

# GLOBALIZACIÓN y CONSTITUCIÓN DÉBIL

GONZALO MAESTRO BUELGA  
*Catedrático de Derecho Constitucional*  
*Universidad del País Vasco*

## SUMARIO

1. Introducción
2. A propósito de la globalización
3. Estado social y constitución: la constitución como garantía
4. La constitución débil
5. Recapitulación

## 1. INTRODUCCIÓN

En la década pasada, en torno a las nuevas formulaciones del debate sobre la interpretación constitucional, la doctrina asumió que los cambios registrados en el proceso de transformación del Estado social habían introducido un nuevo escenario de reflexión que afectaba tanto al papel, como a los caracteres que la constitución había asumido en el Estado constitucional surgido de la II postguerra mundial.

Ciertamente, el Estado constitucional vinculado al desarrollo del Estado social dota de unas características específicas a la constitución que identifican el constitucionalismo europeo postliberal. Las notas fundamentales sobre las que se reconstruye la concepción de Constitución son la de normatividad y la de rigidez, dentro de una reordenación del complejo normativo del ordenamiento estatal.

Frente al constitucionalismo liberal, normatividad y rigidez venían a construir un concepto fuerte de constitución acorde con una función garantista que la ahora norma fundamental debe cumplir en un «Estado social» que se define en torno a la idea de integración del conflicto. Es precisamente esta concepción de la constitución la que resulta comprometida en la transición al Estado post-social.

El concepto de Constitución débil viene así a colocarse en el proceso de reordenación normativa que produce la transformación de la forma de Estado. La pér-

didada de la función garantista se corresponde al abandono de la posición del Estado en la definición de los términos del conflicto que sustentó el Estado social.

Ha sido, probablemente, la doctrina italiana la que más expresivamente ha evidenciado, incluso terminológicamente, los nuevos caracteres de la constitución fruto de la tensión entre una norma gestada en el proceso de la construcción del Estado social y un nuevo escenario que sanciona el tránsito a una nueva forma de Estado.

Por otro lado, globalización es un término que, aunque confuso en su significado y todo menos pacífico, simboliza el intento de legitimar un nuevo paradigma en aquello que constituía el corazón de definición del Estado social, es decir, la relación política-economía determinada constitucionalmente e instrumentada a través de mecanismos garantistas.

Así, el punto de confluencia entre el proceso globalizador y la transformación constitucional es el fin de la forma «Estado social», marco que permite explicar ambos procesos. La globalización adquiere significación constitucional precisamente desde la perspectiva de la transición de la forma de Estado y la constitución débil interioriza en su nueva conformación, la tensión entre la nueva constitución material postsocial y la constitución formal del constitucionalismo social.

En este trabajo se pretende reflexionar sobre los medios de resolución de esta paradoja: la pervivencia formal de las constituciones del constitucionalismo social en el marco de la desaparición de la constitución material del Estado social, así como de su significado<sup>1</sup>.

## 2. A PROPOSITO DE LA GLOBALIZACION

### 2.1. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

El mayor problema que plantea la globalización es su propia definición, es decir, fijar el núcleo caracterizante y su alcance, posiblemente porque los impulsores teóricos de la globalización pretenden conformar un paradigma capaz de disciplinar las relaciones entre los ámbitos públicos y privados, o lo que es lo mismo, establecer las relaciones entre economía y Estado, en base a lo que no son sino procesos determinados por decisiones políticas, cuya materialización es muy desigual y cuya culminación dista mucho de haberse alcanzado. Si seguimos a Boyer<sup>2</sup>, la globalización se ha definido desde cuatro perspectivas y con otros tantos significados predominantes. Por una parte, como expresión de la ruptura de las relaciones económicas precedentes, sobre todo, en su dimensión transnacional. Globalización, en esta aproximación, se opondría a internacionalización y evidenciaría un cambio cualitativo en el funcionamiento del sistema económico cuyo

1. NEGRI, A.: «Tra conflitti e rapporti sociali. La costituzione e l'immaginazione costituzionale, nel seco lo breve». En *Diritto Romano Attuale*. 1999. Nº 2, pp. 167-83.

2. BOYER, R.: «Les mots et les réalités» en *Mondialisation au-deliz des mythes*. La Découverte. París. 1997, pp. 13-56.

espacio es ahora el planeta. La dimensión espacial, como rasgo general, es el elemento definidor que actúa como mecanismo desterritorializador. Otra perspectiva, no muy lejana pone el acento en la transformación de los mercados, no sólo desde el punto de vista territorial, sino en los flujos de bienes y en las tendencias de los intercambios comerciales. Una tercera concepción de la globalización económica acusa más la dimensión tecnológica y organizativa de la producción y la organización empresarial. Los sujetos protagonistas de la redefinición del funcionamiento del sistema son las empresas, las empresas globales-transnacionales, que asumen el papel de polo de definición de las nuevas reglas estableciendo los parámetros de competencia. Este nuevo protagonismo de los sujetos globalizadores traslada los focos de decisión de los sujetos públicos protagonistas de las economías del *welfare state*, a otros ámbitos de decisión. La última definición del fenómeno, a la que posteriormente prestaremos más atención, será la que acentúa la trascendencia de los cambios introducidos en el sistema económico internacional, construido en tomo a los acuerdos de Bretton Woods. Aunque las transformaciones se explican por la concurrencia de diversos factores: El aumento del nivel de los intercambios comerciales, la importancia de las empresas multinacionales en el sistema que impulsan cambios con su nueva configuración, así como la transformación de los mercados financieros.

