, G., *cit.*; I. de Otto, *Derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1989.

su entendimiento de que, al tratarse de una cuestión estrictamente jurídica, estaba “incontaminada” de toda realidad extrajurídica o que, por serlo, debía excluirse; y como ninguna otra disciplina lo hacía, adquiría un cierto carácter metafísico, inespacial e intemporal. Por eso, sin conciencia de descubrir nada, se entiende, sencillamente, que una visión global y sistemática de las fuentes debe comprender esta consideración.

Efectivamente, la cuestión de las fuentes “no flota en el aire”, sino que está bien prendida en la realidad, en la realidad histórica, desde donde cobra su significado y en la realidad política respecto de la que cumple importantes funciones y a la que en buena medida expresa.

a. Las fuentes y la realidad histórica

La consideración ahistórica de las fuentes ha sido ciertamente un factor que ha impedido su clarificación. Y sin embargo hay que afirmar de las fuentes, como del derecho en general, su radical historicidad, su dependencia e inclusión en la historia como realidad global. De ahí que se pueda también decir de las fuentes, en la concepción que aquí se utiliza, como del derecho, que ni son trascendentes a la sociedad (por su origen iusnaturalista) ni son inmanentes a la misma (a toda sociedad, conforme al axioma *ubi societas ibi ius*) sino propias de determinados tipos de sociedad o, en otros términos, de sociedades en determinados estadios de desarrollo.³⁵⁹

Un ingrediente que ya inicialmente induce a una consideración ahistórica es, aunque pueda en principio parecer paradójico, la común referencia al derecho romano, al que se incluye normalmente en la exposición de las fuentes por su aportación tanto del término genérico y metafórico que se ha mantenido, *fons* (*fons legum et iuris* en Cicerón, *fons omnis publici privatique iuris* en Tito Livio) como de las formas básicas de expresión del derecho (*omnes populi, qui legibus et moribus reguntur...* en las *Instituciones* de Gayo) sin precisarse que fuera del puro elemento literal nada de todo ello debe incluirse en la teoría de las fuentes; no sólo por la absoluta disparidad técnica en la configuración del derecho (el protagonismo de la voluntad individual en todo el ámbito jurídico romano y que en el orden de las fuentes se traduce además de la unificación que experimentan en la voluntad del emperador —en la fase pre-

359 Stayanovich, R., *El pensamiento marxista y el derecho*, Madrid, Siglo XXI, 1977.

cisamente de mayor desarrollo a partir del siglo II— aunque se justifique a través del mecanismo de la *Lex Regia*, en el papel determinante de la *oratio* del magistrado en las *Leges* procedentes de las asambleas; a ello hay que añadir que al no existir jurídicamente más que la voluntad individual no cabe la categoría de la representación en el orden colectivo) sino por el distinto significado y función del derecho en una sociedad esclavista en la que desborda, tanto en más como en menos, los que desempeña en una sociedad capitalista: en más, en cuanto a diferencia de lo que ocurre en la sociedad capitalista, el derecho en este tipo de sociedades se inserta y contribuye a configurar las relaciones de producción (esclavistas), de manera que desarrolla “funciones de estructura”, y, en menos, porque es un derecho no aplicable a quienes forman la fuerza de trabajo dominante y, por tanto, sólo regula las relaciones existentes en el grupo, asimismo, dominante.

Esta apelación al derecho romano continúa en lo que se consideran los precedentes más inmediatos de la teoría moderna de las fuentes (como son los comentarios al origen del derecho que se expresan en el *Digesto*), incluso en lo que se entiende como un comienzo real de esta teoría, en la Escuela Histórica Alemana, si bien en este caso para eludir las nuevas tendencias del derecho que desde Francia se extendían a Alemania y que contenían ya una teoría moderna de las fuentes. Porque, como se sabe, en correspondencia con el retraso en el desarrollo histórico general alemán y en concreto el de su burguesía que no alcanza hasta más tarde (prácticamente hasta Weimar) el dominio político, el derecho alemán se aparta de los supuestos jurídico-políticos de la Revolución francesa (a partir de la caída de Napoleón y el cese de vigencia del Código francés) primero en la actitud —que cabe incluir en el intento global de la Restauración— que supuso la obra de Savigny y después en la configuración del llamado Derecho del Imperio que protagonizó Laband. Ambos suponen un rechazo frontal al planteamiento moderno de las fuentes al rechazar su aportación básica: el valor supremo y central de la ley y del principio de legalidad. Savigny, en efecto, rechaza expresamente el papel central de la ley (su manifestación más visible, la codificación, considera que es una muestra de decadencia cultural) señalando que lo importante no es la ley como fuente del derecho sino que la verdadera fuente del derecho, la auténticamente creadora del mismo, es la ciencia del derecho, una especie de matemática jurídica en cuanto realiza “operaciones de

cálculo mediante conceptos”, si bien sólo es posible a partir del derecho romano, único que —según Savigny— tiene validez en cuanto es el único científico.

En lo que se refiere al llamado “Derecho del Imperio” que protagoniza Laband, se produce también, aunque con un sentido distinto, la elusión de los planteamientos del derecho francés revolucionario y, en la materia a la que aquí se hace referencia, a través de una de las aportaciones básicas del derecho alemán del periodo, como es la distinción entre ley formal y ley material; porque con esa distinción se rompe la categoría de la ley y se evitan sus consecuencias tal como se habían acuñado ya en el derecho francés en cuanto —como consecuencia del principio monárquico— se hace intervenir en su configuración a la voluntad del monarca y al reducirse su ámbito de aplicación a lo que se entiende como objeto de la “regla de derecho” (los derechos de libertad y propiedad), se impide la existencia de una doctrina general de sumisión de la administración a la ley, si bien aun con ese ámbito reducido de aplicación se garantizaban las exigencias mínimas de funcionamiento del capitalismo alemán en esa fase de su desarrollo.

Es, pues, en el nuevo derecho francés que surge a partir de la Revolución francesa, donde debe buscarse el origen y significado moderno de la problemática de las fuentes. Francia es, por consiguiente y como en tantas ocasiones, el punto de partida. Las características del desarrollo sociopolítico francés de presentar las diferentes etapas o procesos históricos e institucionales en su forma más completa, se cumple también en su aspecto más global, como es el de la imposición como dominante del modo de producción capitalista. Como es bien conocido, a la lenta transformación operada en el nivel económico en las relaciones de producción, en las que la clase burguesa es ya dominante, sucede el proceso acelerado de la Revolución bajo la dirección consciente de esa clase convertida ahora en dominante también en el orden jurídico-político que experimenta una profunda transformación. Efectivamente, la imposición del modo de producción capitalista implicaba, entre otras demandas —como se exponía en un trabajo anterior—, la plena vigencia de los principios de libertad e igualdad necesarios para el desarrollo de las nuevas relaciones de producción a través del funcionamiento de un “mercado de mercancías”, nueva configuración jurídica de la propiedad capitalista, del derecho de familia y sucesiones, la unidad territorial del derecho y nuevos niveles

de racionalidad y seguridad jurídicas; en el ámbito de lo público, los supuestos de libertad e igualdad permitían la homogeneización —ideológica— de los ciudadanos (en cuanto “libres e iguales”) sobre la que se asienta la nación, cuya voluntad, configurada mediante el supuesto representativo, se ejerce a través del Estado y se manifiesta mediante la autoridad suprema de la ley. Todo ello supone una reelaboración del derecho privado y del derecho público que se realiza a través de la fórmula codificadora: la codificación del derecho privado o codificación en sentido estricto y la codificación del derecho público con el surgimiento del constitucionalismo. Se establecen, pues, los supuestos básicos de la temática de las fuentes: la suprema jerarquía de la ley, así como la seguridad y la unificación jurídicas presididas y posibilitadas por esa supremacía y recogidas en las codificaciones que contienen también la exigencia de determinar las fuentes complementarias cuando no bastaran la ley y los códigos.

Resulta así que la cuestión de las fuentes es una cuestión histórica en el sentido estricto de que corresponde a un tiempo y un lugar determinados, si bien la extensión del modo de producción capitalista y, por tanto, la de su modelo jurídico, vuelve a presentar la cuestión de las fuentes —por su progresiva generalización y homogeneización— como una exigencia general desconectada de realidades concretas. Cuando las primeras codificaciones muestran sus limitaciones ante el cambio social,³⁶⁰ las fuentes mostrarán de nuevo su vinculación histórica; al planteamiento formal de las fuentes suceden los diferentes intentos del derecho libre o del institucionalismo; la respuesta positivista ante los riesgos e inseguridades que esos intentos posibilitan (y que se puso de manifiesto en Italia con el institucionalismo de Santi Romano que terminó suministrando una base dogmática al derecho corporativo) vuelve —como antes se indicó— al planteamiento formal (poniendo el acento en la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento jurídico) y a la imagen de autonomía y carácter suprahistórico; y tras la traumática presencia de la historia que protagonizan los fascismos y dado que para los vencedores de la Segunda Guerra Mundial ésta tuvo por objeto la defensa del orden jurídico-político liberal y democrático, se entendió que cualquier modificación que introdujeran las nuevas Constituciones podría

³⁶⁰ Díez Picazo, L., “La doctrina de las fuentes del derecho”, *Anuario de Derecho Civil*, 1984, vol. II.

entenderse como una concesión al ataque sufrido, como un falseamiento de la victoria o incluso una traición. Por eso, se mantuvo ese orden y por eso también el nuevo sistema jurídico y el nuevo constitucionalismo no es nuevo sino la reproducción del anterior;³⁶¹ ello permite que aparezca otra vez el planeamiento positivista y también el mensaje aparente de ahistoricidad cuando la realidad es, justamente, fruto de la historia.

Con la aparición, desarrollo y crisis del Estado social vuelve a manifestarse esa relación de las fuentes con la historia que se tratará después.

b. Las fuentes y la realidad política

La relación entre las fuentes y la realidad política, en lo que tiene de más significativo, es un capítulo, bien que destacado, de la relación más general entre derecho y Estado y, por consiguiente, una manifestación, a su vez, de la existente entre la teoría del Estado y el derecho constitucional.

La relación entre fuentes y realidad política tiene lugar en un doble sentido: el de la función política que las fuentes desempeñan y en el de la expresión jurídica de los supuestos político-institucionales que las fuentes representan.

Respecto de la función política que las fuentes desempeñan, destaca de manera especial la que hace referencia a los procesos de integración política. Porque —como se ha señalado—³⁶² en los regímenes democráticos actuales, donde existe un alto grado de fragmentación política y social, una parte relevante de la organización y la actividad públicas se dirigen a la integración unitaria de ese pluralismo a través de procedimientos configurados de abajo a arriba que recoge la Constitución y son un contenido básico del derecho constitucional. A partir de ahí se deduce lo siguiente:

1. Es posible trazar una línea de distinción clara entre los actos jurídicos según expresen y, por tanto, contribuyan a realizar un proceso ascendente de integración política o bien tengan otro significado. En el primer caso se configuran como elementos constitutivos de la unidad jurídica (correspondiente a la política) y serían propiamente fuentes del

³⁶¹ Ollero, C., *Derecho constitucional de la postguerra*, tesis doctoral, Madrid, Facultad de Ciencias Políticas, 1949, p. 13.

³⁶² Zagrebelsky, G., *cit.*, pp. 13 a 17.

derecho, a las que, en este sentido, cabría definir —de acuerdo con lo que se ha apuntado antes— como aquellos actos que expresan en términos jurídico-formales procesos de integración política.

2. Con base en lo anterior, la innovación o creatividad como propia de las fuentes del derecho debe referirse a si cumplen esta función, es decir, a si expresan formalmente un nuevo equilibrio o renuevan un equilibrio entre las fuerzas político-sociales que participan en ese proceso de integración. Por eso —se afirma— el contenido puede ser múltiple (regla abstracta, general, concreta, individual, de prescripción o mera declaración programática, etcétera), pues basta con que reúna la forma que garantice esa función.

3. Los procesos de integración que expresan las fuentes comprenden tanto los procesos de integración espacial (nacional, regional, local) como los distintos tipos de integración política (representativa, directa, etcétera), pero se trata siempre de procesos de integración de carácter general.

Respecto de la expresión jurídica de los supuestos político-institucionales que las fuentes representan, hay que partir de aquellos dos principios con base en los que se articulaba el sistema de fuentes: el de jerarquía y el de competencia.

El principio de jerarquía hace referencia y en buena medida expresa jurídicamente dos tipos de cuestiones interrelacionadas: el funcionamiento democrático y la organización del Estado.

Inicialmente cabe afirmar, en efecto, que la cuestión de las fuentes y su jerarquía es la traducción normativa de la jerarquía y predominio de unas u otras fuerzas sociales, expresa la distinta relevancia normativa que una sociedad otorga a los diferentes poderes sociales en materia de creación del derecho.³⁶³ En las sociedades modernas, la prevalencia de las distintas fuerzas sociales en el orden normativo se establece a través de un baremo democrático en el sentido de que el fundamento —político— de la jerarquía de las normas —como desde otra perspectiva se vio más arriba— es su grado democrático medido en términos de su situación respecto del origen popular del poder; de ahí que el primer nivel jerárquico corresponda a las normas aprobadas directamente por los ciudadanos; el segundo, por los elegidos mediante sufragio libre y directo; el tercero, por los elegidos de forma indirecta, etcétera. Ciertamente, el cri-

363 Castro, F. de, *Derecho civil de España*, Madrid, IEP, I, 1955.

terio no se aplica total y rigurosamente; unas veces se justifica por razones técnicas (bien referidas a exigencias técnicas del sistema de fuentes, como ocurre con la llamada “jerarquía por el contenido” de las normas, bien referidas a supuestas exigencias de eficiencia); otras, por entender que, en algún supuesto, el cumplimiento formal del criterio no era garantía democrática (especialmente respecto de las fórmulas de la democracia directa) pero, en todo caso, se mantienen como excepciones y, en su mayoría, como corrupciones del principio democrático.

Asimismo, la vigencia de ese principio expresa en la vertiente normativa la organización del Estado. El sistema de fuentes expresa, en efecto, en el orden normativo, no sólo la situación, carácter y función de cada uno de los poderes, sino la interrelación entre los mismos, hasta el punto de que puede decirse que traduce jurídicamente la estructura básica del sistema político-constitucional.³⁶⁴ La forma específica de la división o distinción de poderes deja su huella inmediata en el sistema normativo; en este sentido, y dado que la división de poderes implica siempre predominio de uno sobre los demás, manifestación a su vez del lugar desde el que se ejerce la hegemonía, el sistema de fuentes registra, igualmente, el cambio histórico-político producido a ese nivel: aspectos importantes de la llamada crisis de la ley se vinculan a la crisis de los parlamentos como institución central de la fase liberal (del capitalismo liberal) y el progresivo papel desempeñado por la normativa formalmente no legislativa, se corresponde con el predominio del nuevo papel del Ejecutivo en el sistema político (desde los comienzos del capitalismo monopolístico).³⁶⁵

Por todo ello, si se considera la situación presente del sistema político occidental con fuertes déficit de participación, representatividad, eficiencia técnica y, en definitiva, de legitimidad, que plantea en todos esos

³⁶⁴ Se ha señalado (Pizzorusso) que esta relación entre la forma de gobierno y sistema de fuentes no es muy precisa, y se cita como ejemplo el papel de la jurisprudencia en Inglaterra (y países del *common law*) que no traduce una diferencia correspondiente entre su forma de gobierno y la de los países de la Europa occidental. Debe decirse, sin embargo, que, en este caso, el factor político causal existe igualmente aunque sea histórico (histórico-político) pues, como se sabe, un elemento fundamental que posibilitó el papel de los jueces fue la lucha Corona-Parlamento, tanto por su influencia directa en la configuración de su función institucional como en la indirecta de la definición de la *rule of law* como vigorosa garantía frente al poder del monarca; por otra parte, lo más significativo del sistema de fuentes en este caso es justamente la indiscutida y absoluta supremacía normativa del Parlamento que traduce fielmente su situación central en el sistema político.

³⁶⁵ Hauriou, M., *Principios de derecho público y constitucional*, Instituto Editorial Reus [s.f.], pp. 431 y ss.

niveles la necesidad de una reforma institucional con una reconsideración de la problemática del Estado y sus relaciones con la sociedad civil y, por consiguiente, su indudable repercusión en el sistema de fuentes, se pone de manifiesto por esta otra vía la actualidad y exigencia de nuevos tratamientos de toda su problemática.

Un planteamiento como el que aquí se hace, en el que se parte de la hipótesis de la interrelación global entre sistema político y jurídico, se ha cuestionado al indicarse que existen ámbitos específicos del sistema jurídico que son ajenos a los dos aspectos a los que se acaba de hacer referencia (el criterio democrático y la organización de poderes) como es el de los órganos de justicia constitucional en su función de producción normativa.³⁶⁶ Debe señalarse, sin embargo, que no se trata propiamente de centros de imputación o producción jurídica específicos (en el sentido de “independientes”) sino precisamente de órganos destinados a controlar el sistema de fuentes; otra cosa es que este control pueda interferir ese sistema, si bien esa interferencia está igualmente determinada o debe estarlo por el sistema de fuentes. Precisamente por ello, por ser algo básicamente endógeno al sistema de fuentes, es por lo que puede o no existir en las distintas formas de gobierno, pero si existe, inmediatamente se plantea su relación y no su carácter independiente respecto del sistema político, en dos sentidos: en el de cómo en un sistema democrático un órgano que sólo indirectamente tiene ese carácter puede imponerse normativamente a otro con superior tasa democrática sin contradecir el fundamento del principio jerárquico; y en el de cómo, siquiera sea mediante el instrumental técnico correspondiente, es posible que un órgano de esas características decida las cuestiones políticas más importantes del Estado. De ahí que en este último caso se pueda imaginar y hasta propugnar un desarrollo constitucional que incluya una “revisión” para este tipo de cuestiones que no parece difícil articular técnicamente³⁶⁷

³⁶⁶ Pizzorusso, A., “Sistema delle fonti e forma di Stato e di Governo”, *Quaderni Costituzionali*, 1986, 2; la cuestión inicialmente se refiere a la independencia de esos órganos de las formas de gobierno (lo que ya sería difícilmente sostenible si se parte de la manera en que lo funcional se condiciona por lo orgánico, en cuya composición no parece discutible la proyección de los otros poderes del Estado de acuerdo con la específica significación de cada uno de ellos en cada sistema político) si bien por la forma en que después argumenta parece extenderse al nivel que se plantea en el texto.

³⁶⁷ Las cuestiones técnicas a resolver serían básicamente la de la determinación de su ámbito y definición de las cuestiones políticas que se estime deben incluirse, la referida a la legitimación para interponerla y las que afectan a la toma de decisiones por el Parlamento como órgano unitario.

y de la que necesariamente debería conocer el Parlamento, cerrándose así el sistema jurídico y político del Estado democrático de derecho. En cualquier caso y sea cual sea la postura que se adopte, el solo planteamiento de esa problemática muestra con claridad la presencia de aquella interrelación.

Si todas esas cuestiones —en algún caso por razones expositivas— se han relacionado con el principio de jerarquía, hay que incluir también, como antes se dijo, al principio de competencia como expresión jurídica de supuestos político-institucionales. En este caso —y aunque el reparto de la función normativa con base en el principio de competencia puede extenderse de forma general a toda clase de “entes autónomos” que valorizan las distintas formas de agregación de la sociedad susceptibles de asumir un papel diferenciado en el exterior o interior de la organización estatal³⁶⁸ —dada la forma de entender, como también se vio antes— de manera más específica el principio de competencia, su utilización como base de atribución normativa se entiende referido de manera fundamental a la configuración de los ordenamientos complejos que traducen jurídicamente las distintas formas de Estado federal, compuesto o más genéricamente, no unitario. Con un significado añadido que acentúa en este supuesto su importancia, en cuanto esta clase de organizaciones dependen específicamente de una configuración jurídica en cuanto es el único “título” de su existencia y la garantía de su funcionamiento en los términos del pacto que en ellas subyace.

En todo caso, bien entendido que esta interrelación entre fuentes y sistema político se hace desde estos dos supuestos:

- Que es el nivel político el que determina al jurídico y no al revés.³⁶⁹
- Que, en relación con lo anterior, los hechos normativos que se consideran fuentes del derecho, lo son —según se dijo— no por razones lógicas (inherentes a la estructura de los diversos actos normativos) sino porque así lo establece el ordenamiento jurídico positivo, y

³⁶⁸ Pizzorruo, A., *cit.*

³⁶⁹ Tal parece la postura que se encuentra en I. de Otto, *cit.*, p. 83: “La regulación de las Fuentes guarda una relación íntima con la forma de Estado y con la forma de Gobierno, porque atribuir poderes normativos y establecer la relación entre las normas que con ellos se crean, significa determinar la estructura territorial del ordenamiento (federalismo, autonomía, descentralización) la estructura interna del Estado, las relaciones entre sus órganos y las relaciones del poder público con los ciudadanos”.

esta decisión del ordenamiento tiene un fundamento de naturaleza esencialmente política.³⁷⁰

c. Las fuentes del derecho y el constitucionalismo del Estado social

Realmente la proyección de las Constituciones actuales sobre la temática de las fuentes se refiere a tantos aspectos y a los más diversos sectores del ordenamiento, que puede entenderse la Constitución como una peculiar y única “fuente global” del ordenamiento jurídico.

Esta globalidad puede, no obstante, analizarse desde esas dos perspectivas que se han venido señalando hasta ahora y que —se indicaba antes— resultan trascendidas y actualizadas por la Constitución: la perspectiva formal y la perspectiva material.

Desde una perspectiva formal, la Constitución es la norma de las fuentes. En ella se establecen las distintas formas de producción jurídica, correspondiéndole, por tanto, la determinación de la dinámica del ordenamiento. Así pues, regula los distintos centros de creación del derecho, que en la actualidad comprende no sólo órganos del Estado con capacidad normativa sino los diferentes entes jurídico-políticos de los Estados no unitarios, los organismos supraestatales y las distintas formas en que las fuerzas sociales e intereses privados participan en la elaboración del derecho; con esta regulación se establecen los criterios básicos de validez de las fuentes, entendida como la adecuación de cada una a los supuestos (organizativos, procedimentales, etcétera) que para su producción establece la Constitución. Pero, precisamente, en la medida en que los ordenamientos modernos se hacen más complejos hasta el punto de que la multiplicidad de sus fuentes y la fragmentación normativa han hecho pensar (Luhman) en su incapacidad para responder a la “complejidad” de las sociedades contemporáneas, se hace más necesario que la Constitución, a través de reglas formales, logre la coexistencia entre los diferentes centros de producción jurídica.

Aparece así como una función específicamente constitucional y de la mayor relevancia para el ordenamiento jurídico, la integración unitaria del pluralismo jurídico con lo cual se evitan las contradicciones y se logra la unidad jurídica. Ello se obtiene mediante la configuración cons-

370 Crisafulli, V., “Gerarchia e competenzaa nel sistema costituzionale delle fonti”, *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, 1960.

titucional de diferentes principios a través de los cuales se precisa la relación existente entre los diferentes actos normativos, empezando por el que condiciona todos los demás y que ha supuesto la aportación básica de la Constitución moderna a la cuestión de las fuentes: el principio de constitucionalidad. Al principio de legalidad como supuesto básico y supremo del sistema de fuentes le ha sustituido el principio de constitucionalidad. Ciertamente, el principio de legalidad mantiene un lugar central en el ordenamiento en cuanto criterio de validez de las fuentes subconstitucionales, consagra la superioridad de la ley sobre las demás fuentes, exige la adecuación a la misma de los diferentes sujetos del ordenamiento (administración pública, jueces, particulares) con una especial significación en aquellos sectores del mismo en que es la única fuente (derecho penal o tributario), pero ha sido desplazado en cuanto a principio supremo y conformador del ordenamiento por el de constitucionalidad. La supremacía de este principio sobre el de legalidad se manifiesta no sólo en sentido negativo en cuanto invalidante de toda ley incompatible con la Constitución, sino en el sentido positivo, en cuanto condiciona y limita su marco de actuación que es, en efecto, una de las aportaciones básicas del constitucionalismo moderno.

Su manifestación más destacada (aunque puedan encontrarse otras como el tipo de reserva de ley caracterizado por la fijación en la Constitución de los criterios para la regulación exigida y que por eso, a veces, se ha denominado reserva agravada) se encuentra en el ámbito de los derechos fundamentales a través de los conceptos de garantía institucional, contenido esencial y carácter objetivo de los mismos, categorías que —como se sabe y aunque la garantía institucional puede incluir otras referencias— están notablemente interrelacionadas, pues, precisamente, las primeras (la garantía y el contenido esencial) contribuyeron a destacar el sentido de los derechos que desbordaba el aspecto subjetivo para configurarse como principios estructurales del orden jurídico-político y, por tanto, demandantes de las actuaciones necesarias para su realización. En las tres se manifiesta la supremacía del principio de constitucionalidad sobre el de legalidad: en las dos primeras le prohíbe, en la tercera le ordena. Sin duda, la manifestación más problemática es la prohibitiva, y dentro de ella la que plantea el “contenido esencial” (a fin de cuentas la garantía institucional expresa con claridad su límite mínimo de manera objetiva: el mantenimiento de la institución). Su indefinición constitucio-

nal, imprecisión conceptual y la dificultad de su configuración dogmática, suponen ya desde el punto de vista puramente formal una transferencia del poder del parlamento y la ley a los tribunales constitucionales introduciendo un elemento fuertemente distorsionador en el sistema de fuentes y que, además, conlleva consecuencias de la mayor importancia, ya que si se trata de materias referidas a la propiedad, la empresa o en general la producción o distribución de bienes y servicios, o bien se entiende directa e indiscutiblemente que se trata de algo intocable o bien se pone en manos de los tribunales constitucionales la decisión (política) sobre la posibilidad o límite del cambio socioeconómico, dislocando, de nuevo, todo el sistema jurídico, político y democrático. Éste es indudablemente el riesgo —cuando no es el objetivo directamente perseguido— inscrito en la actual tendencia “expansiva” de los derechos individuales propia del neoliberalismo jurídico, que, al amparo de la legitimidad inobjetable de la defensa de la libertad, prosigue el proceso de privatización vigente en los demás ámbitos, de prevalencia de lo privado frente a lo público, en este caso el Estado, cuyos supuestos privilegios se persiguen y al que se sigue considerando el único enemigo de esos derechos; de esa manera, no sólo se dejan inalterables las reales causas sociales de su desconocimiento sino que se protegen y aun potencian. Es sintomático cómo al amparo de este clima sociointelectual se están abriendo paso concepciones del derecho libre como el llamado “derecho controversial”, entendido como “composición dialógica del conflicto de intereses mediante la cooperación de las partes”, en el que se trata de evitar la norma general y previa establecida por una autoridad (estatal) exterior a las relaciones que se trata de regular y en el que el juez, más que legislador del caso concreto, es mediador entre intereses específicos, y la justicia aparece como pacto o consenso.

Pero además de la norma sobre las fuentes, la Constitución es ella misma —como es conocido y se ha subrayado convenientemente, por lo que no es necesario insistir sobre ello— fuente, en el otro sentido a que más arriba hacía referencia: como forma de manifestarse el derecho. Baste apuntar que al margen del carácter vinculante y la obligatoriedad de la Constitución en su totalidad —y siguiendo la consideración exclusivamente formal— son de aplicación directa aquellas normas contenidas en la Constitución cuya estructura es idónea para regular supuestos concretos, es decir, están dotadas de eficacia; deben utilizarse directamente

(tanto por la administración como por los jueces, como por los particulares) y son por tanto fuente directa de posiciones subjetivas para los sujetos del ordenamiento en todo tipo de relaciones en las que puedan intervenir.³⁷¹

Desde una perspectiva material, debe partirse del distinto supuesto social al que responde el constitucionalismo clásico liberal y el constitucionalismo moderno. El primero se caracterizaba por el monopolio político de una clase restringida y homogénea, cuyos valores e intereses eran fácilmente reducibles a la unidad y se expresaban y defendían a través de la ley y de la prevalencia del principio de legalidad.

El constitucionalismo moderno responde a una sociedad compleja y fragmentada en la que las diferentes fuerzas sociales y políticas que compiten, ponen de manifiesto una heterogeneidad de valores e intereses que, con frecuencia, se expresan en el ordenamiento jurídico precisamente a través de la ley, que se utiliza ahora no como vehículo de la unidad sino de la parcialidad, de intereses concretos y como un instrumento más de aquella competencia. La frecuencia con que la ley regula aspectos microsociales expresa jurídicamente esta fragmentación corporativa. Aquí, la necesaria unidad, tanto más necesaria cuanto más heterogénea y conflictiva se presenta la competencia social, debe adoptar un nivel superior, y es la Constitución, el principio de constitucionalidad, el que lo expresa y proyecta, por sus peculiares virtualidades jurídico-políticas, al ordenamiento jurídico (Zagrebelsky). O, lo que es lo mismo, y éste es el supuesto básico, el principio de constitucionalidad no actúa solamente en el nivel formal al que antes nos referíamos, sino en el material. Porque entre las peculiares virtualidades del constitucionalismo está, como se ha señalado repetidamente, la de incorporar a sus normas un contenido específicamente valorativo, la de vincular inseparablemente “el ser” al “debe ser”, actuando la Constitución como garantía de ambos aspectos formales y materiales. Si esto es así de manera general, quiere decirse que también lo es y aun de manera primordial en esa característica de la Constitución de “fuente de las fuentes”; es decir, no sólo reguladora de las fuentes en sentido formal, sino también en sentido material, en el sentido de que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por “normas sustanciales de derecho positivo”.

371 Zagrebelsky, G., *cit.*, pp. 104 y ss.

En este sentido, cabe trasladar a este ámbito un punto de partida que surgido en otros bien distintos y con finalidades opuestas (la teoría de los sistemas) podría reformularse así: es posible afirmar la legitimidad de una dogmática constitucional que no se construya al margen de sus consecuencias sociales, de manera que elabore propuestas jurídicas “adecuadas” (socialmente), es decir, transforme conceptual-jurídicamente la problemática real con vistas a lo que puede llamarse una dogmática social dinámica.³⁷²

Así pues, los contenidos axiológicos del derecho constitucional positivo forman parte del “derecho sobre el derecho”, que, de esta manera, no sólo regula las formas de producción sino los contenidos producidos. Resulta, pues, que si se parte de este doble aspecto —formal y material— de las normas constitucionales sobre las fuentes, la validez (en cierta forma equivalente a la “adecuación” en el sentido antes utilizado para una dogmática social) de las mismas, junto a la adaptación a sus respectivas formas de producción, deberá reunir también la de ajustarse al contenido constitucionalmente establecido; y la plenitud del ordenamiento deberá asimismo medirse en términos de realización de los valores establecidos.³⁷³

Ahora bien, lo que separa al actual constitucionalismo del constitucionalismo liberal en este orden material y axiológico, y lo que ha significado el efectivo progreso del constitucionalismo, es la constitucionalización del Estado social. El supuesto social actual ya no es una sociedad a la que trata de proteger como en el constitucionalismo liberal, sino una sociedad a la que se trata de transformar como objetivo básico del constitucionalismo social. Por consiguiente, no sólo debe rechazarse la idea de la imposible constitucionalización del Estado social, sino que, por el contrario, es el Estado social el que suministra el contenido específico del constitucionalismo moderno. Ciertamente que la dificultad está en cómo arbitrar el adecuado sistema de garantías. Debe indicarse, no obstante, que el Estado de derecho no es algo acabado sino perfectible a impulsos tanto de la realidad como del progreso jurídico, y éste debe tratar de evitar que el garantismo del Estado liberal de derecho se con-

372 Luhman, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, CESC, 1983. La propuesta de Luhman es bien distinta, ya que trata de conseguir una dogmática funcional al servicio del equilibrio del sistema, pero el punto de partida es utilizable.