Ciertamente, todas las aproximaciones introducen elementos concurrentes y todas ellas parecen establecer, como nuevo principio, el del «Estado impotente»<sup>3</sup>, que traduce el fin de la relación entre política y economía propia del Estado social.

Puede decirse, sin embargo, que las propuestas teóricas de la nueva economía global pasan de la descripción de algunas tendencias, con dificultades en su afirmación y generalización, a la elaboración de un nuevo paradigma con la pretensión de legitimar las nuevas relaciones público-privado que se instauran en los Estados tras el fin del Estado social.

Las tendencias que suponen la base objetiva de su teorización, como hemos dicho, se refieren a la intensificación de los intercambios comerciales y el cambio de naturaleza de los mismos, la aparición de una nueva empresa y, quizás la más significativa, la globalización financiera. Estos ejes, que son convertidos de tendencias en procesos generales por los agentes del sistema, funcionan como determinismos que permiten la afirmación del nuevo modelo. Los cambios en los mercados establecen un mercado global que se caracteriza por el fin de los flujos típicos entre países desarrollados en la fase anterior, y por un nuevo espacio global de intercambio de los bienes producidos por el conjunto del sistema.

La empresa global como nuevo modelo de organización de la producción, simbolizado en la empresa multinacional, como empresa red, se caracteriza por una ruptura territorial, por la desaparición de los vínculos con el territorio original y la pérdida de peso en la determinación de la política empresarial de la empresa

3. OMAE, K.: *La fine dello stato nazione*. Baldoni-Custoldi. Milán. 1996 p. 152. Para la formulación del principio y su crítica. WELS, L.: «Globalization and the myth of the powerless state» en *New Left review*. 1997, nº 225, pp. 3-27.

madre. Las filiales y la empresa madre original establecen una nueva relación dirigida a optimizar el beneficio que rompe con la jerarquización organizativa anterior e instaura un sistema multidireccional de los flujos económicos en el interior del grupo. La empresa red global, para estos teóricos, acentúa la ruptura empresa-territorio de origen, incrementando la erosión del poder estatal en la dirección de la economía.

El intento de generalización de estas tendencias abre el flanco de crítica más obvio frente a la teorización globalizadora.

La globalización de los mercados no resiste la constatación empírica en las dos dimensiones comentadas, es decir, en la intensificación de los intercambios y la pluralización de los focos.

La literatura económica señala que el aumento del comercio no es significativo<sup>4</sup>, al menos, respecto a situaciones anteriores, menos aún, si se compara como momentos de internacionalización de la economía precedente, en especial, en la primera preguerra mundial. Por otra parte, el mayor porcentaje del intercambio comercial total tiene lugar entre los tres polos económicos de la economía internacional. Más aún, en el caso de Europa, la casi totalidad de sus intercambios se realizan entre los países europeos. Por ello, se ha dicho que más que globalización debe hablarse de triadización.

Incluso la globalización en algunos mercados, especialmente el de trabajo<sup>5</sup>, es sencillamente inexistente<sup>6</sup>. Por múltiples razones, los mercados de trabajo siguen siendo esencialmente territoriales, ni siquiera es significativa la deslocalización de capitales fundamentada en el costo del factor trabajo. El único ámbito donde el trabajo exhibe cierta movilidad es el segmento alto del mercado, en los trabajadores altamente cualificados y especializados<sup>7</sup>. Es especialmente interesante la incomunicación de los mercados de trabajo, máxime cuando es en este ámbito, donde las condiciones de competencia internacional despliegan más influencia. Lo que deberá ser explicado más que por la extensión real del fenómeno globalizador, por la imposición de una nueva hegemonía en las relaciones de clase, que utilizan como fuente legitimadora el paradigma globalizador.

Por lo que respecta a las nuevas empresas globales, la perplejidad es aún mayor. A pesar de las pretensiones parece que la empresa global es más un proyecto que una realidad<sup>8</sup>. Los factores que miden el proceso de globalización empresarial: la base de la producción, su financiación, la difusión y reparto entre el conjunto del grupo de la innovación tecnológica, tienen un nivel de globalización escaso y muy distinto según las situaciones.

4. HIRST, P., y THOMPSON, G.: *Globalization in question: the international economy and the possibilities of governance*. Cambridge. pp. 1996, pp. 22.

5. LAZAR, I.: «Corporates strategies in global markets» en *States against markets*. Routledge. Londres. 1996, pp. 270-96. ATVATER, E.: «El lugar y el tiempo de lo político bajo las condiciones de la globalización económica» en *Zona abierta*. 92/93. 2000, pp. 7-59.

6. BETSCHERMAN, G.: «Globalization, labour markets and public policy» en *States against markets*. Op. Cit., pp. 250-69.

7. CASTELLS, M.: *La sociedad red*. Alianza Editorial. Madrid. 1996, pp. 120.

8. BOYER, R.: «Les mots et les réalités» Op. Cit.

En la mayoría de los casos, la base de la producción y de la exportación continúa siendo nacional, el peso de las filiales sigue siendo menor, sólo algunas empresas, que constituyen la excepción, reparten su producción de modo significativo con sus centros del exterior. Curiosamente, las empresas más globalizadas, desde este punto de vista, lo son mucho antes y por otros factores. «Sólo son realmente globalizadas las empresas multinacionales de las pequeñas economías abiertas. Esto es para ellas una necesidad impuesta por la división del trabajo a escala internacional»<sup>9</sup>. Los datos empíricos señalan también que la financiación de las grandes empresas multinacionales no entraña una diversificación geográfica importante. Los mercados locales continúan siendo esenciales en esta cuestión.

Por último, la difusión del saber y la innovación tecnológica, obra de las multinacionales, impulsada por el proceso de desterritorialización tiene sus límites. La innovación tecnológica, en cuanto considerada como fuente de competitividad, es preservada, tanto en el interior de las empresas, como en el interior de los Estados.

Parece pues que la base objetiva para definir teóricamente el paradigma global es, de momento, tendencial y discutible y descubre la dimensión política de la propuesta teórica. Los problemas en la definición de la globalización han sido planteados por Jessop. «La globalización generalmente se interpreta más adecuadamente como el resultado de un buen número de procesos diferentes que entendiéndola como un proceso causal único en sí mismo. Es un error explicar acontecimientos y fenómenos concretos desde el propio concepto de globalización, del mismo modo que es inútil recoger todo lo que acontece bajo el paraguas explicativo de la globalización. También lo es ligar absolutamente todo a la globalización como si ésta tuviera mejor capacidad explicativa que cualquier otra alternativa. De hecho, hay otras opciones que podrían explicar de manera más convincente y adecuada fenómenos que han quedado atrapados bajo el paraguas de la globalización, procesos como la internacionalización o la liberalización»<sup>10</sup>.

Quizás por ello, la perspectiva de análisis de Castelles es más compleja y se inserta en el conjunto de transformaciones sociales experimentadas desde la década de los 80 del pasado siglo. Con todo, definir a la economía globalizada de manera genérica y en referencia a una cualidad técnica no resuelve los problemas. Que la economía global pueda ser caracterizada por su capacidad de funcionar «como unidad en tiempo real a escala planetaria»<sup>11</sup> no resuelve la dificultad de generalizar tendencias no asentadas e induce efectos que, en muchos casos, no son sino propuestas políticas en la nueva conformación del Estado.

En cualquier caso, especial utilidad tiene su referencia a las precondiciones de la economía global, en la medida que permiten detectar su núcleo fundamen-

9. BOYER, R.: «Les mots et les réalités». Op. Cit.

10. JESSOP, B.: «Reflexiones sobre la (i)lógica de la globalización», en Zona abierta. 92/93. 2000 pp. 95-125.

11. CASTELLS, M.: La sociedad red. Op. Cit., pp. 120.

tal, que revela su naturaleza. Los dos elementos que permiten la generación de los procesos globalizadores son la innovación tecnológica y la liberalización de los mercados, especialmente, de capitales<sup>12</sup>.

Ambas precondiciones coinciden con los determinismos sobre los que funciona la globalización y que, para sus defensores constituyen imperativos que conducen inexorablemente a la instauración de este nuevo paradigma. Estos son el determinismo tecnológico y el que podríamos llamar naturalista.

Ciertamente, en Castells, la innovación tecnológica es una condición para la globalización económica, aunque, en sí misma, no predetermina el resultado y los caracteres de la reordenación del sistema económico<sup>13</sup>. Sin embargo, la liberalización de los mercados financieros actúa como condicionante en la distribución del capital y las decisiones empresariales<sup>14</sup>, estableciendo nuevas condiciones de valorización del capital.

Desde este punto de vista, la liberalización financiera constituye la apertura del proceso y verdadera globalización<sup>15</sup> por su capacidad de irradiar efectos económicos y políticos<sup>16</sup>.

Si pretendemos perfilar los contornos de un fenómeno pluriforme y a menudo no novedoso, nos encontramos con que la paradoja es su carácter esencial.