373 Ferrajoli, L., “El derecho como sistema de garantía”, *Jueces para la Democracia*, 2-3, 1982.

vierta en garantismo del sistema socioeconómico, funcionando como un sistema de seguridad del mismo, y, por el contrario, tratar de realizar el garantismo material del Estado social de derecho. En todo caso, y aunque, como se ha señalado (Ferrajoli), esas garantías deben establecerse en buena medida como técnicas de coerción cuya configuración no parece muy complicada, de una manera más modesta y menos “ofensiva” como corresponde a la actual fase regresiva, cabe utilizar diferentes vías vinculadas en sentido negativo a las distintas posibilidades que permite la inconstitucionalidad y en sentido positivo a las que puedan derivarse de nuevos desarrollos en la dogmática de los derechos fundamentales o de la construcción de categorías en las que el garantismo se deduzca más de elementos objetivos que de la tradicional configuración de la subjetividad jurídica.

Esta moderada actitud “a la defensiva” no sólo se justifica, sino que adquiere una importancia no desdeñable en la actual crisis del Estado social, a cuyo desmantelamiento cabe oponer la vigencia de una constitución real y globalmente normativa. Es este contenido valorativo (junto a los derechos fundamentales) lo que configura la llamada “esfera de lo no decidible por la democracia política” (Ferrajoli), y, por consiguiente, el marco y el contenido necesario de las fuentes constitucionalmente previstas. Este punto de vista debe, pues, estar presente en una concepción de las fuentes propias del constitucionalismo social, y, por consiguiente, demanda una renovación en su tratamiento, a la vez que muestra una vez más su actualidad y la profunda vinculación del tema de las fuentes con la realidad histórica y política.

Esta perspectiva, no obstante, debe empezar por una actitud crítica hacia la realidad jurídica existente. Y no solamente porque buena parte de los actos y normas incumplen los requisitos exigidos constitucionalmente para su producción jurídica material de acuerdo con el contenido demandado por ese constitucionalismo social, sino porque precisamente esa constitucionalización del Estado social se ha utilizado, a través de las nuevas posibilidades que permite en el ámbito del intervencionismo socioeconómico, para romper los viejos caracteres de las fuentes del derecho (generalidad, abstracción, etcétera), no para la realización de sus valores sino justamente para lo contrario (antes se apuntaba respecto de la ley) como mecanismo defensor de concretos intereses dominantes, a la vez que la fragmentación y el caos normativo facilitan incluso la

pérdida del valor garantista del viejo Estado liberal de derecho; ello configura una realidad constitucional que más que de quebrantamiento de la Constitución permite hablar de su corrupción y, aun de manera más concreta, cabe utilizar la expresión “Constitución alienada”, o de alienación constitucional, para referirse a esos supuestos que, establecidos constitucionalmente con una finalidad determinada, se utilizan no ya para fines distintos, sino justamente para los contrarios de los previstos.

Esta parte final, en lo que tiene de propuesta, apunta a una cuestión que parece adquirir cada vez mayor entidad: justamente cuando la crisis del Estado social arrastra en buena medida la crisis del Estado de derecho, paradójicamente, se asiste, por parte de la práctica y el pensamiento crítico, a una revalorización del derecho. Probablemente intervienen en este hecho factores objetivos y subjetivos. Entre los primeros está, de un lado, el progreso formal y material de un constitucionalismo normativo, y, de otro, la dificultad cada vez mayor (agravada en la situación de crisis, pero que rebasa ampliamente estos límites coyunturales) para ajustar dominación y legalidad; entre los segundos, la conciencia de derrota de clase que obliga a la utilización y apreciación de recursos de los que antes se prescindía o tenía en otra consideración. Pero, de todas formas, la posición del constitucionalismo crítico en un medio como el español, es de manifiesta perplejidad. De un lado, es consciente del significado y límites de la Constitución y especialmente (y junto a otros como el límite político —nacionalista— al no admitir el derecho a la autodeterminación) del límite socioeconómico (además del implícito común, en cuanto la Constitución, como el Estado, “sólo es capitalista”)³⁷⁴ al constitucionalizar el modo de producción capitalista; pero, de otro, se encuentra con que su aplicación y desarrollo en aspectos decisivos han quedado muy por debajo del techo constitucional. Ante esa situación parece que, pese a todo, debe optarse, siquiera sea como objetivo mínimo, por “volver a la Constitución” en cuanto nivel garantista superior respecto de contenidos del Estado social, democrático y de derecho. Esta “vuelta a la Constitución” como objetivo constitucional (y junto a las consideraciones antes realizadas) implica algunas opciones, como las siguientes: el inicial rechazo a las técnicas sobre supuestas lagunas (no con base en criterios positivistas sino a que en el ámbito del derecho constitucional

374 Vilas, J., “La Constitución y la reproducción del orden político fundamental”, *REP*, núm. 21.

podrían afectar el poder constituyente), en el orden interpretativo atender al propósito original³⁷⁵ y en el del desarrollo aplicar el criterio denominado de la continuidad lógica, aun con la dificultad de relacionar lógica y derecho.³⁷⁶

6. *Garantismo y ley material*³⁷⁷

A. *Derecho constitucional y ley material*

Lo que sigue se basa en estos dos supuestos que a la vez que punto de partida metódico son también objetivos y criterios finalistas:

1. El primero de ellos es el entendimiento de que en la actual fase de desarrollo sociopolítico (especialmente en las formaciones del capitalismo desarrollado) la crisis económica recurrente desde los años setenta, ha puesto en crisis, a través de distintas mediaciones, la legitimación y eficiencia del sistema democrático representativo y la realización de los valores del Estado social, todo lo cual afecta de manera relevante al derecho constitucional. Porque en esas circunstancias, vinculadas a una determinada coyuntura, es decir, a una determinada situación de la lucha de clases con un sostenido avance del capital monopolístico internacional, se asiste desde la perspectiva del trabajo, que dada la correspondiente socialización del proceso productivo es la de una gran mayoría, a una revaloración del derecho en general y del derecho constitucional en particular. Y ello por una doble razón:

- Porque el capitalismo se ha mostrado incapaz de realizar de manera generalizada el proyecto de democracia y justicia que está sin embargo consagrado en las Constituciones normativas propias del constitucionalismo del Estado social. Es decir, que legalidad (constitucional) y dominación tienden a ser incompatibles. De nuevo, pues, la *legalité tue*. De ahí la vinculación más concreta que se hace hoy entre izquierda y legalidad.³⁷⁸

³⁷⁵ Wolfe, C., *Las transformaciones de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991.

³⁷⁶ Alchourroh, C., y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CESC, 1992.

³⁷⁷ Ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Constitucional sobre "Ciudadanos e instituciones" (Alicante, 3-5 de mayo de 1995), en el área temática "Ciudadanos, partidos y representación" y publicada en las *Actas* del mismo (Tirant lo Blanc, Valencia, 1996).

³⁷⁸ Flores d'Arcais, P., "Izquierda y legalidad", *Jueces para la Democracia*, núm. 19, 2/1993.

- Porque el derecho constitucional aparece como una de las escasas posibilidades sólidas para articular legítimamente una defensa de los intereses generales y ofrecer una regeneración ético-política. En estas condiciones se acentúa, pues, su carácter garantista, pero no ya el garantismo propio del Estado liberal de derecho, sino el propio del Estado social de derecho, o, lo que es lo mismo, frente al garantismo individual, el colectivo, frente al exclusivo garantismo de la libertad, el de la justicia, tratando de evitar, como hace el actual neoliberalismo jurídico, que el garantismo de los derechos individuales se convierta en un garantismo del sistema socioeconómico.

Se comprende así que para quien se instale en análisis de este tipo, no quepa entender al derecho constitucional como un “derecho Mite”.³⁷⁹ Porque no se tratará ciertamente de hacer construcciones excluyentes sino de la defensa de la Constitución gravemente atacada hasta convertirla literalmente en una Constitución alienada, como se verá después. Y ello supone para el derecho constitucional algo muy distinto de esa labor recomponedora y armónica de una ideal competencia de grupos conformadores de un pluralismo pacíficamente integrable que está en la base de la pretendida “Mitezza” del derecho. No se trata, pues, de un derecho constitucional funcionalista sino garantista en el sentido beligerante antes apuntado.

2. El segundo supuesto hace referencia a la situación actual del Estado de derecho. Y es que no puede ponerse en duda cómo las transformaciones de la realidad han dejado anticuadas ciertas categorías, demandan otras nuevas y exigen una reconsideración del lugar y función de determinadas instituciones. Pero también y al hilo de las mismas, lo que se ha producido no es tanto una adaptación como una corrupción del Estado de derecho, con el surgimiento no ya de desarrollos sino de patologías. Por consiguiente, el jurista crítico debe estar atento para no contribuir a sancionar todo cambio a impulsos de un sedicente modernismo y distinguir el necesario crecimiento que debe potenciarse de la perjudicial deformación que se debe denunciar. De nuevo una actitud garantista, esta vez en interés del Estado de derecho, hace que el derecho constitucional tenga una función escasamente pacífica.

379 Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

Ambos supuestos inciden en una de las categorías centrales del derecho constitucional como es la ley. Porque, de un lado, en lo relativo al primer supuesto, la ley y el principio de legalidad, pese al protagonismo estructurador que en los ordenamientos actuales tiene el principio de constitucionalidad, siguen desempeñando un papel central en la configuración del Estado de derecho: en la producción jurídica (como prevalente fuente subconstitucional) en la estructuración del Estado (delimitación de funciones y poderes) y en la articulación Estado-sociedad (regulación de conflictos y derechos). Por consiguiente, le corresponde también un papel central en aquella función garantista, de donde resulta que la revalorización del derecho que antes se mencionaba, es, de manera destacada, revalorización de la ley. Pero, de otro lado, en lo relativo al segundo supuesto y precisamente por ese papel central que la ley tiene en el Estado de derecho, repercuten en ella buena parte de las tensiones que éste registra, y especialmente las de tipo negativo y deformante. Y son precisamente los cambios de esta naturaleza los que normalmente se tienen en cuenta cuando se habla —frecuentemente con finalidad justificativa— de la “crisis de la ley”. Es, ciertamente, la propuesta contraria a la que subyace en la anterior referencia a la revalorización de la legalidad.

Desde estos planteamientos se está apuntando ya a un tipo de ley que —junto a su indiscutible aspecto subjetivo (quizá más propio que el término usual de formal)— tenga un carácter objetivo (quizá también más propio que el tradicional de material). La argumentación que puede esgrimirse es realmente unitaria, aunque susceptible de una triple matización:

1) Porque se destaca su importancia como mecanismo de seguridad en el Estado de derecho. O, lo que es lo mismo, su papel garantista: la ley como garantía. Y la ley como garantía es una ley determinada, con un cierto sentido, en definitiva, en la que cobra un especial relieve su contenido.

2) Porque se ha producido una profunda transformación en el constitucionalismo que ha pasado a ser más un derecho constitucional de “principios” que de “reglas”, formado esencialmente por las pretensiones que incorpora el Estado social, con lo que, además, el orden subjetivo personal y hasta cierto punto fragmentario y centrífugo de los derechos se

ha compensado con el establecimiento de un orden objetivo impersonal social-global y centrípeto.³⁸⁰

Por todo ello, parece más congruente con estos contenido y carácter, que no puede olvidarse que son los definitorios y determinantes del constitucionalismo actual, una ley material que la exclusivamente formal.

3) Porque desde la perspectiva de la actual Constitución normativa, la virtualidad del principio de constitucionalidad debe operar no sólo en el ámbito del ser, sino del deber ser, actuando la Constitución como garantía tanto de los aspectos formales como materiales. Si esto es así, hay que entender que la Constitución como “fuente de las fuentes” no es sólo reguladora en el orden formal de esas fuentes, sino también en el material, en el sentido de que la producción jurídica se encuentra disciplinada no sólo por las normas formales, sino por las “sustanciales del derecho (constitucional) positivo”. Y es a través de esta exigencia como deben reelaborarse categorías del ordenamiento jurídico, como las de validez, entendida como adecuación no sólo a las formas de producción sino a los contenidos,³⁸¹ o “completud” medida ahora en términos de realización de los valores establecidos. La exigencia de la ley material se manifiesta de nuevo.

B. Configuración histórico-doctrinal: la generalidad en el Estado liberal de derecho

Como es conocido, la configuración de la ley en su sentido objetivo o material ha seguido dos concepciones distintas: la que determina el contenido a través del acotamiento de un ámbito específico (de la que, aun con significado distinto, se registra su huella en el constitucionalismo moderno a través de la reserva de ley) y la que determina el contenido de la ley a través de la exigencia de la generalidad, de la que igualmente se conservan manifestaciones expresas en el derecho constitucional actual (como las que se refieren a las leyes restrictivas de derechos).³⁸²

³⁸⁰ *Idem*, pp. 147 y ss.

³⁸¹ Ferrajoli, L., “El derecho como sistema de garantías”, *Jueces para la Democracia*, núms. 16-17, 1992.

³⁸² Jesch, D., diferencia tres conceptos de ley material distinguiendo la postura de Laband y Jellinek, que identifican ley y proposición jurídica; la de Anchüz, que atribuye a la ley la función de establecer los límites a la libertad y a la propiedad y la de Thomas, que define a la ley como regla general y abstracta (*Ley y administración*, Madrid, IEA, 1978).

En lo que se refiere a esta última, al entendimiento de la ley como general, se ha considerado que en el orden lógico tiene el carácter de un juicio hipotético sobre la conducta futura de los ciudadanos, lo que implica necesariamente su formulación anticipada, y, por tanto sin referencia individualizada a los supuestos (personas y situaciones) de aplicación. La generalidad se compone, pues, de dos ingredientes: el de los sujetos a quienes va destinada, cuya determinación es genérica (parece preferible hablar en estos términos que en los de “indeterminación”, para evitar la posible asociación a imprecisión) y el de las conductas (determinadas abstractamente); de ahí que se entienda que la generalidad incluye la abstracción con la consiguiente inagotabilidad de la norma en su aplicación mientras mantenga su vigencia.

Esta concepción se ha configurado y sostenido en las distintas fases de la historia del derecho, lo que tiene interés recoger aunque sea con brevedad para advertir su fundamentación.

En el derecho romano, con todas las cautelas con que debe tomarse este tipo de referencias,³⁸³ y aunque se registra cierta ambigüedad en la concepción de la ley, especialmente a partir de la época justiniana, desde las *Doce Tablas* se distingue ya entre *leges*, entendidas como disposiciones generales, y *privilegia*, entendidas como normas individuales, y en la época clásica aparecen con claridad definiciones de la ley en las que se hace constar tanto su aspecto subjetivo o formal al que se designa con términos como *populus* o *reipublicae* (que no son tan contrapuestos como puede parecer, ya que en el derecho público romano se aprecia una clara evolución del *populus* hasta identificarse con un contenido estrictamente institucional —las asambleas— de manera que puede admitirse una práctica identificación entre *populus* y *reipublicae*) como por su carácter objetivo o material, al que se designa con los términos *generale* o *comune* (así sucede en las conocidas definiciones de Ateio Capitone: *lex est generale iussum populi aut plebis*, o en la de Papiniano: *lex est commune praeceptum... communis rei publicae sponsio*; tiene igualmente el máximo interés, porque apunta ya a un contenido más específico, el texto *iura non in singulas personas sed generaliter constituuntur*,³⁸⁴

383 El distinto significado del derecho en modos de producción precapitalistas se aborda en C. de Cabo, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. II, Barcelona, PPU, 1993 y en “Las fuentes del derecho”, apunte sistemático, *Libro homenaje al profesor J. J. Ruiz-Rico*.

384 Cicerón, *De Legibus*, L. 8 (1.3); Royo Arpón, J. M., *Textos de juristas romanos*, PPU, 1994.

de manera que apunta a algo tan inseparable del constitucionalismo moderno como la generalidad de la ley en materia de derechos.

El predominio de la concepción cristiana a través de la escolástica medieval pone el énfasis en el aspecto objetivo, ya que de manera prácticamente unánime se desarrolla la teorización de la ley en torno a la idea de comunidad (así F. Suárez: “debe decirse, en absoluto, que es de esencia de la ley que sea precepto común, es decir, impuesto a la comunidad”. De manera que aunque se obligue a “estos o aquellos miembros [...] siempre será bajo razón general” (*De Legibus*, lib. I, cap. 6, núm. 5), y en la canónica definición de Santo Tomás el elemento objetivo es la *ordenatio rationis ad bonum comune*, si bien aquí parece también el subjetivo, que es *qui curam comunitatis habet*.