Por una parte, los procesos globalizadores de la economía son afirmados generalmente, por otra, la novedad e intensificación de los mismos es relativa en algunas de sus principales dimensiones. Por una parte, el paradigma globalizador, desde la perspectiva política y económica se define en contraposición al Estado y su capacidad reguladora, por otro, el Estado se configura como el principal agente globalizador. Por ello, establecer la naturaleza del fenómeno, sobre cuya base deberemos analizar las relaciones Estado (política) y economía resulta complejo. Sin embargo, el cierto fetichismo globalizador no debe ocultarnos que este proceso despliega efectos, incluso en los ámbitos donde aparentemente se desarrolla con mayor debilidad. El mercado de trabajo aparece como el menos globalizado de los mercados, pero, a pesar de esta afirmación, las posibilidades de movilidad y localización del capital y las condiciones de competencia internacional imponen efectos disciplinantes y de control a los mercados nacionales, de tal forma, que éstos incorporan tendencias globales de comportamiento<sup>17</sup>. Aunque, ciertamente, los efectos de la globalización no son inevitables consecuencias de procesos con lógica autónoma y por ello inexorables. Contrariando al determinismo naturalista,

12. CASTELLS, M.: La sociedad red. Op. cit., pp. 111.

13. CASTELLS, M.: La sociedad red. Op. cit., pp. 31 y ss.

14. MARAZZI, C.: E il denaro va. Esodo e rivoluzione dei mercati finanziari. Babingheri. 1998. Turín, pp. 94-5.

15. MORAL SANTÍN, J. A.: «Globalización y transformaciones financieras. ¿El fin de las políticas macroeconómicas nacionales? En Zona abierta 92/93. 2000, pp. 127-73.

16. HELD, D.; MCGREW, A.; GOLDBLATT, D., y PERRATON, J.: Global transformations. Politics economics and culture. Polity press. Cambridge. 1999, pp. 232.

17. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Política, globalización y condiciones de trabajo» en La Ley 2000, p. 10317.

el mercado no se conforma como un espacio natural que exige en la nueva economía un iusnaturalismo económico<sup>18</sup> y que impone, como nueva función del Estado, su respeto.

La globalización es ante todo decisión política<sup>19</sup> y como decisión política o propuesta, se debe confrontar con el Estado. Conviene, por tanto repasar los efectos de la globalización, desde esta perspectiva, es decir, desde las decisiones políticas que encierra la globalización.

## 2.2. LA ESTRATEGIA DE LA GLOBALIZACIÓN.

Desde las consideraciones antes apuntadas, las dificultades descritas en orden a caracterizar la globalización pueden superarse si las tendencias globalizadoras se inscriben en la superación de las contradicciones que el proceso de acumulación capitalista había establecido en la fase final del fordismo. La globalización se manifiesta así como una estrategia de acumulación<sup>20</sup>, más específicamente, como la estrategia de acumulación de la fase postfordista<sup>21</sup>.

En este cuadro pueden insertarse las tendencias en acto, cuya característica fundamental es confrontarse con el modelo generalizado tras la instauración del Estado social.

Cuando se intenta distinguir entre los procesos de internacionalización económica anteriores a la primera Guerra mundial, ejemplo de las tendencias expansivas de la dinámica capitalista, y la globalización actual, el acento se pone, no tanto en los datos cuantitativos del intercambio, cuanto en la reacción frente a las novedades que incorpora el Estado social al gobierno del proceso económico. Respecto al período que llega hasta 1913, los factores novedosos se sitúan, por una parte, en el carácter otorgado al salario en la definición de las condiciones de competencia y, por otra, a la desvinculación de las sujeciones impuestas al mercado de capitales.

El keynesianismo económico y la aparición de los sistemas de protección social nacionales provocan que el salario social adquiera una nueva dimensión, se configura como «coste internacional de producción»<sup>22</sup>, influyendo en las condiciones de competencia.

Por esto resulta engañoso contrastar para medir la intensidad del fenómeno globalizador, la situación actual con la experiencia pasada. La globalización se contrasta con el sistema de sujeciones políticas del Estado social y los vínculos institucionales, así como con las relaciones entre los sujetos de conflicto social<sup>23</sup>.

18. IRTI, N.: «Diritto e mercato» en *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*. Laterza. Bari, 1999. pp. VII-XX.

19. HELLEINER, E.: *States and the reemergence of global finance. From Bretton Woods to the 1990s*. Cornell, U. Press, Londres, 1994. pp. 1-3.

20. JESSOP, B.: «Reflexiones sobre la (i)lógica de la globalización. Op. Cit.

21. JESSOP, B.: «Reflexiones sobre la (i)lógica de la globalización. Op. Cit.

22. JESSOP, B.: «Reflexiones sobre la (i)lógica de la globalización. Op. Cit.

23. JESSOP, B.: «Reflexiones sobre la (i)lógica de la globalización. Op. Cit.

De ésta manera resulta erróneo contraponer globalización a Estado y deducir de ello la pérdida del poder estatal en el control de la economía. Esto sólo es cierto si los términos de la contradicción no se establecen con el Estado, sin más, sino con una forma de Estado determinada. Los cambios en el escenario internacional respecto a los mercados financieros son inscribibles en esta estrategia de la acumulación, a la que no son ajenos los Estados, protagonistas políticos del nuevo diseño del mercado de capitales.