En la cultura del barroco y en la Ilustración vuelve a destacarse el carácter objetivo. A partir de las ideas dominantes de naturaleza y ley natural, respectivamente, el concepto de ley positiva se construye con base en la racionalidad y la generalidad propias de aquéllas. En Inglaterra no sólo en la teoría (Locke, como defensa de la propiedad, dirá: “quienes detentan la autoridad legislativa sólo deben establecer reglas generales”)³⁸⁵ sino en la práctica del Parlamento inglés, se acepta esta limitación al no responder al dogma de la soberanía nacional sino al de un sistema de poderes limitados.

En la Ilustración francesa, en Montesquieu, la generalidad de la ley se justifica tanto por exigencias de la seguridad como de la libertad: para garantizar la seguridad del estatuto jurídico de los ciudadanos es necesario que la ley sea general; asimismo, la conveniencia de la limitación del poder, de todo poder, exige también la del Legislativo a través de la generalidad de la ley como requisito de la libertad.³⁸⁶ En Rousseau, la expresividad es máxima: “no hay voluntad general sobre un objeto particular [...] cuando todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo entonces la materia sobre la que se estatuye es general como la voluntad que estatuye”, y “es este acto lo que yo llamo ley”. A continuación expone un concepto de generalidad que prácticamente es ya el actual y del que antes se partía y que es aceptado en la doctrina moderna:

385 Locke, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1981.

386 *El espíritu de las leyes*, libro XI, cap. VI.

cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos como corporación y a las acciones como abstractas, jamás a un hombre como individuo ni a una acción particular [...] Toda función que se refiera a un objeto individual no pertenece en modo alguno al poder legislativo.³⁸⁷

Es decir, aparecen con claridad los dos elementos que antes se integraban en el concepto de generalidad del que se partía: el de los sujetos y el de las conductas.

En la más notable manifestación de la Ilustración alemana, como es la obra de Kant, aunque lejos del objetivismo y naturalismo de la Ilustración francesa, el racionalismo formal y universal de la razón pura proyectados a la razón práctica y al derecho, demandan esas mismas características en este último para hacer posible su única finalidad abstracta: creación de las condiciones a partir de las que pueda surgir la libertad, lo que demanda la exigencia de leyes generales (aunque hay que hacer notar que en Kant se encuentra apuntado el otro concepto de ley material —el de la determinación del contenido de la ley a través de un ámbito específico— en cuanto señala que el concepto de derecho en tanto se refiere a una vinculatoriedad derivada de él, es decir, el concepto moral de derecho, tiene por objeto, en primer término, sólo a la relación externa y práctica de una persona con otra, y en tanto que sus acciones pueden tener influjo entre sí, bien mediata bien inmediatamente, lo que indudablemente plantea la cuestión en términos prácticamente coincidentes con los de Laband).³⁸⁸

Toda esta tradición teórica comenzó a tener traducción normativa en los umbrales del constitucionalismo, al recogerse en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre (artículo 6º: la ley debe ser la misma para todos, siendo todos los ciudadanos iguales ante ella). Y en el proyecto de Constitución girondino de 1793 aparece también consagrada con precisión: “los caracteres que distinguen a las leyes son su generalidad y su duración indefinida”.

De todo este desarrollo interesa señalar que con distinta relevancia y en una forma u otra, según los momentos, se manejan a lo largo del mismo dos clases de argumentos: uno, en el que la generalidad de la ley

387 *El contrato social*, libro II, cap. VI.

388 Kant, I., *Introducción al derecho*, Madrid, CESC, 1978.

se sostiene en virtud de las características de la misma que la exigen y que por esta razón puede llamarse “técnico”; y otro, en el que la generalidad de la ley se sostiene en virtud de fines u objetivos a realizar que por esta razón puede llamarse “político”. Es bien significativo que desde los comienzos de la construcción del Estado de derecho se mantenga esa doble clase de argumentos (el técnico y el político), si bien trasladados ya al específico campo del derecho se convierten en técnico-jurídico y jurídico-político, respectivamente. Y hay que indicar, asimismo, que la defensa de uno y otro se encuentra tanto en la doctrina alemana como en la francesa, lo que demuestra una vez más la necesidad de huir de las simplificaciones dicotómicas que en esta materia es usual al contraponer una y otra.

Así, respecto al argumento técnico-jurídico, se encuentra en la doctrina alemana, desde una perspectiva que si le es propia, como es la del Estado, entendiéndose que el carácter general de la ley proviene de que en ella se proyecta el Estado (así en Mohl: la ley es manifestación de la actividad primaria del Estado, y esta actividad consiste en el establecimiento de reglas generales determinantes de las relaciones de los individuos entre sí y con el Estado; para Gerber, la ley es la manifestación de la voluntad del Estado en forma de reglas abstractas).³⁸⁹ En la doctrina francesa se depura, en el sentido de no atribuirlo a ningún factor externo a la naturaleza de la ley; aunque esta postura se mantiene con distintas variaciones (Planiol, tras afirmar el carácter general de la ley la define como el tipo de decisión pública que no se agota en su aplicación, a diferencia de aquellas en las que no cabe más que su ejecución en una sola vez y que son actos de administración; Ripert afirma que la generalidad de la ley deriva de que no tiene el carácter de ejecución de una prescripción anterior); su expresión más acabada se encuentra en la consideración de la ley —como se hace en la obra de León Duguit— como acto regla. Se afirma que, desde el punto de vista material, la ley es todo acto del Estado que contiene una regla de derecho objetivo, la cual comprende también los actos que establecen las normas o instituciones destinadas a

389 Sorprende la postura que posteriormente adoptaría Kelsen, pues desde su concepción del ordenamiento jurídico como un proceso de creación-ejecución sucesivo, parecería que se iba a entender la legislación como general respecto de los momentos posteriores, y sin embargo sostiene que en la “forma ley” se incluye todo acto del legislador, lo que supone una ruptura con la lógica de su argumentación (*Teoría del Estado*, Editora Nacional, 1979, pp. 300 y ss.).

asegurar el cumplimiento de esas reglas de derecho objetivo, pues son, en sí mismas, también derecho objetivo. Ley es, por tanto, un acto-regla. Ahora bien, como la regla de derecho objetivo tiene los caracteres de generalidad e imperatividad, toda ley material debe tenerlos necesariamente.

La generalidad consiste —señala Duguit reafirmando las constantes del concepto— en que la ley contiene una disposición que no desaparece tras su aplicación, a un caso previsto de antemano, sino que sobrevive a esta aplicación y se aplicará, mientras no sea derogada, a todos los casos idénticos al que previó, a diferencia de la disposición por vía individual que se establece para un supuesto determinado y una vez aplicada al mismo desaparece porque se ha realizado el fin concreto para el que se estableció. A partir de esta característica de la generalidad, formula así el principio de legalidad: no cabe decisión individual alguna que no sea conforme a una disposición dictada con anterioridad por vía general, o, en otros términos: una decisión individual no puede tomarse nunca más que en los límites determinados por una ley general. El principio de legalidad así formulado es de carácter absoluto, en el sentido de que no hay acto individual válido que viole una ley ni órgano del Estado que pueda desconocerlo incluido el Parlamento.³⁹⁰

La imperatividad procede —y aquí se justifica la afirmación de que la posición de Duguit es la expresión más acabada de la argumentación basada exclusivamente en la naturaleza de la ley— no de que exprese la voluntad de la colectividad (las expresiones “voluntad general”, o “voluntad de la nación” son pura ficción), ni de que sea obra del Estado que la dota del carácter de “orden”, es decir, no procede de que la ley exprese la voluntad de un “superior” sobre un “inferior”, sino de que contiene una regla de derecho objetivo que es imperativa por sí misma o porque tiene por objeto asegurar el cumplimiento de esa regla. A partir de esta argumentación, critica a quienes (como Laband o Jellinek) defienden la ley material, pero admiten la ley especial, pues —afirma— si esto es así no cabe diferenciarla de otros actos jurídicos que también modifican la esfera jurídica de la persona (ámbito, como se sabe, al que aquellos autores reducían a la ley) y también a quienes (como Carré) defienden la ley formal, de tal manera que obligan “a callar al jurista y

390 Duguit, L., *Tratíe de droit constitutionnel*, Ancienne Librairie Fontemoing, 1923.

le impiden calificar un acto cuando se ha constatado la voluntad (cualquiera que sea) del Parlamento”.

Respecto del argumento jurídico-político, se sostiene también en la doctrina francesa (así Esmein configura su posición con base en la “virtud protectora” de la ley que —asegura— está en su concepción misma y que consiste en que estatuye no en interés particular sino en interés común, no respecto de un individuo aislado sino respecto de todos, para el futuro y para siempre) aunque es en la alemana —a través de la obra de Carl Schmitt— en la que se encuentra la formulación más representativa. Hay que señalar, no obstante, que como en tantos otros aspectos de la obra de Schmitt, se aborda la cuestión con tal globalidad y penetración que no hay perspectiva que esté ausente, y, por consiguiente, también se encuentra la argumentación técnico-jurídica o basada exclusivamente en la naturaleza de la ley; a ella pertenece su consideración de que la ley, en toda la tradición aristotélica, escolástica y antiabsolutista, es básicamente *ratio*, y de ahí el origen de su generalidad en el Estado de derecho, que es tan central al mismo que toda su configuración está basada precisamente en la contraposición de una ley general establecida con anterioridad, obligatoria para todos sin excepción y válida básicamente para todos los tiempos, a una orden personal impartida en cada caso concreto y en atención a especiales circunstancias, que puede hacer excepción a la ley y que es el soberano quien decide sobre ella. Por tanto, la discusión básica es si la ley es una fórmula general y racional o un decreto aislado, una orden, una medida, es decir, si la definen *caracteres lógicos* o sólo haber sido formulada por la representación popular.³⁹¹ No obstante, esta concepción se hace en función de la argumentación jurídico-política, ciertamente más desarrollada. La Constitución —señala Schmitt— contiene el elemento jurídico o Estado de derecho y el político o forma política del Estado; el primero es compatible con distintas formas del segundo, pero le condiciona en cuanto demanda como exigencias mínimas el principio de participación (derechos y libertades) y el principio de distribución (organización, división de poderes), lo que en realidad es una lectura o transposición del artículo 16 de la Declaración francesa. Ahora bien, tanto un principio como otro se basan en la ley y en una ley con unos caracteres específicos que se resumen en

391 Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990.

la generalidad. Sólo la ley general es la propia del Estado de derecho (el concepto formal de ley es justamente contra el que se lucha por el Estado de derecho: el de la *voluntas* y la *autoritas*), porque es la única que lo garantiza. Y eso es lo que significa imperio de la ley: conexión con los principios del Estado de derecho. Respecto del principio de participación, los derechos de libertad e igualdad sólo se garantizan si la ley es general y, asimismo, la invasión de la propiedad y demás derechos no es que se realice “por ley” sino “con arreglo a ley”, es decir, de acuerdo y en aplicación de una ley previa. Y respecto del principio de distribución, sólo la ley general lo garantiza al evitar que el Poder Legislativo utilice el procedimiento para legislar para realizar actos de gobierno, administración y justicia, rompiendo la estructura y funcionamiento del Estado, anulando la división de poderes y destruyendo la independencia judicial.³⁹²

C. Los cambios operados en el constitucionalismo del Estado social: referencia a España

Esta es la teorización propia del Estado liberal de derecho correspondiente a la fase del capitalismo liberal. Con su crisis y la aparición del Estado social de derecho correspondiente a la fase del capitalismo monopolístico, se producen dos hechos que alteran dos supuestos básicos en los que reposaba la concepción de la ley:

1. El primero es la transformación socioeconómica y sus repercusiones en la relación Estado-sociedad.

En el capitalismo liberal, aunque nunca se ha dado con pureza y ha sido más bien un referente teórico que real, puede admitirse al menos desde perspectivas histórico-comparativas, que el mercado era un mercado de libre competencia. Y la generalidad de la ley respondía a sus exigencias;³⁹³ a las exigencias de unos sujetos del intercambio, convertidos en sujetos de derecho, que debían relacionarse entre sí en condiciones de libertad e igualdad. La ley general garantizaba, es decir, daba seguridad al mantenimiento de la competencia en condiciones de igualdad. Esto se hacía en beneficio de una clase burguesa relativamente homogénea y coherente, dominante en los parlamentos en los que a través

³⁹² Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982.

³⁹³ Neumann, F., *El Estado democrático y el Estado autoritario*, Buenos Aires, Paidós, 1968.

del procedimiento parlamentario cabía realizar, porque no había “enemigos”, la discusión y el análisis objetivo que podía manifestarse de manera racional en una ley, la cual, sin duda, expresaba “el interés general”, a la manera como habitualmente transmutan las construcciones burguesas lo que les es propio en común. A ello se unía el que dada la escasa intensidad de las relaciones Estado-sociedad podían regularse por un escaso también número de leyes que eran el marco —general— en el que aquéllas se desarrollaban.

En el capitalismo monopolístico y el Estado social, cambia radicalmente la situación: porque, de una parte, la estructura social se hace más compleja desapareciendo a la vez que el mercado de libre competencia la homogeneidad y coherencia de la clase dominante y su consiguiente representación en los parlamentos; y, de otra y fundamentalmente, porque las nuevas demandas económico-sociales al sistema político configuran un sistema de interrelaciones Estado-sociedad cuantitativa y cualitativamente distintas, es decir, concretas y frecuentes, que ya no se ajustan a las exigencias de la ley general y que se justifican porque se hacen para conseguir el “bienestar social”.

2. El segundo es la transformación constitucional.

Al configurarse las Constituciones como Constituciones normativas e incorporar la garantía técnica del ordenamiento jurídico, así como las de los valores de igualdad y seguridad, ya no aparece la ley como garantía de los mismos ni, por tanto, es necesario que tenga el carácter de generalidad base de esas garantías.

Ambos cambios se complementan: la transformación socioeconómica exige la quiebra de la generalidad. Y la transformación constitucional la permite. De ahí que, efectivamente, la crisis de la generalidad sea en adelante uno de los aspectos de la llamada “crisis de la ley”, y que este cambio se dogmatice y teorice como uno más de los que ocurren en las categorías del Estado de derecho que hay que revisar, tal y como se apuntaba con anterioridad. Esta revisión tiene lugar a través de una doble vía: a través del predominio positivista y su secuela de la concepción formal de la ley y a través de la aparición cada vez más numerosa —y de su justificación— de leyes no generales. Este último supuesto se ha manifestado en un cierto intento de categorización específica a partir de la distinción de Schmitt en la Constitución de Weimar entre ley y medida (a la que antes de hizo referencia) y en su reformulación posterior por

Forsthoff de la “ley medida”, con cuya expresión se designa a los actos jurídicos con forma de ley y contenido determinado en cuanto vinculados a la consecución de un objetivo concreto. Frente al carácter no finalista de las leyes (en la concepción kantiana) se opondría ahora el utilitarismo jurídico (Bentham, Ihering). El Estado social de derecho obligaría a pasar de un Estado legislativo a un Estado administrativo y, en definitiva, a destruir en gran parte —Luhmann, Forsthoff— el Estado de derecho al convertir en imposible el verdadero concepto de ley.³⁹⁴ No obstante, el Tribunal Constitucional alemán ha mostrado su rechazo a la admisión de la ley medida como categoría relevante para la dogmática jurídica.

En la doctrina italiana el concepto de ley medida se transforma, al separar la norma de la situación a la que va dirigida, de manera que abarca a todas las normas de estructura singular.³⁹⁵ Con ella coincide la “ley singular”, expresión adoptada por la jurisprudencia y doctrina españolas, aunque, en algún caso, al referir estas leyes a las de caso único y por tanto vinculadas al objeto, se acerca a la ley medida alemana (Stc 6/1991). Lo cierto es que en el caso español ni en la jurisprudencia ni en la doctrina se encuentra una posición suficientemente contundente ni compartida.³⁹⁶

En lo que se refiere a la jurisprudencia, aunque se inclina por admitirla, con lo que parecería que se resolvía la cuestión (en la más destacada y conocida sentencia sobre la materia: 166/1986) se hace de la manera siguiente: se afirma inicialmente que aunque la Constitución española no impone una estructura determinada a las leyes, éstas tienen “normalmente vocación de generalidad”, de manera que la función legislativa consiste en la “producción de normas dirigidas a la ordenación justa y racional de la comunidad” (lo que no parece lejos todavía de la definición tomista); se señalan después los límites a la ley singular: los que derivan de la igualdad que obliga al “juicio de razonabilidad”; el que deriva de la división de funciones (que ha permitido hablar de una reserva de administración junto a la de jurisdicción),³⁹⁷ y el que deriva de la exigencia

³⁹⁴ Luhmann, N., “Il Welfare State como problema político e teorico”, en *Transformazione e crisi del Welfare State*, Bari, De Donato, 1983; Forsthoff, E., “Problemas constitucionales del Estado social” y “Concepto y esencia de Estado social”, en *El Estado social*, Madrid, CESC, 1986.