«Por ello el salario, tanto el individual, como el social, comenzó a ser entendido cada vez más como un coste de producción internacional y menos como una fuente de demanda nacional y el dinero empezó a circular como divisa internacional debilitando ciertamente la gestión económica keynesiana de la demanda en el ámbito nacional. Este cambio en el principal aspecto contradictorio de la forma del dinero está estrechamente relacionado con la tendencia de la dinámica del capital industrial a estar subordinado a la lógica de hipermovilidad del capital financiero»<sup>24</sup>.

Que la contradicción que impone la globalización no es entre economía mundial y Estado lo demuestran dos aspectos del proceso globalizador reconocidos generalmente. El primero, que la globalización no instaura, sin más, un sistema económico mundial único, sino que es la suma caótica de procesos a menudo contradictorios que se autolimitan, donde convergen ámbitos estatales, locales, supranacionales y globales, esto desde el punto de vista territorial<sup>25</sup>. El segundo viene definido por la importancia de la instancia extraeconómica en la definición de las condiciones de acumulación que, en este momento, sigue siendo determinante. Desde esta perspectiva, se admite el papel decisivo del Estado en la configuración de la competitividad de su espacio geográfico en el contexto global.

Es por esto que algunos autores han señalado que la globalización se refiere no tanto al triunfo universal del capitalismo, como a la emergencia de un mercado universal autorregulado<sup>26</sup>. Podríamos entonces decir que el proceso de globalización es la vía de escape al control político de la economía. Autorregulación del mercado versus control político de la economía es el dilema que se plantea.

Así pues, la estrategia globalizadora incorpora decisiones políticas que construyen el nuevo marco de relaciones entre los sujetos actuantes en el mercado y que luego fundamentarán el paradigma dominante. Las decisiones políticas que introduce la globalización pueden formularse como sigue:

a) Globalización se opone a regulación. La desregulación supone la primera decisión política que establece las bases de la relación política-economía del postfordismo. Ciertamente, esta relación es compleja y equívoca<sup>27</sup>, a la vez que

24. JESSOP, B.: «Reflexiones sobre la (i)lógica de la globalización. Op. Cit.

25. VELTZ, P.: «L'économie mondiale, une économie d'archipel» en *Mondialisation au dela des mithes*. Op. Cit., pp. 59-67. También SACHWALD, F.: «La regionalisation contre la mondialisation?» en *Mondialisation au dela des mithes*. Op. Cit., pp. 133-146.

26. ADDA, J.: *La globalización de la economía: origen y desafíos*. Sequitur. Madrid, 1999, p. 5.

se manifiesta de forma diversa en los distintos ámbitos. La contradicción, al menos formalmente, se establece por la correspondencia establecida entre regulación y política, es decir, regulación como manifestación del control económico. Sin embargo, vincular mercado a desregulación puede resultar problemático. El mercado es una institución económica artificial que no puede subsistir sin la regulación externa<sup>28</sup>. por esto mismo, cuando se analizan los procesos de desregulación nos encontramos con la paradoja del crecimiento de las normas reguladoras. Desregulación quiere decir, en este caso, sustitución de la regulación, lo que es lo mismo, disolución de los vínculos políticos anteriores. Con todo, existen ámbitos que influyen decisivamente en los comportamientos del sistema económico atenuando la eficacia del control nacional, donde, efectivamente, la desregulación adquiere la forma de liberalización. En el mercado de capitales la desregulación se expresa de este modo y sienta las bases para la limitación de la política nacional<sup>29</sup>.

b) La liberalización de los mercados financieros. Aunque podría incluirse en la formulación anterior, su trascendencia obliga a singularizarla como una decisión que inicia el proceso.

La liberalización del mercado de capitales incide y se configura como la base de desvinculación de la política nacional, al menos desde dos perspectivas:

En primer lugar porque rompe con el sistema financiero internacional instaurado después de la II<sup>a</sup> Guerra Mundial y que actuaba como una de las bases económicas del keynesianismo económico nacional<sup>30</sup>. En segundo lugar, porque la apertura de los mercados financieros redefine la relación capital financiero-capital industrial perturbando el funcionamiento del sistema en su conjunto<sup>31</sup>.

c) Globalización se opone a Estado Social. Ya hemos aludido a cómo las novedades que incorpora el Estado Social, tanto en el ámbito genérico de la intervención económica de raíz keynesiana, como en la protección social, configurando el salario social como un factor del coste internacional de la producción, sitúan a la estrategia globalizadora en confrontación con los elementos que caracterizan a esta forma de Estado. Si la globalización es sinónimo de la desvinculación política del control de la economía, de la ruptura del vínculo político por el mercado, supone esencialmente una ruptura de los mecanismos de integración del trabajo fundados por el Estado Social.

27. ALTVATER, E.: «El lugar y el tiempo de lo político bajo las condiciones de la globalización económica». Op. Cit.

28. IRTI, N.: «L'ordine giuridico del mercato». Laterza. Bvari, 1998, pp. 5-35-40-44-47.

29. PLIHON, D.: «Les enjeux de la globalisation financière» en *La mondialisation au-delà des mythes*. Op. Cit., pp. 69-79.

30. HIRST, P.: «The global economy myths and realities» en *International affairs* 1997, N° 73 pp. 409-425; ADDA, J.: *La globalización de la economía: orígenes y desafíos*. Op. cit., pp. 105 Y 107; HELLEINER, E.: *States and the reemergence of global finance*. Op. Cit.

31. MARAZZI, C.: *E il denaro va*. Op. Cit., pp. 93-95.

### 2.3. LA GLOBALIZACIÓN FINANCIERA.

El proceso de liberalización de los mercados de capitales es singularmente paradigmático en relación con la caracterización de la globalización como estrategia de acumulación. Revela con claridad que la nueva configuración del sistema financiero es una decisión política de los Estados y que no obedece a una lógica económica intrínseca, inherente al mercado.

Como se sabe, el orden financiero internacional nace formalmente en 1944 con los acuerdos de Bretton Woods, de ellos nacen, tanto las bases del sistema monetario, como las instituciones de su gobierno. Se instaura un sistema basado en los cambios fijos derivados de una paridad determinada de todas las monedas respecto del dólar, la conexión del dólar con el patrón oro y el reconocimiento del dólar como moneda de intercambio y circulación internacional. Se completaba al sistema anterior con mecanismos de control de la circulación de capitales, altamente restrictivos y la creación de instituciones de gobierno del sistema: Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional.

Este sistema de control de los mercados financieros no era sino la respuesta a la situación de los mismos desde los años 30, altamente inestables y en crisis cuasi permanente<sup>32</sup>. El sistema ideado en Bretton Woods era pues una solución política de estabilización del sistema económico internacional, que respondía a la evidencia de la imposible autoregulación del mercado.

Además, los acuerdos de Bretton Woods constituían una parte, la vinculada al sistema financiero internacional, del complejo de instituciones económicas que configuraron el círculo virtuoso keynesiano. La estabilidad cambiaria y el control de la circulación de capitales permitía la estabilidad de los tipos de interés y su contención y sentaba las bases de la autonomía económica de la política presupuestaria keynesiana (gobierno del ciclo a través de la intervención sobre la demanda). La coincidencia del ciclo cronológico de vigencia de Bretton Woods con el periodo de estabilidad y desarrollo del Estado social indica la funcionalidad de este mecanismo con las exigencias de intervención económica del Estado, de hecho, el principal elemento común entre la dimensión externa y la nacional del sistema económico era la intervención política del mercado. «La relativa estabilidad de los tipos de cambio observada en los años cincuenta y sesenta coincide, de hecho, con una fase muy específica de la historia financiera: la del predominio de un sistema público de financiación internacional y de la represión organizada de las finanzas privadas.

Una fase que coincide con el apogeo del Estado del bienestar en la mayoría de las democracias occidentales, es decir, de un sistema en el que la lógica del mercado quedó ampliamente reglada por la intervención pública en cuatro ámbitos principales: gestión coyuntural, política de la competencia y de precios, distribución de la renta y protección social. El sistema monetario y financiero internacional creado después de la guerra traspone, de algún modo, al ámbito internacional los principios organizativos internos de los Estados Keynesianos»<sup>33</sup>.

32. ADDA, J.: La globalización de la economía... Op. Cit., p. 89.

De igual forma, la liberalización de los mercados financieros suponía la base para la inversión de la intervención económica del Estado, fijada en tomo a la política monetaria, propiciada por el fin de la estabilidad de los cambios y a la lucha contra la inflación<sup>34</sup>. Significó el fin de los principios keynesianos de la actuación del gasto público y del déficit presupuestario en la intervención económica<sup>35</sup>.

La ruptura del sistema de Bretton Woods fue también una decisión política, una estrategia de desvinculación política del mercado, base para futuras liberalizaciones.

Por ello, el proceso de globalización financiera ha sido explicado por algunos autores como la historia de las decisiones políticas liberalizadoras protagonizadas por los Estados<sup>36</sup>. Tres tipos de decisiones políticas adoptadas por los países desarrollados han sido determinantes en la definitiva destrucción del sistema de Bretton Woods.