³⁹⁵ Mortati, C., *La legge provvedimento*, Milán, Giuffrè, 1958.

³⁹⁶ Montilla, I. A., *Las leyes singulares en el ordenamiento español*, Madrid, Civitas, 1994, es un serio intento de mostrar la admisibilidad de la ley singular en el sistema español.

³⁹⁷ Jiménez Blanco, A., *La función legislativa y la reserva de administración Cortes generales*, vol. III, IEF; Muñoz Machado, S., “La reserva de jurisdicción”, *La Ley*, 1989.

de generalidad —lo que podría llamarse “reserva de generalidad”— a las leyes que condicionan o impidan el ejercicio de los derechos fundamentales y con el que se recogen las posiciones de algunas Constituciones europeas sobre las leyes restrictivas de derechos que exigen su generalidad; y, finalmente, se reitera que la adopción de leyes singulares debe estar vinculada a los casos excepcionales que por su extraordinaria trascendencia y complejidad no son remediabiles por los instrumentos normales de que se dispone por la administración... ni por los instrumentos ordinarios y haciéndose necesario que el legislador intervenga al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada a la situación singular; y a todo ello hay que añadir la deficiente forma (según se destaca en el correspondiente voto particular) de implementar la tutela judicial frente a la ley singular mediante el ruego al juez de la cuestión de constitucionalidad o, agotada la vía judicial, un —inexistente— recurso de amparo ante leyes. En estas circunstancias, más parece, como se ha dicho, una prueba de la dificultad de existencia de la ley singular que la de su admisión. Y todo ello sin tener en cuenta los datos extrajurídicos del contexto en el que la sentencia se produjo, difícilmente repetible, es decir, en condiciones excepcionalmente favorables para una recepción más rotunda de la categoría.

En lo que se refiere a la doctrina, salvo alguna excepción, el debate sobre la generalidad es notablemente reducido, con la peculiaridad, además, de que cuando se plantea la cuestión se hace indirectamente. Como se sabe, un amplio sector de la doctrina española, insatisfecho con el concepto formal de ley (entre otras razones por entender que no explica aspectos como la Reserva —a la que además puede dejar sin contenido a través de habilitaciones puramente formales— o la división de funciones del Estado, o que han quebrado los supuestos de jerarquía, valor de ley, fuerza de ley) y ante la existencia de una multiplicidad de tipos de leyes, se plantea la necesidad de “construir” un concepto de ley. Y es en esta búsqueda, al hacer el análisis de los elementos o criterios sobre los que reconstruir el concepto de ley, cuando aparece en su mayoría y con esa finalidad funcional la reflexión sobre la generalidad. De todas formas podrían matizarse las distintas posiciones de acuerdo con la terminología antes utilizada: técnico-jurídicas y jurídico-políticas. Entre las primeras cabe incluir las siguientes:

- La que señala que aunque la Constitución no imponga una estructura a la ley, es indudable que en gran número de casos las remisiones a la ley son a la ley general (derechos fundamentales, capacidad de las personas, regulación de colectivos, etcétera) a lo que se añade que las previsiones constitucionales de ley singular o son de caso único —lo que no es lo mismo— o responden a exigencias formales del Estado de derecho, y las previsiones de ley singular en leyes ordinarias son más bien especificaciones o ejecuciones de ley general, y cuyo desconocimiento podría viciarlas. Lo que no obsta para que se afirme que la generalidad es un carácter natural aunque no esencial del Estado de derecho.³⁹⁸
- Se defiende que la ley, además de formal, debe ser material en el sentido de general, *con* base fundamentalmente *en* la estructura y lógica del Estado de derecho.³⁹⁹ Se parte del principio de legalidad, del que se afirma que funciona no sólo en las materias reservadas porque también en las no reservadas ha de ser la ley la que regule en lo esencial los derechos y obligaciones de los ciudadanos. Pero a diferencia de lo que ocurre en el caso de las materias reservadas, el contenido mínimo de esta regulación no puede deducirse directamente de la Constitución y sólo cabe determinarlo por referencia a la estructura de la ley, es decir, de un concepto material de ley. Porque dilucidar si un enunciado o conjunto de enunciados de forma legal merece el nombre de “regulación” sería una tarea sin sentido si cualquiera, fuera cualquiera su contenido, se aceptara como tal o si no se entendiera que es (la regulación) no una simple “forma” sino una “materia”. Por eso se afirma que —en ese ámbito— no basta la forma de ley, que no es ley una estructura singular. Y es que si la separación de poderes conduce a la ley formal, la de funciones lo hace a la ley material general. Aunque se plantea la posible incompatibilidad de esta concepción tanto con la soberanía del órgano legislativo como con las exigencias del Estado social,

³⁹⁸ Santamaría, J. A., *Fundamentos de derecho administrativo*, I, Madrid, Centro Ramón Areces, 1991.

³⁹⁹ Rubio, F., “El principio de legalidad”, *REDC*, núm. 39. Señala ciertamente el objetivo garantista por lo que podría incluirse en la otra tendencia, pero parece predominar cierto constructivismo, aparte de que la diferenciación de tendencias tiene únicamente carácter expositivo.

del que se dice que no puede ser justificación ni medio para destruir el Estado de derecho.

—A partir de la división de poderes se articula un argumento que con algunas variantes utilizara ya Carl Schmitt. Se indica, en efecto, la existencia de una “reserva de jurisdicción” en virtud de la cual la generalidad de la ley sería un requisito previo exigido para la existencia de la jurisdicción, para que sea posible la independencia judicial y para su actuación como tal en cuanto aplicación de la ley al caso concreto, pues si la ley no es general, si es singular, se introduce en el ámbito de la jurisdicción.⁴⁰⁰

Entre las que, convencionalmente, se denominaban argumentaciones jurídico-políticas, deben situarse las que colocan en un primer plano la consideración de que el Estado de derecho que la Constitución establece no es un Estado formal sino un Estado material de derecho.⁴⁰¹ A partir de aquí se indica que el principio de legalidad no puede entenderse de manera exclusivamente formal, sino material, con referencia a los valores. De ahí no se deduce necesariamente el carácter material de la ley, pero tampoco que ese carácter no tenga repercusiones, por lo que se termina considerando a la ley como “mecanismo de resolución de cuestiones que afectan a todos los ciudadanos, fijando cuál sea el interés general en cada sector concreto, tendiendo a ser ordenación y no simples medidas concretas o coyunturales”.⁴⁰² La idea, pues, de generalidad, no está ausente.

D. *Garantismo social y generalidad de la ley en la crisis del Estado social*

A todo lo expuesto cabe añadir algunas consideraciones. Por de pronto una de carácter previo que en gran medida justifica la posición que aquí se mantiene y condiciona a todas las demás.

Se dijo con anterioridad que las transformaciones que habían determinado los cambios en el Estado liberal de derecho procedían de la apa-

⁴⁰⁰ Muñoz Machado, S., *cit.*

⁴⁰¹ García de Enterría, G., “Principio de legalidad, Estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, *REDC*, 10.

⁴⁰² Díez Picazo, L. M., *Concepto de ley y tipos de ley, en el Parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid, Tecnos, 1990.

rición del Estado social que demandaba las intervenciones del Estado (que a su vez se justificaban porque se hacían para conseguir el bienestar general) y de la consideración normativa de las Constituciones que asumían los valores que antes incorporaba la ley general y hasta se deducía que la realización de esos valores —como la igualdad— demandaba la singularidad de la ley.

Lo que ha ocurrido, sin embargo, es bien distinto. Ya durante la etapa del Estado social comenzó a apreciarse que el “pacto” en que ese Estado consistía se desequilibraba en favor de una de las partes, pero sobre todo a partir de su crisis se ha revelado con claridad la perversión de aquellos supuestos. Se ha demostrado que las intervenciones del Estado en el orden socioeconómico no se han guiado siempre por el interés general sino por intereses bien concretos, de tal manera que la permisividad constitucional de la ley singular se ha manifestado más como un instrumento de los mismos que como una exigencia de la igualdad. El predominio en estos años de las llamadas “leyes microsectoriales”,⁴⁰³ con objetivos bien específicos, muestra hasta qué punto han sido el cauce del corporativismo propio de las sociedades contemporáneas al que, además, se ha terminado asociando al procedimiento legislativo a través de las distintas formas de “leyes negociadas”.⁴⁰⁴ Resulta así, que los mecanismos de intervención que se propugnaban con base en los objetivos del Estado social y los constitucionales que los recogían, no sólo no han servido para los objetivos propuestos sino que se han utilizado justamente para los contrarios, en un sentido que estrictamente puede denominarse de “alienación constitucional” y al que al principio se hacía alguna referencia.

Pero, a la vez, la situación de crisis recurrente que ha producido el deterioro del Estado social, se ha socializado hasta el punto de que puede hablarse de una creciente mayoría que comparte circunstancias y demandas, que ha homogeneizado fragmentaciones anteriores y que en cierta forma podría considerarse como el coherente soporte de “lo general”, a la manera como se entendió que la coherencia de la burguesía lo era en la fase del Estado liberal respecto de la ley así configurada.

403 Capo, J., *La legislación estatal en la España democrática*, CESC, 1990. En este excelente trabajo se muestra esta tendencia en todos los gobiernos y legislaturas que se analizan. Para el periodo 1977-1988 la proporción es: leyes generales de afectación ciudadana, 20%; sectoriales, 16%; microsectoriales o referidas a grupos concretos, 64%.

404 Maestro, G., “Negociación y participación en el proceso legislativo”, *Revista de Derecho Político*, núm. 32. Introduce muy rigurosamente esta cuestión en la doctrina española.

Si a ello se une que, como se deduce de lo anterior, la generalidad de la ley es un obstáculo a las intervenciones corporativas, una de las formas más acusadas en que, en la actualidad de los sistemas económicos capitalistas, la *legalité tue*, puede concluirse que la ley general recobra un carácter garantista en un sentido distinto al individualista del Estado liberal (que no obstante se mantiene en cuanto compatible) y al que podría llamarse “garantismo social”. De esta forma no sólo desaparece la contradicción Estado social y Estado de derecho, como se viene sosteniendo desde Forsthoff y que estaba presente en alguna de las posturas de la teorización española antes citadas, sino que precisamente la realización de los objetivos del Estado social se adecúa a y aun potencia las formas propias del Estado de derecho. Ello implicaría una modificación de la categorización jurídica que debería incluir una relativización de la subjetividad y un fortalecimiento de la objetividad jurídicas, lo que por otra parte se considera propio de un derecho público más desarrollado y menos dependiente del derecho privado. Y en ningún caso parece que una recuperación de la generalidad sea incompatible con el constitucionalismo actual, aunque habría que indicar que si bien se afirma (y Carré insiste en ello) que todo concepto de ley debe partir del derecho constitucional positivo, lo cierto es que la construcción del concepto de ley formal (por el propio Carré) y el de ley material, son más producto de una elaboración teórica que de una clara base positiva.

Aparte de que —hay que recordar de nuevo la cita anterior de Duguit— ante las determinaciones constitucionales le debe caber al jurista una actitud más digna que la de simple aceptación como es la de calificarlas o interpretarlas.

En todo caso, y se ha señalado en alguna de las argumentaciones doctrinales expuestas, si bien (la generalidad como carácter de la ley) no se deduce necesariamente de la Constitución española, tampoco parece incompatible con ella; incluso podría irse más allá advirtiendo que en algún supuesto se presupone. Tal ocurre en la, por otra parte, importante cuestión constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en la que se utiliza el criterio de legislación y ejecución, respectivamente, y en la misma materia, lo que evidentemente remite a la generalidad y concreción correspondientes. Y a conclusiones semejantes se llega —como se ha indicado antes— desde la consideración del principio de legalidad (entendido de manera distinta al

formal positivista) y de la división de funciones con especial proyección a una jurisdicción cada vez más “constitucional” o abierta a sus valores, lo que no deja por otra parte de presentar otros problemas sobre su objetivación o racionalidad.⁴⁰⁵

Asimismo, las dificultades más frecuentemente repetidas como las de las exigencias de la soberanía o de la igualdad, tampoco deben impedir que se tome en cuenta. La soberanía, en efecto, puede entenderse⁴⁰⁶ que no existe en el Estado constitucional, al que le es propia la limitación de todo poder, y, en todo caso, cabe señalar que no se trata tanto de limitar a un órgano como de que efectivamente su actuación se refiera al cumplimiento de la función asignada constitucionalmente, órgano que, por otra parte, mantiene y aun acentúa hoy su carácter de representación general,⁴⁰⁷ con lo que tiene más vocación de actuación general que singular, argumento que precisamente se ha utilizado como justificador de la crisis de los parlamentos. Sobre la igualdad, ya se vio antes incluso en la sentencia del Tribunal Constitucional que con base en ella admitía la posibilidad de la ley singular, la auténtica excepcionalidad con la que se recogía; hay, además, que seguir insistiendo en que precisamente la igualdad en cuanto consagrada constitucionalmente es más un argumento que presiona hacia la generalidad, y ése fue uno de los fundamentos en los que Carl Schmitt defendió la generalidad de la ley en la Constitución de Weimar; y cabe asimismo recordar la respuesta de otro clásico —Duguit—: cuando la Constitución parece que determina la ley singular lo que hace en realidad es designar al órgano (Legislativo) competente para que realice a través del procedimiento (parlamentario) correspondiente un determinado acto que no necesariamente es una ley; aparte de que una posibilidad de naturaleza tan restrictiva que pueda entenderse como determinación constitucional prevista con carácter excepcional, no afecta de manera decisiva a una construcción dogmática de la generalidad. Y, por otra parte, debe tenerse en cuenta que la igualdad de la que se habla en esos supuestos es una igualdad de corte individualista, desde la perspectiva de cada sujeto (la del artículo 14), pero existe otra a la

405 Saavedra López, M., “La legitimación judicial”, *Jueces para la Democracia*, 18, 1/1993.

406 Kriele, M., *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980.

407 P. de Vega lo expone brillantemente en “Significado constitucional de la representación política”, *REP*, núm. 43; asimismo, es un magnífico trabajo sobre el tema J. Portero, *Representación política y principio democrático*, México, UNAM, 1993.

que aquí se alude, y que se relaciona más con aspectos objetivos, que incluye una perspectiva social, de seguridad general comunitaria, referida a lo que antes se denominaba garantismo social (el cual forma parte del artículo 1°).

Tampoco parece que las ventajas funcionales que a veces se han esgrimido para justificar su desconocimiento deban prevalecer. De un lado, “la inoperancia de los parlamentos” no tiene por qué ser tal, pues lo importante es el control de la decisión y aun de la ejecución, aunque no la ejecución misma. Y de otro, la utilidad de la ley singular en cuanto vincula eficacia y legitimidad es justamente lo que se trata de evitar: que se utilice el Parlamento para revestir de legitimidad decisiones interesadas.

Naturalmente que propuestas de este tipo implican acciones transformadoras. Y no se ignora que las circunstancias no permiten albergar demasiadas esperanzas. No sólo desde perspectivas socioeconómicas sino culturales. El posmodernismo, el pensamiento débil, la crisis de los planteamientos globales, la apuesta por lo fragmentario, lo cambiante y circunstancial como supuesto de la modernidad con su crítica general a la racionalidad, son lo contrario de una concepción de la ley como razón que ordena y organiza y que avalada por una “voluntad general” tenía pretensiones de permanencia.⁴⁰⁸

En todo caso, aunque sea instalados en esa cultura, como objetivo parcial parece posible ampliar progresivamente los ámbitos de la generalidad de la ley (prácticamente ya está admitida sin excepción en el de los derechos fundamentales) con la conciencia de que este objetivo se inscribe también en la defensa de lo público —aunque su relación con lo general no sea inmediata— frente a lo privado. Asimismo, junto con otros principios o criterios (como el de competencia y el de la “importancia del asunto”, que, derivado quizá de la teoría de la esencialidad alemana y pese a su vaguedad, se encuentra notablemente extendido en la doctrina) puede abrir el camino a otro objetivo más estrictamente técnico aunque no alejado de los que en este trabajo se contemplan, como es el concepto unitario de ley.

Porque si bien la argumentación anterior puede considerarse, por continuar con la terminología utilizada, más próxima a la de tipo jurídico-

408 Terre, F., “La crise de la loi”, *Archives de Philosophie du Droit*, t. 25, 1980.

político, no puede separarse de otras consideraciones más próximas a las de tipo técnico-jurídico ligadas a la estructura del Estado de derecho. En este sentido, además de compartir algunas de las señaladas por la doctrina antes expuesta, pueden añadirse las dos siguientes:

1. La que se refiere a las implicaciones de la correlación entre Estado y derecho como máxima expresión de la institucionalización del poder. El derecho se basa preferentemente en la voluntad del Estado, pero el Estado se basa en la estructura del derecho. Históricamente, el proceso de estatificación del poder es simultáneo al del protagonismo de la ley como fuente del derecho. Pero conceptualmente —se afirma—⁴⁰⁹ se mantiene la interrelación, porque lo que hace a la ley superior a las demás fuentes es la generalidad y abstracción que procede ciertamente de la autoridad del Estado, pero, a su vez, es la generalidad y abstracción de la ley la que atribuye al Estado su cualidad de instancia impersonal y objetiva en el ejercicio del poder. Y esto no se traduce solamente en la relación generalidad de la ley-legitimación del Estado, sino en que sólo la ley general cumple ese requisito y carácter que hace de la ley una categoría central del derecho constitucional: la de vincular “lo político” y “lo jurídico”, democracia y Estado de derecho.

2. La que se refiere a la configuración de ese Estado de derecho en las Constituciones modernas, desde una perspectiva formal, con base en un principio de legalidad entendido como la subordinación de todo poder público —Legislativo, Judicial y administrativo— a leyes generales y abstractas cuya observancia se controla por instancias independientes.⁴¹⁰

Discursos de esta clase ponen de manifiesto que las demandas que pretenden la generalidad como mecanismo de garantismo social, se alían con una adecuada reformulación del Estado de derecho, pueden ayudar a corregir patologías y sobre todo muestran algo que en el ámbito del derecho constitucional actual —conforme a los supuestos con los que comenzábamos este trabajo— es cada vez más insoslayable: la inseparabilidad e incluso la unidad de forma y materia, de los aspectos formales y materiales; y de que ambos (bien próximos por otra parte a los que se

409 Amato, S., en *Stato di Diritto e trasformazione della politica*, Torino, 1992.

410 Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 1995.

han venido denominando como técnico-jurídico y jurídico-político) deben estar presentes en un concepto unitario de ley.

7. *Transformaciones actuales del Estado y del derecho: perspectivas teóricas*⁴¹¹

Aunque se trata de ideas sobradamente conocidas, es necesario mencionarlas aquí para hacer una mínima acotación previa. Y es que no se desconoce la relativización del Estado al orden internacional y, en concreto, en Europa, al comunitario, en el ámbito jurídico (la prevalencia del derecho comunitario sobre el estatal y la compleja y difícil articulación de ambos); político (la transferencia de competencias o cesión de soberanía); y económico (la determinación de políticas y centralización de decisiones fuera de los órganos del Estado); a lo que deben añadirse otras dos consideraciones referidas al sistema europeo: la relativización del Estado a los entes subestatales en virtud del progresivo entendimiento del principio de subsidiariedad como mecanismo descentralizador y, la de que la forma de Estado, que parece difuminarse como Estado nacional, reaparece en el orden europeo; así, la Unión Europea comienza a ser analizada como una prefiguración de un nuevo Estado: un orden constitucional como sistema de principios y derechos, una división de poderes, un ordenamiento jurídico con un sistema de fuentes a la manera estatal y, simultáneamente, la configuración de una ciudadanía que *a contrario sensu* parece demandar un Estado.

Pues bien, pese a todo lo anterior y sin desconocerlo e incluso entendiendo que todos estos elementos deben formar ya, inexcusablemente, parte de una teoría del Estado, cualquiera que sea la perspectiva desde la que ésta se aborde, hay que decir que en la exposición que sigue se va a primar el punto de vista interno, el papel y función del Estado y su teorización en el interior de las formaciones sociales del capitalismo desarrollado.

I

Pese a que buena parte de la doctrina constitucional no levante acta de ella, el Estado sigue ahí, nada hace pensar que va a dejar de seguir

411 Ponencia presentada al congreso sobre “El constitucionalismo en la crisis del Estado social” (Oñati, 27, 28 y 29 de marzo de 1996), en el área temática *Transformaciones del Estado y derecho constitucional europeo*, y publicada en las *Actas* del mismo.

estando y continúa, en forma cada vez más problemática, manifestando su existencia como —pease a todo— “Estado constitucional”.

La complejidad de esta temática por la multiplicidad de elementos que incluye y la pluralidad de aspectos que implica en una situación como la actual, plantea la exigencia contradictoria de una clarificación cuando precisamente se hace más difícil.

Para intentarlo se propone a continuación una triple agrupación de las actitudes o perspectivas que parecen tener más interés hoy en la reflexión jurídico-política centrada en el Estado.

En primer término cabe hablar de actitudes o perspectivas no marxistas. Debe añadirse inmediatamente que no se trata de hacer una referencia genérica que a modo de cajón de sastre sirva para reunir a posiciones residualmente “almacenadas”. Por el contrario, la calificación de “no marxista” hace referencia a características estrictamente técnicas, a lo que se añade, además, la coincidencia en otros elementos comunes.

Metodológica y epistemológicamente se trata de posturas teóricas que coinciden en estos dos elementos específicamente no marxistas: de un lado, porque tienen más de propuesta que de análisis y, en consecuencia, poseen un escaso valor explicativo; y de otro, porque sus propuestas y planteamientos son de carácter parcial, eludiendo siempre la globalidad aneja a la consideración de las formaciones sociales según la metodología del modo de producción y, por tanto, como totalidades complejas.

Pero, además, como antes se decía, participan de otros elementos comunes culturales o ideológicos y estructurales.

Culturalmente puede afirmarse que forman parte de lo que con alguna ambigüedad se ha llamado el pensamiento posmoderno. En lo que aquí interesa incluimos en él estos tres caracteres: el primero es su carga antiutópica, al tratarse de un pensamiento que cabe definir como antiutópico con fuertes dosis de ahistoricismo por el entendimiento de que la realidad ha consumido su tiempo, que ya no existe en el tiempo en cuanto cambio, ante lo que desaparecen los objetivos que agrupaban, las empresas colectivas que pudieran pretender aquel cambio y “hay que volver a casa”, al ámbito doméstico, al ámbito de lo privado, resolver cada uno sus problemas como nostálgicamente expresa el título del disco de Bob Dylan (*Bringing it all back home*) al que a veces se ha citado como emblema de los nuevos tiempos; debe añadirse que el pensamiento antiutópico nace y se ejerce en un sentido beligerante, en cuanto —ya desde

Popper— es fundamentalmente un pensamiento “antimarxista”, en lo que el marxismo tiene de análisis, denuncia, método y aspiración final hacia una sociedad “utópica”.

El segundo, es aparecer como una manifestación de crisis del pensamiento que se vincula a la trayectoria del pensamiento ilustrado, en cuanto pensamiento racional y racionalizador, es decir, basado tanto en la racionalidad de lo real como en su comprensión racional y, en consecuencia, en la seguridad en unas propuestas racionales en las que, además, se potencia lo objetivo frente a lo subjetivo.

El tercero es, en clara relación de consecuencia con los anteriores, el que se ha llamado la “debilidad” de este tipo de pensamiento o su rechazo a la posibilidad de los planteamientos “comprensivos”, y, por tanto, su exclusiva disponibilidad para la consideración de la parte y la elusión del todo y una enfatización de lo subjetivo frente a lo objetivo.

A partir de aquí, en todas estas propuestas está la idea —antes advertida— de que no caben alternativas globales a la realidad existente, y que, por consiguiente, sólo caben las que contemplen aspectos muy concretos de esa realidad que, como tal realidad total, es inamovible.

Tras estos presupuestos culturales e ideológicos se encuentra un elemento estructural común sobre el que se fundan y a partir del cual se explican: la desaparición de la contradicción básica capital-trabajo, del conflicto de clase como conflicto central de las sociedades actuales y, en consecuencia, la desaparición de la posibilidad de articular en torno a él un movimiento unitario que permitiera en un proceso o circunstancia dados, la aparición de un momento “nuevo”, “fundante”, constituyente, que diera lugar frontal y globalmente a una alternativa distinta a la existente. La negación de este hecho implica que las posturas de referencia compartan también, en el sentido en el que aquí se utiliza, la “negación de lo social” (la dinámica y función de clase).

Es, no obstante, ante esa negación de lo “social”, cuando surgen, básicamente, dos posturas diferenciadas como respuesta:

Para una determinada perspectiva la respuesta supone un ataque directo al Estado. Se abre un proceso al Estado, al que se termina condenando inapelablemente. Son múltiples los cargos de los que se le acusa: no ha respondido a la realización de la idea, ni a la encarnación de la ética, ni a la representación de lo universal, ni a la configuración de lo objetivo, ni ha actuado como supuesto determinante de lo singular, ni,

en orden a todo ello, ha devenido en el ser que “cumple lo que sabe precisamente porque lo sabe” según el conocido parágrafo de la *Filosofía del derecho* de Hegel. En gran parte de las desgracias de la humanidad en su fase contemporánea, se encuentran las huellas del culpable. Con el muro de Berlín cae también el telón del último acto de un drama que tiene al Estado como protagonista. Es, asimismo, el fin de una peculiar historia del pensamiento científico: de la precedencia del todo en la explicación de la parte, que, en el orden jurídico político, suponía la de lo general-social (estatal) sobre lo particular-individual. De ahí que la sociedad civil —que se entiende que en adelante debe tomar el relevo del Estado— se afirme como un conjunto de individualidades formalmente autónomas, al menos una tendencia (Hayek, Nozik), y, en todo caso, como multitud de grupos de referencia de un nivel suficientemente reducido para que no se perciban con fuerza las diferencias entre sus componentes y sí en cambio los esfuerzos en pro de la equidad (Rowls); se desarrolla seguidamente una cuidada argumentación que permite diluir de manera aceptablemente lógica los postulados valorativos en utilitarios, la ética o la igualdad en eficiencia y funcionalidad, con base en un tipo de pensamiento con una matriz de raíz predominantemente economicista (aunque sólo se haga absolutamente explícita en alguna de sus tendencias como la de la “elección pública”).

A partir de aquí se diferencian una serie de posturas que van desde la defensa de un Estado puramente operativo que hace de su carácter regulador y de la dimensión del sector público una estricta función del mercado (y que conduce a la aparente paradoja de rechazar el Estado máximo como Estado débil y propugnar un Estado mínimo como Estado fuerte para la adecuada acción de gobierno) a la llamada “activista” (Ackerman) que propugna las intervenciones necesarias para corregir los efectos de la inexistencia de una competencia perfecta (en materia de medio ambiente, consumo, vejez o salud), un cierto sentido de la justicia distributiva (cuestionar que los triunfadores en el mercado transmitan hereditariamente la situación de superioridad en el mismo) y una igualdad política (que no traduzca la desigualdad ante el mercado).

En el orden del derecho esta actitud en su conjunto se traduce en una defensa radical del individualismo en materia de derechos fundamentales como exigencia insoslayable de la libertad, con base en cuya legitimidad se traslada este “humanismo” al ámbito de la economía, de la producción

y distribución, convirtiendo la defensa del individuo en la defensa del sistema socioeconómico. Y en el ámbito más estrictamente constitucional, se corresponde con un entendimiento de la Constitución en el sentido más literal y concreto posible (especialmente visible en Estados Unidos) tratando de evitar su expansión y de conseguir reducirla a “sus orígenes” (*original intent*).

Para la otra perspectiva —que a diferencia de la anterior pretende situarse en un plano reformista— se parte inicialmente de la ineptitud y obsolescencia del Estado como instrumento para resolver los problemas de las sociedades actuales. Por esa razón se proponen mecanismos nuevos: nuevos espacios para la acción política (formados por unidades territoriales y administrativas relativamente reducidas en las que se fijen pequeñas comunidades a las que se trata de autogestionar de manera fuertemente participativa), nuevos protagonistas (como los nuevos movimientos sociales, organizaciones no gubernamentales, etcétera) y nuevos objetivos y métodos (plataformas de movilización para objetivos concretos), procurando, además, que cada individuo sea multipartícipe y conecte con diversos “nudos” intercomunicativos en esa estructura reticular que —se afirma— caracteriza a esas sociedades. Se trata, así, de establecer fórmulas autogestionarias que desarrollen procesos instituyentes y transformadores integrados en otros democráticos y progresivamente “reflexivos” en el sentido de que pongan en interconexión a cada vez un mayor número de grupos sociales. Todo ello con vistas a la consecución de dos objetivos clave: la disminución de la “demanda de Estado”, de un lado, y el desarrollo de formas de solidaridad, de otro. Se trataría, así, de buscar un tercer sistema entre Estado y mercado, es decir, un nuevo sujeto emergente.

No obstante, y pese a las diferencias entre ambas perspectivas, vuelven a surgir elementos comunes a partir de las posiciones críticas que aparecen en el interior de cada una de ellas, con base en las cuales se producen, contradictoriamente, en ambos campos, el reencuentro con el Estado.

Dentro de la primera cabe situar la posición crítica llamada “comunitaria”; aunque comprende tendencias distintas desde la variante “populista” a la “pragmática” (que funda la vinculación comunitaria en los derechos de los miembros de una sociedad), de manera general sostiene que los procesos de individualización, homologación y fragmentación

social (que se entienden como aspectos del mismo problema) han dado lugar en las sociedades posindustriales a una ruptura de los vínculos de inserción del individuo en sus comunidades tradicionales, produciendo el desarraigo, la falta de identificación y de referencias colectivas. Desde una postura anticontractualista se rechaza el “cuento de hadas” (Etzioni) del contrato social como hipótesis explicativa basada en que “en el principio era el individuo” cuando lo cierto es que “en el principio” era la comunidad, y a cuya situación hay que volver. Es necesario, para ello la generación de una moral comunitaria que “sitúe” socialmente al hombre y le devuelva sus señas de identidad. Y esto no lo puede hacer el mercado. No hay una moral resultado del *laissez faire*. A diferencia de lo que ocurre en el orden económico no cabe confiar en los efectos que produzca una “mano invisible”. De ahí que esta función de rearme moral deba corresponder básicamente al Estado: la construcción del sujeto “ético”. No sin ironía podría señalarse la opción por la “vía capitalista del mercado” en el orden económico y la opción por la “vía socialista de la planificación estatal” en el orden moral. Ese rearme con base en los valores tradicionales (patriotismo, familia, orden, pureza de costumbres), las políticas desarrolladas durante las presidencias de Reagan o Bush, lo tuvieron bien presente.

Dentro de la segunda, debe indicarse que la crítica a la propuesta que conllevan aquellas “democracias participativas”, se hace porque implican un riesgo innecesario e inasumible: la ruptura de la idea del “interés general”, del carácter “universal” de la representación que lo incorporaba, y, en definitiva, la ruptura del Estado, lugar de ese interés general y garantía en último término de lo público frente a lo privado. De ahí que se critique la búsqueda de aquellos nuevos escenarios “especiales” para la acción política y el objetivo de la disminución de la demanda de Estado como peligros de ruptura de esa última defensa de lo colectivo que de manera necesaria sólo corresponde al Estado.

Resulta, pues, que en ambas críticas, vuelve a surgir el Estado. Y, además, como sujeto que viene configurado a partir de dos notas; es, por una parte, una entidad determinante de y no determinada por “lo social”, y, de otra, es una instancia ética en cuanto se le encomienda, en el primer caso, el rearme moral comunitario, y, en el segundo, la defensa del interés general. Por consiguiente, en ambas late un fuerte componente idealista y un idealismo de filiación hegeliana. De nuevo,

pues, el pensamiento de Hegel cumple su destino histórico de alimentar versiones históricas y culturales distintas.