En primer lugar, la introducción de dosis, cada vez mayores, de permisibilidad y liberalización en la circulación de capitales. El entramado institucional de los acuerdos de 1944 establecía mecanismos de control sobre la circulación de capitales, así el artículo IV de los estatutos del F.M.I. autorizaba el control de los movimientos de capital y éste fue profusa y severamente utilizado hasta finales de la década de los cincuenta. Sin embargo, en lo que Adda ha llamado la primera fase de la globalización financiera<sup>37</sup>, que corresponde con la «emergencia del mercado de los eurodólares»<sup>38</sup>, desde finales de los cincuenta, pero más claramente por el aumento de su importancia en la década siguiente, se crea un mercado europeo de dólares no sujeto a controles estatales. Los intermediarios bancarios trabajan con divisas distintas de la moneda nacional y fuera de las fronteras de los países de origen, por lo que se sustraen a los controles establecidos para la circulación de las monedas nacionales convertibles. La decisión política de permitir operadores de mercado con un grado importante de libertad, que consolida el euromercado de Londres, apoyado por Inglaterra y Estados Unidos, significó ya una ruptura del sistema instaurado en la inmediata postguerra. Esta inicial política liberalizadora alcanza cotas cualitativamente determinantes a mediados de los años setenta con la abolición paulatina del sistema de controles creado al amparo de Bretton Woods. Estas liberalizaciones permitieron la consolidación de un mercado financiero ajeno a las instituciones internacionales que, hasta entonces, habían canalizado el sistema de préstamos y ayuda financiera a los Estados. La afluencia de los petrodólares, en los momentos sucesivos a la primera crisis energética, consolidó este mercado y permitió a las finanzas internacionales escapar del sistema público. Este proceso culmina con la práctica supresión de los controles al tráfico de capitales en los países desarrollados durante los años ochenta.

33. ADDA, J.: La globalización de la economía... Op. Cit., pp. 97-8.

34. MARAZZI, G.: E il denaro va. Op. Cit., pp. 78-79.

35. MARAZZI, G.: E il denaro va. Op. Cit., pp. 78-79.

36. HELLEINER, E.: States and the reemergence of global finance... Op. Cit., pp. 8-12.

37. ADDA, J.: La globalización de la Economía... Op. Cit., pp. 90-2.

38. ADDA, J.: La globalización de la Economía... Op. Cit., pp. 90.

Junto a las medidas liberalizadoras expresas, se sitúan otro tipo de decisiones de los Estados, consistentes en rechazar la intervención en la circulación de capitales, prevista en los acuerdos de Bretton Woods, incluso en las situaciones de crisis creadas durante el proceso de extensión del mercado libre de capitales. En opinión de Helleiner, estas decisiones políticas han sido poco estudiadas por la literatura sobre la globalización financiera<sup>39</sup>.

La renuncia al uso de controles en los momentos de crisis del sistema supuso un punto de inflexión en la competencia entre el mercado libre de capitales y las instituciones reguladas. Resultó ser un espaldarazo a la consolidación y hegemonía del mercado global financiero. Los momentos más expresivos de estas intervenciones negativas se dan precisamente en la fase de hundimiento de Bretton Woods, desde mediados de los setenta hasta los ochenta<sup>40</sup>.

A la intervención negativa citada, entre los años setenta y ochenta del siglo pasado, sigue una radical tendencia a la liberalización del mercado. A comienzos de los 90, puede decirse que no queda nada del sistema ideado en 1944, supone la tercera fase de la globalización, la consolidación definitiva del mercado de capitales como espacio libre y global<sup>41</sup>. La liberalización se complementa con una serie de intervenciones tutelares del mercado que tienden a limitar los efectos de su inestabilidad. Estas intervenciones tienen la finalidad de salvaguardar el mercado global, consolidando definitivamente la nueva situación, son pues funcionales a la liberalización. Ese es el significado de la colaboración política del G7 y sus bancos centrales<sup>42</sup>.

La globalización financiera no sólo resulta ser la avanzada del proceso de globalización económica, sino que opera efectos en el conjunto del sistema. Así, la organización pública, estatal, del mercado financiero global condiciona el comportamiento del sistema, proporcionando las bases legitimadoras de las nuevas políticas públicas.

Los mercados financieros globales determinan el funcionamiento de los sistemas económicos nacionales. En una situación de libertad de circulación de capitales, la valorización del capital se realiza en el ámbito de los mercados financieros<sup>43</sup> e impone sus condiciones al conjunto del sistema. La localización del capital condicionada por la exigencia de altas tasas de valorización del capital en el corto plazo y la tendencia a la especulación como comportamiento generalizado del sistema financiero perturba el sistema económico y rompe con la determinación de los beneficios del aparato productivo nacional. La crisis de Méjico de finales de 1994 ilustra esta capacidad de condicionar el comportamiento económico general<sup>44</sup>.

39. HELLEINER, E.: States and fue reemergence of global finance... Op. Cit., p. 9.

40. KAPSTEIN, E.B.: Governing the global economy. Intemational finance and the State. Marrard University Press. Cambridge. Londres. 1994, pp. 30-57.