II

La segunda perspectiva se enraiza en la tradición marxista, y, en consecuencia, y en contraste con lo que se decía en el supuesto anterior, se integran en ella posturas teóricas que, metodológica y epistemológica-mente, tienen más de análisis que de propuesta, a la vez que incluyen una vocación de globalidad en sus planteamientos.

Se considera a las sociedades modernas y a la modernización, como la apoteosis funcionalista (Galimbaski, Barcellona). El sometimiento de toda diversidad y aun de la libertad para la diversidad, a una neutralización técnica. El racionalismo tecnológico se impone en una concepción del mundo como orden, como interrelación objetivada y formal entre elementos (no entre sujetos). Por tanto, es el triunfo de los procedimientos, de las regulaciones procedimentales como exigencia técnica de mecanismos integrados.

Desde estos supuestos la base de partida del análisis la constituye la utilización de la aportación marxista de la idea de “subsunción”. Se entiende así que el capitalismo pasa por dos fases en la relación capital-trabajo: la de la subsunción formal y la de subsunción real.

En la fase de “subsunción formal”, “el capital toma al trabajo como lo encuentra”, tal como ha resultado de los modos de producción anteriores, y lo utiliza y somete “desde fuera”, manteniéndose ambos como elementos distintos y separados. Debo añadir, por mi parte, que la formalización constitucional de esta situación no se produce hasta la constitucionalización del Estado social. Es entonces cuando, junto al capital, existente único en el constitucionalismo liberal, aparece el trabajo. Por vez primera el conflicto básico del capitalismo se constitucionaliza y se hace más patente el significado profundo de la Constitución: articular y garantizar la coexistencia de la contradicción capital-trabajo.

La fase de la “subsunción real” del trabajo en el capital se produce y consolida a partir del desarrollo específico que experimentan las fuerzas productivas. Porque, a consecuencia de la revolución tecnológica, el trabajo inmediatamente productivo empieza a ser desplazado del lugar central que ocupaba en la organización capitalista de la sociedad. De manera progresiva se altera la naturaleza del trabajo que empieza a ser cada vez

más trabajo intelectual, abstracto e inmaterial y adopta formas progresivamente móviles y polivalentes. Pero, además, deja de ser un trabajo puramente individualizado, comprado de manera individualizada por el capitalista, para configurarse como un trabajo conexo socialmente. No se trata tanto de individuos sino de comunidades socialmente productivas. De ahí que la lógica y el sentido de la fábrica como lugar acotado de la producción, pierda ese carácter limitado y se extienda a la sociedad que pasa a ser una “sociedad-fábrica”. La sociedad en su conjunto está sometida a las exigencias de producción del capital, y se configura como una sociedad de trabajo “conexo socialmente”; porque las nuevas condiciones y formas de la producción junto a la nueva composición de la fuerza de trabajo, han hecho aparecer al “trabajador social”, es decir, un sujeto colectivo “formado por el entretejido, por las conexiones necesarias de actividades materiales e inmateriales vinculadas por redes sociales y productivas de cooperación laboral altamente desarrolladas”.

En estas circunstancias comienza a adquirir nuevas formas uno de los elementos básicos y connaturales del capitalismo: la opacidad, el secreto. Desde sus inicios, el capitalismo se construye sobre el secreto, a diferencia de los modos de producción anteriores que se montaban y reproducían sobre la “claridad”. Ocurría que tanto el modo de producción esclavista como el feudal, justamente tenían como elemento dominante del que dependía su permanencia, la esclavitud en un caso y la servidumbre en otro, es decir, relaciones ideológicas en las que se basaba (en su imposición y percepción evidentes) la desigualdad de las relaciones de producción según la conocida forma de actuar de la ideología en el precapitalismo. Cuando aparece el capitalismo, por el contrario, la desigualdad necesaria existente en las relaciones de producción se oscurece y aparece como “igualdad necesaria” entre sujetos de derecho, según consagrará el formalismo y universalismo jurídicos. El intercambio de mercancías completará el proceso: el “fetichismo de la mercancía” permite aparecer como intercambios equivalentes de cosas “lo que es un intercambio desigual entre personas”. Y cuando llega la fase actual de la subsunción real, la opacidad y el secreto del capitalismo alcanzan un nivel nuevo. Porque con base en las transformaciones antes señaladas que se han producido en el trabajo debido a los cambios tecnológicos, “parece” que la producción deriva directamente del capital (de la tecnología) y que, por consiguiente, el trabajo “ha desaparecido”, se ha

“subsumido” en el capital. La manipulación prestidigitadora del capitalismo obtiene su máxima perfección: se oculta la existencia del trabajo que “parece” no ser ya necesario, no existir, y que el capital ha terminado realizando su sueño (Negri) de conseguir una existencia independiente, de apartarse definitivamente de ese inseparable e inquietante compañero. El sistema capitalista aparece como una máquina dotada de movimiento propio que se autorregula de manera independiente.

Estas profundas transformaciones estructurales se terminan manifestando en el orden jurídico-político. Porque a la subsunción del trabajo por el capital, corresponde la subsunción de la sociedad por el Estado. Y ello porque la sociedad, entendida como espacio en donde tiene lugar el conflicto, “desaparece” en la medida en que “desaparece” el conflicto al “subsumirse” el trabajo en el capital.

En estas condiciones, cada “apariencia”, cada ocultamiento, cada secreto, exige otro. La “desaparición” de la sociedad civil como lugar del conflicto implica la desaparición de la política como su espacio de mediación y, por tanto, de los partidos, de los sindicatos, de las instituciones representativas como medios de esa política, como mediadores de aquel conflicto ya inexistente; en consecuencia, es necesario que el Estado construya la “apariencia” de la política. El Estado, mediáticamente, construye la política como realidad virtual: desaparece la mediación real de una sociedad en conflicto que “ya no existe”, y por eso también la representación real de la misma.

De ahí que la representación de esa sociedad “inexistente” sea necesariamente artificial, “producida” a partir de una base social, “electoral”, también “producida”. De ahí también la subsunción asimismo del Parlamento en el Estado, en el aparato del Estado, en el Ejecutivo, e, igualmente, del Judicial, pues en este sistema complejo de circuitos interregulados y sincrónicos todo desajuste debe ser corregido, y los elementos discrepantes o se reducen a la armonía general o se sustituyen. La situación del Parlamento (que desde otra perspectiva se inscribe en la llamada crisis de los parlamentos y específicamente crisis de la representación) es un hecho tan aceptado que prácticamente se toma como un elemento más de la realidad constitucional subsiguiente al “Estado de partidos”; pero la del Poder Judicial, si bien de estallido más reciente, presenta caracteres no menos agudos, aunque dada su peculiaridad, los mecanismos para su reducción al orden sistémico son menos susceptibles de

justificarse constitucionalmente, lo que no obsta para que —junto a los ocultos y diversos de carácter informal— se potencien otros de manera explícita, especialmente los que se conectan también con el Estado de partidos (configuración de tribunales superiores y órganos de gobierno).

Asimismo, en relación con lo anterior, el derecho necesita ante todo responder a una exigencia primera: servir de regla de juego, de norma de funcionamiento, por lo que tiene que configurarse básicamente como un derecho-procedimiento, forma y no contenido, como corresponde también a un derecho que sólo regula interrelaciones y funciones. Y, naturalmente, un derecho así concebido implica una disponibilidad absoluta para “utilizarlo” instrumentalmente por ese “Estado-máquina”.

Ahora bien, un sistema jurídico y político, un derecho y un Estado que no medien los conflictos, necesitan disponer del adecuado dispositivo represivo, porque los conflictos se eluden pero ciertamente existen. Lo que ocurre es que en relación con esa configuración de la sociedad entera como “comunidad socialmente productiva” y la correspondiente proyección del Estado al espacio de la sociedad civil, la represión tampoco se realiza —como en la fase anterior— mediante instituciones concretas en las que se concentraba, sino que se expande en multitud de “redes” que penetran capilarmente en los diferentes ámbitos adquiriendo formas microsociales en cierto modo correlativos a lo que con anterioridad se había teorizado como “microfísica del poder” (Foucault).

Y junto al ingrediente represivo, de dominación, el mantenimiento de la hegemonía demanda otro de tipo ideológico. Lo que ocurre es que ya no se trata de sistemas de legitimación tradicional, sino de otros dirigidos a consolidar y amalgamar el entramado social: este sentido tienen las distintas formas de “rearme moral” antes aludidas, las distintas maneras con las que a veces se trata de utilizar los nacionalismos frente a supuestos enemigos, entre los que, además, comienzan a situarse otros cuyos perfiles se exageran y ante los que “la sociedad debe defenderse” desde la droga o el sida hasta el inmigrante o el desempleado cuya ideología destacábamos ya hace años.

En los análisis de este tipo, las posibilidades de transformación se perciben a través de dos vías diferentes:

1. La “revolución silenciosa”. Se entiende que el proceso productivo lleva consigo la interconexión necesaria entre colectivos cada vez más amplios y numerosos de trabajadores, que, de forma progresiva, deben

seguir una dinámica y unas pautas de funcionamiento determinadas por exigencias técnicas que sólo ellos conocen y que en cierta manera los independiza del capital, por lo que éste va perdiendo su función directora y se va transformando, tendencialmente, en un elemento exterior y parasitario a ese proceso productivo. Es éste —se dice en la optimista postura de Negri— un prerequisite básico para el advenimiento del comunismo como democracia radical. Pero también en esta actitud, el Estado es un enemigo a combatir, es el enemigo básico de este proceso transformador.

2. El sistema —se dice— sigue preso de una dialéctica que no ha desaparecido. Lo que han cambiado son sus términos. Ahora están constituidos, de una parte, por el aislamiento, la individualización y desconexión que se produce entre los individuos de este tipo de sociedades y, de otro, por las exigencias de establecer relaciones sociales y humanas que esos ciudadanos demandan. Y ésta es una contradicción insoluble en el interior del capitalismo, porque la expansión de la mercantilización de las relaciones (hasta llegar a invadir incluso las más íntimas o afectivas) está en su misma lógica, mientras es también irrenunciable la vocación humana de establecer relaciones sociales sobre bases de solidaridad. En esta contradicción sitúa la esperanza Barcellona. Y a resolverla —afirma— puede contribuir el Estado en cuanto puede ayudar —siguiendo a Ingrao— a construir este tipo de nuevas formas de comunicación humana.

Hay que señalar, finalmente, que si bien se han citado aquí a estos autores (Negri, Barcellona) como portadores de propuestas distintas, debe, sin embargo, indicarse que en sus análisis son en gran medida coincidentes y que ambos utilizan elementos de la teoría de los sistemas acentuando los aspectos cibernéticos y de autorregulación, precediendo en su aplicación explicativa respecto de esta materia Barcellona de quien los toma Negri en el que, sin embargo, alcanzan probablemente el máximo desarrollo y expresividad.

III

La tercera actitud o perspectiva, sin que se sitúe en un supuesto término medio imposible y que de antemano se rechaza, establece diferencias respecto de las dos anteriores: respecto de la primera, niega la hipótesis básica subyacente de carácter estructural en virtud de la cual

habría desaparecido el conflicto central capital-trabajo, lo que imposibilitaba la articulación de un movimiento unitario en torno a él; respecto de la segunda, no se acepta, con la radicalidad que se hace, la desaparición del trabajo “inmediatamente productivo”, y, en consecuencia, la “desaparición” de la sociedad civil, de manera que, aunque se consideran sus análisis extraordinariamente lúcidos y de algunos de ellos se participa y se contribuya a reelaborar, tal como se ha visto en la exposición anterior, se entiende que se trata más de una anticipación, de un “escenario”, posible pero todavía “prospectivo”, más que de una situación existente y generalizable.

Se parte, pues, de que, por el contrario, con transformaciones en su composición, subsiste la clase trabajadora, definida específicamente por la relación homologable que guardan sus integrantes con el proceso productivo; que, por consiguiente, se da todavía, siquiera sea con algunos caracteres distintos, el conflicto capital-trabajo, y que el Estado, en la forma requerida por las nuevas circunstancias, sigue mediando el conflicto, y, por tanto, desde estos supuestos, cabe afirmar que sigue siendo “Estado-social”; que el Estado social puede decirse que ha cambiado o se ha reestructurado, pero que, al menos todavía, no ha desaparecido, y todo ello en buena parte se comprueba por la permanencia de esa doble intervención que, a causa de la tensión capital-trabajo, producía la mediación típica del Estado social: la intervención del Estado en el orden social (o espacio del trabajo) y la intervención del Estado en el orden económico (o espacio del capital) que en estudios anteriores he venido analizando.

En lo que se refiere a la intervención del Estado en el orden social, es hoy una afirmación generalizada, empíricamente contrastada, que los gastos y prestaciones sociales se mantienen en un nivel y manifiestan una resistencia a descender del mismo, que se aleja notablemente de las previsiones que sobre el desmantelamiento y crisis del Estado social hacían los teóricos de los años ochenta. Pese a la ofensiva neoliberal contra el sector público, el efecto real —que sin duda se ha producido— ha sido limitado. La explicación es compleja. Probablemente debe incluir algún elemento subjetivo como la defensa desplegada por las clases medias y trabajadoras, pero, seguramente, va más allá en cuanto creo que puede decirse que los que inicialmente aparecieron como conquistas y derechos sociales se han integrado en el sistema político económico, de

tal manera que se han convertido en elementos objetivos necesarios y fundamentales del mismo. Y esto porque, como tantas veces ocurre con el capitalismo, les fue atribuyendo, en un proceso adaptativo relativamente corto, las funciones que demandaba la coyuntura: una legitimación muy acorde con la nueva situación, es decir, nada ideológica, pragmática, que es capaz de anular cualquier otra reivindicación ante una ventaja material inmediata, lo que en ciertos casos —y de forma acentuada en la Europa del sur— ha dado lugar a modelos de Estado social de carácter clientelar en el que las prestaciones se utilizaron como un eficaz clientelismo político; servir, de manera adecuada, a la fase en que termina el crecimiento económico propia de la etapa anterior, para proporcionar una fuerza de trabajo en las condiciones requeridas; utilizarse como mecanismo de disciplina social y del mercado laboral. De ahí que el gasto social empiece a percibirse tanto como precondition de eficiencia económica y de productividad como mecanismo de cohesión social o, en otros términos, como el sustento de la sociedad en su conjunto. Por eso se solicita (por los organismos internacionales como OCDE, ONU) y en cierta forma comienza a establecerse, la corresponsabilidad entre el sector público, instituciones del mercado y organizaciones de la sociedad civil. Y por eso también el Estado social se acomoda a las peculiaridades de cada formación, lo que proyecta sus consecuencias en el mercado único europeo: la competencia social desleal (disminuir los Estados el coste social del trabajo para aumentar la competitividad) y el llamado “turismo social” (movilidad del trabajador con el único objeto de beneficiarse de una protección social superior), lo que, a su vez, presiona en favor de una ciudadanía social que traduzca una convergencia social paralela a la económica.

No obstante, el hecho de que se mantenga no quiere decir que no haya cambiado esta intervención del Estado en el orden social. De un lado, porque aunque se constata su permanencia en un cierto nivel, lo cierto es que se ha reducido y, de otro, porque ha variado el sentido de esa intervención y protección social. Y si bien el primer aspecto deriva de causas estrictamente económicas que están en los orígenes de la denominada crisis del Estado social, el segundo se relaciona con las modificaciones experimentadas en la estructura social. Porque —como se ha señalado— (Castells) la estructura de este tipo de sociedades pasa a tener un perfil de “reloj de arena”: una capa de trabajadores altamente

cualificados con capacidad para cambiar de trabajo, una muy reducida de trabajadores medios sustituidos por la automoción y una amplísima de trabajadores de baja cualificación, desempleados, jubilados, que nutre a sectores cada vez mayores de marginalidad; y esta situación —con un notable desequilibrio entre cotizantes y beneficiarios que genera problemas de financiación y fracturas sociales de solidaridad— determina, por una parte, que si bien se mantiene la universalidad de la prestación, disminuya su intensidad, por lo que el primer sector acude a vías privadas produciendo un “dualismo” que se acentúa también en el sur de Europa; y, de otra, la exigencia de que esa intervención del Estado tenga un cierto carácter de “recomposición social” (integración educacional y formativa, reforma y reparto del trabajo, retraso en la jubilación, etcétera).

En lo que se refiere a la intervención del Estado en el orden económico, su actuación se desarrolla tanto en el ámbito interno como en el internacional.

En el ámbito interno influye en el proceso de acumulación tanto negativa como positivamente. Negativamente, atenuando o prescindiendo de algunas de las características básicas de la fase anterior, tales como la reducción de los salarios indirectos y diferidos para posibilitar el aumento directo de la tasa de explotación o trasladar al sector privado actividades del sector público que sean rentables y que adquieren especial trascendencia en momentos en que la caída de la tasa de beneficio ha liberado grandes volúmenes de capital que no encuentran dónde invertir (lo que explica la hipertrofia financiera y especulativa de los grandes flujos monetarios que ha permitido describir al mundo en términos de “gran casino”, en el que es posible “jugar” las veinticuatro horas del día).

Positivamente (además del mantenimiento actualizado de la prestación de los “prerrequisitos” necesarios para el funcionamiento del sistema económico y que éste no produce por estar fuera de la lógica del beneficio y de otros gastos como el de armamentos que a su importancia cuantitativa —en términos generales han aumentado— une la cualitativa por su retirada definitiva del mercado de capital constante) destacan las intervenciones en materia de salarios y de mercado laboral (aquí se muestra lo que en otros momentos se niega: la existencia de la clase trabajadora, ya que este aspecto se considera fundamental nada menos que para la recuperación económica en su conjunto, confesándose así la dependencia de la sociedad del trabajo) en los mercados financieros y monetarios (sin

que se considere un atentado a la libertad de mercado) en relación con el déficit y la inflación, en la toma de medidas tendentes al aumento de la productividad, en materia de cambio tecnológico y modernización del proceso productivo; y, en último término, en cuanto si bien el capitalismo y la acumulación capitalista exigen en esta fase una política económica de austeridad que obliga a una coincidencia en lo fundamental de las distintas propuestas partidistas, caben, no obstante, determinaciones distintas (prioridades, ritmos, etcétera), lo que implica una decisión de carácter político, es decir, estatal (Albarracín).

Pero, asimismo, los procesos de internacionalización y mundialización de la economía sitúan al Estado en una posición compleja. Por una parte, es factor necesario para desarrollar políticas que permitan la integración de las economías internas en el orden internacional, todo lo cual parece debilitar progresivamente su papel y función en beneficio de las organizaciones internacionales o de integración comunitaria, pero, a la vez, esa interrelación produce situaciones que conducen a un fortalecimiento de esos papeles y función del Estado: tal ocurre con aquel desbordamiento del Estado por los flujos financieros de desplazamiento diario antes aludidos, por las repercusiones de fenómenos como los de periferización y deslocalización, y específicamente por las exigencias de apoyar la competitividad a través de políticas recesivas que, de un lado, frenan la demanda interna, con lo que se acentúan las demandas al Estado social, y, de otro, esa competitividad es un factor que termina frenando los procesos de integración internacional y, en consecuencia, favoreciendo de nuevo la potenciación del Estado en el interior.

En todo caso, esta intervención en los dos ámbitos muestra que el Estado, frente a lo que sostenía la posición anterior, es un Estado mediador, es decir, mantiene —como antes se decía— una de las características definitorias del Estado social, la de mediar en el conflicto, en cuanto de lo anterior se deduce lo siguiente:

1. El Estado continúa configurándose como el lugar a través del cual se produce la relación entre lo social y lo económico, de manera que sigue siendo el lugar específico de la lucha de clases y con la peculiaridad de que precisamente por ello, es el que “aparece” en primer término (más que el capital), de forma que en toda reivindicación colectiva se encuentra el Estado o se hace frente a él.

2. La relación entre la instancia política y la económica permanece como interdependiente, de manera que se condicionan mutuamente; por consiguiente, los cambios en el orden económico siguen demandando respuestas concretas del orden político, lo que conduce a una acentuación del “consenso” de carácter objetivo en las sociedades posindustriales a consecuencia de la necesaria coincidencia de partidos y programas con su correspondiente proyección en la crisis de la democracia representativa.

3. Supuesto que las decisiones políticas básicas son perjudiciales para la mayoría, no parece que puedan ser tomadas de manera libre y consciente por esa mayoría, por lo que se imponen medidas que no sólo restrinjan la democracia en extensión (reduciéndola, cada vez más, exclusivamente a las instituciones tópicamente representativas a cuya crisis se aludía antes) y en intensidad (procurando que las decisiones económicas básicas queden fuera de la democracia política) sino con un manejo adecuado de la información, irresistible para el ciudadano medio.

De todo ello resulta una reestructuración del Estado y del derecho.

En lo que se refiere al Estado, se produce una característica configuración de los poderes.

El Poder Ejecutivo, a causa de los recortes en la democracia y la crisis de las instituciones representativas, es un poder cada vez menos controlado y, por tanto, irresponsable políticamente (en lo real, que permanece oculto y de lo que se construye la imagen virtual); esta irresponsabilidad, al combinarse con la importancia que adquieren las decisiones tanto cuantitativa como cualitativamente (en una situación de crisis y de acentuada competencia de grupos) crean las condiciones para que la corrupción, en diferentes formas, adquiera un cierto carácter objetivo e institucionalizado.

A partir de esta situación, el Poder Judicial adquiere nuevos perfiles por el desempeño de nuevas funciones. En concreto, pasa a concentrar la realización del control en tres ámbitos distintos: en primer lugar, en un ámbito que si bien forma parte de una de sus funciones habituales como es la jurisdicción contenciosa, la novedad está en el desorbitado aumento de esta litigiosidad en virtud de aquella “mediación” de la sociedad por el Estado a través de la cual los tribunales realizan inicialmente un control “técnico” de esa problemática; en segundo lugar, al configurarse el Poder Ejecutivo como incontrolado de una parte y generándose las condiciones de la corrupción, de otra, el Poder Judicial se

utiliza como el mecanismo último del “control político”; pero, además, y en tercer lugar, en la medida en que las políticas económicas se revelan no sólo como creadoras de nuevas demandas sociales de manera directa, sino como criminógenas de forma más o menos indirectas, el Poder Judicial termina convirtiéndose en el necesario “control social”. De ahí que el Poder Judicial, y en concreto el juez de derecho público, aparezca como el guardián fundamental de la libertad ciudadana. No obstante, la situación que atraviesa el Poder Judicial es, aunque quizá sólo aparentemente, contradictoria. Porque, de una parte y con base en lo anterior, experimenta una hipertrofia funcional y se le otorga una relevancia en el orden de los poderes del Estado que desborda las previsiones constitucionales y es, probablemente, más una patología que un desarrollo del Estado de derecho. Pero, simultáneamente y en esa medida (por eso se decía que la paradoja era probablemente sólo aparente) está sometido más que nunca a las presiones del Ejecutivo que trata de “subsumirlo”, de hacerle función del resto de los mecanismos, de convertirlo, tal como se expresa con terminología bien expresivamente funcionalista, en —mero— “operador”.

En lo que se refiere al derecho, debe decirse que frente a la conocida línea de pensamiento que inicialmente apuntó Forsthoff y fue seguida por distintas corrientes formalistas, lo cierto es que a medida que ha ido avanzando y consolidándose el Estado social su relación con el derecho se ha hecho más intensa. Y aún más: el Estado social es probablemente el hecho jurídico más relevante de la historia del derecho contemporáneo en el sentido de que su impacto, el impacto del Estado social, es el factor determinante que ha producido la formidable transformación del derecho en las sociedades actuales. Este fenómeno se manifiesta en distintos niveles: en el cuantitativo, de la juridización de la sociedad (el denominado *Flood of Norms*), en el cualitativo, de las nuevas funciones del derecho (a partir de la genérica “promocional”), en el teórico, en cuanto ha sido este impacto el que ha dado lugar a toda una serie de nuevas teorías del derecho (instrumental, material, reflexivo, etcétera, teorías que ciertamente incluyen —como se ha dicho— estrategias o más claramente ideologías) y, específicamente, desde un punto de vista interno, en cuanto afectan propiamente a la estructura del derecho. Este último nivel es de importancia tal que ha dado lugar a toda una nueva configuración y entendimiento del derecho como un “derecho social”. Este derecho social

no es en absoluto el derecho que se refiere a los aspectos “sociales”, sino una nueva estructura del derecho que ha llegado a extenderse a todas las zonas del mismo y, por supuesto, al derecho público. Este “derecho social” expresa el proceso de socialización que experimenta en su estructura interna el derecho. Y el proceso de socialización del derecho supone su configuración a partir de “un nuevo contrato” que si antes partía del sujeto individual, ahora lo hace de un sujeto colectivo o social en el que las partes no se relacionan directamente sino a través del “todo”. Y aunque el argumento se utiliza para defender un derecho de mediación social, de acuerdo o arbitraje (al margen de la tradicional solución judicial de los conflictos), lo cierto es que ese hecho, esa nueva relación entre las partes, se media normalmente a través del Estado, lo que: 1º es coherente con la teorización anterior de un Estado que media e interviene en el conflicto, 2ª explica, a su vez, el fenómeno cuantitativo y 3º implica, además, un camino de objetivación del derecho que es propio del derecho público.

De manera más específica, los cambios producidos en la división de poderes repercuten inmediatamente en el sistema de fuentes y en sus supuestos básicos: en el principio de constitucionalidad y en el principio de legalidad.

En el principio de constitucionalidad, porque de un sistema de poderes como el descrito muy poco puede esperarse respecto de la proclamada normatividad constitucional, tanto en lo referente a su eficacia y aplicación como en su desarrollo; la realidad constitucional muestra, en el primer aspecto, no sólo una utilización meramente procedimental y neopositivista del texto, sino su desconocimiento o funcionalización a los intereses del Ejecutivo —como ha ocurrido en España en los últimos tiempos—, de manera que se ha utilizado con frecuencia para lo contrario de aquello para lo que fueron establecidas sus previsiones: para legitimar actuaciones atentatorias a los principios protegidos en nuevas manifestaciones de lo que he llamado “alienación” constitucional o Constitución alienada; asimismo, el desarrollo resulta tan empobrecedor y distorsionante ya se trate de derechos y libertades (desde el tratamiento automatizado de los datos personales a la regulación de la televisión) como de aspectos sociolaborales (reforma del mercado laboral), que, en España la tesis de la vuelta a la Constitución al *original intent*, que en otros

ámbitos jurídicos era, según se vio, una propuesta conservadora, parece cada vez más defendible.

El principio de legalidad se resiente igualmente, pues el papel de la ley, como en general de las fuentes, traduce, desde el punto de vista jerárquico, la división de poderes y la organización institucional del Estado. Y unos poderes configurados, como antes se expuso, conducen más a la sumisión de la ley a la administración que a la inversa, si se tiene en cuenta, además, que una administración interventora exige autonomía funcional. Las técnicas formales serían desde leyes puramente procedimentales que dejan a la administración la decisión real, a la deslegalización de materias como en el caso de la reforma del mercado laboral; y en el orden material, de manera mucho más claramente patológica se procede a la utilización de las posibilidades de intervención que ofrece el Estado social, para, a través de la ley (con desnaturalización frecuente del procedimiento parlamentario) conseguir el predominio de intereses específicos, como se manifiesta en el progresivo predominio de leyes microsociales, en una clara perversión de los presupuestos del constitucionalismo del Estado social, con todas las consecuencias de la fractura del concepto de ley, de su generalidad y con todos los inconvenientes de las nuevas formas de ley singular. Lo que, a su vez, empieza a repercutir sobre la configuración de los poderes. Porque merece una reflexión el hecho de que un poder como el Judicial, en la situación crítica antes aludida, con una legitimación democrática que se le discute para limitarlo y someterlo y cuya efectiva legitimación no puede basarse sino en la ley, en qué medida puede resultar afectado por esa “crisis de la ley” que es, además, junto a una crisis técnica y política, del simbolismo y credibilidad vinculados siempre a la ley como expresión máxima tanto del derecho como de la democracia.

De todo lo expuesto cabe deducir las consideraciones siguientes:

1. Aunque el capital y el trabajo presentan formas nuevas, el conflicto entre ambos, siquiera sea con elementos también nuevos, permanece como el conflicto básico en las sociedades posindustriales y, en consecuencia, es el único capaz de articular en torno a él los nuevos conflictos y reivindicaciones parciales en un movimiento unitario, consciente y susceptible de configurarse progresivamente como constituyente de una alternativa global. La vía de las organizaciones políticas parece técnica-

mente más adecuada para incorporarlo, mientras que la sindical se presenta cada vez más dedicada a servir a procesos de fragmentación social.

2. El Estado, en cuanto lugar a través del cual se sustancia en buena medida el conflicto básico y dada su vinculación al proceso económico de acumulación, es un ámbito donde se pueden decidir cuestiones fundamentales de lo público y socialmente mayoritarias, por lo que puede convertirse en un mecanismo de defensa de esa clase de intereses y de transformación y a través del cual se abran procesos de desmercantilización del trabajo (por la intervención social) y de gestión democrática (en la intervención económica).

En el orden interno, y aunque no pueden desconocerse los condicionamientos y relaciones de carácter internacional que —como apuntaba al principio— deben integrarse ya en una teoría política y jurídica del Estado, parece que la definitiva disolución de éste en las organizaciones supraestatales no sólo no está tan próxima como se preveía hace bien poco tiempo, sino que, incluso, las dificultades de coordinación en el crecimiento de las economías dominantes y los resultados del desarrollo de políticas de competitividad, permiten por el momento una afirmación del Estado. En estas condiciones, a su vez, puede ser también un instrumento útil para modular las formas y ritmos de relación e integración comunitaria, con base en el supuesto jurídico de que la Constitución es el parámetro y marco en el que la penetración de otros ordenamientos debe tener lugar.

3. Asimismo, parece fuera de duda que los procesos de transformación social no son concebibles fuera del derecho. De ahí también la nueva importancia del derecho. En este sentido, la contradicción existente entre un constitucionalismo del Estado social y una realidad que trata de eludirlo, abre posibilidades a un derecho constitucional que puede contribuir a impedirlo y servir a finalidades transformadoras. Esta es una de las vías de progreso en el Estado de derecho que implica la reelaboración de categorías básicas: la admisión de la validez material en la producción normativa y la deducción de sus consecuencias constitucionales, la vinculación entre derecho y situaciones objetivas y no sólo condiciones personales, la recuperación de la ley y su reconstrucción unitaria sobre un concepto material, son algunas de las más urgentes.

4. Por todo ello, es fundamental establecer la relación derecho-democracia sobre bases claras. Porque, ciertamente, no existe, como se ha

repetido desde planteamientos distintos, “continuidad lógica ni histórica” entre derecho y democracia. Más bien sucede lo contrario: en el orden histórico, el Estado de derecho no es una realidad democrática. Cierto que hay diferencias, pues mientras en Francia resulta de la deformación burguesa de un cuerpo teórico previo, en Alemania es la justificación teórica de una realidad preexistente, por decirlo de forma simplificada. Pero en cualquier caso puede aceptarse que se trata de un conjunto normativo formulado e impuesto por unas elites. Asimismo, su contenido lógico, el del derecho, es el del ocultamiento, mientras el de la democracia es el de “publicar” el lugar de las decisiones; si hay muchas formas de definir la democracia, en todas ellas debe estar incluida la de la visibilidad o transparencia de la decisión (Bobbio) y, contradictoriamente, debe recordarse que el secreto “es el núcleo más intenso del poder” (Canetti). Precisamente por eso, porque la relación entre ambos no es ni permanente ni natural (Barcellona), hay que decir que es necesario “construirla”, establecerla, pues pocas dudas caben acerca de su mutua capacidad legitimadora: la del derecho democráticamente surgido y controlado y la de la democracia actuando con arreglo a derecho, en el entendimiento de que ambos se completan y en concreto, en lo referido a los procesos de transformación social, si bien deben estar amparados en la legalidad, necesitan no sólo la legitimidad sino el impulso y la fuerza de la participación y movilización democráticas.