41. Para una descripción del proceso en los países claves ver HELLEINER. Op. Cit. Cap. 7. pp. 146-56 94.

42. Para una descripción del proceso en los países claves ver HELLEINER. Op. Cit. Cap. 7 pp. 11-12

43. ALTWATER, E.: «El lugar y el tiempo de la política bajo las condiciones de la globalización económica» Op. Cit.

La globalización financiera trastoca la relación entre el capital financiero y el capital industrial. La descripción de Hilferding respecto al surgimiento del capitalismo monopolista y a su hegemonía, que comportaba una fusión entre ambos capitales muta sustancialmente para pasar a una hegemonía del capital financiero en el sistema. La localización del capital, la decisión de la financiación y la inversión obedece a la lógica especulativa y sanciona la disociación entre inversión financiera y productiva<sup>45</sup>. Se sanciona la desconexión entre la esfera financiera y la productiva<sup>46</sup>, esta ruptura se manifiesta en la desproporción de los flujos comerciales y financieros. Los datos indican que, en la década de los noventa, el importe de las transacciones financieras internacionales fue cinco veces mayor que el valor del comercio de mercancías y servicios.

Ese dato indica de forma expresiva la hegemonía del capital financiero en la definición de los términos de la valorización del capital. La relación entre ambos capitales explicaba el auge de la empresa fordista en la organización de la producción y la importancia de ésta en las condiciones de extracción del plusvalor. La inversión de la relación, el establecimiento de las condiciones de la reproducción del capital en base a las exigencias del mercado global de capitales fruto de la hegemonía del capital financiero redefine el funcionamiento del sistema. Es desde estos ámbitos desde donde se establecen las condiciones de competencia, extendiendo su influencia a la totalidad de los mercados, incluyendo el de trabajo.

Pero esto no es sino la consecuencia de la nueva estrategia de acumulación, no el resultado de determinismos irresistibles.

#### 2.4. EL DOBLE DETERMINISMO.

Las consecuencias de las decisiones liberalizadoras de los mercados adoptadas por los Estados constituyen la base de la dimensión ideológica de la globalización. Desde ésta, tanto las transformaciones en curso, las nuevas políticas practicadas y la relación Estado economía que se establece aparecen como imperativos ineludibles, a la vez que deseables para el buen funcionamiento del sistema económico. El paradigma globalizador asume así una posición legitimadora respecto a la política globalizadora, configurándose como determinismos que limitan el espacio político frente a las normas económicas.

Esencialmente, dos determinismos asumen este papel en el discurso globalizador: el tecnológico y el que hemos llamado naturalista.

##### 2.4.1. *El determinismo tecnológico.*

Es evidente que las innovaciones tecnológicas, como tales, no constituyen un elemento decisivo en el actual cuadro de transformaciones económicas, sin

44. PLIHON, D.: «Les enjeux de la globalisation financière» Op. Cit.

45. MARAZZI, C.: E il denaro va. Op. Cit., pp. 94.

46. PLIHON, D.: «Les enjeux de la globalisation financière». Op. Cit.

embargo, en algunos casos, actúa como precondition para el funcionamiento de los mercados globalizados. Si el acento de la definición del fenómeno se sitúa en la capacidad de funcionar como unidad en tiempo real del espacio económico, la innovación tecnológica permite esta inmediatez de las decisiones económicas, sin las que el mercado globalizado no podría funcionar. El elemento cualitativo que distingue el funcionamiento de los mercados frente a experiencias anteriores tiene un componente tecnológico que permite su realización.

Pero si en términos generales la innovación tecnológica es situada en este plano ejerce una influencia decisiva en la teorización de los cambios acontecidos en el paso al postfordismo.

Al menos en dos dimensiones, desde cierta literatura<sup>47</sup>, las innovaciones tecnológicas han actuado como determinismos legitimantes: En la nueva caracterización del trabajo y en la organización de la producción, que se expresará en el nuevo paradigma de empresa, la empresa red, que será la empresa globalizada.

En el primer aspecto, el paradigma del obrero fordista se sustituye por el del trabajador flexible. Desde comienzos de la década de los ochenta la introducción de la informática en la producción opera en la definición del trabajador un cambio sustancial, frente a un obrero no especializado que realizaba tareas repetitivas en la cadena de montaje fordista, se demanda un trabajador altamente cualificado, polivalente y con alto grado de autonomía, rasgos estos que se derivan de las exigencias de la integración tecnológica en el proceso de producción. La flexibilidad se convierte en la nota definitoria del trabajador, junto a la cualificación y suponen el futuro del trabajo industrial<sup>48</sup>. La flexibilidad como elemento inducido por la tecnología se convierte en exigencia de intervención política y determina la política del mercado de trabajo en la mayoría del occidente desarrollado. Flexibilidad se contrapone a rigidez del mercado de trabajo fordista y exige el fin de las sujeciones que había impuesto el Derecho del trabajo tutelar y garantista del Estado social. Desde este punto de vista el ingrediente tecnológico aporta elementos legitimadores a la globalización y su acción liberalizadora en el mercado de trabajo.

Si abordamos la perspectiva de la organización de la producción, donde el paradigma postfordista expresa la lógica globalizadora, la empresa red se opone a la vieja fábrica fordista y es expresión de la nueva organización de la producción. Las tecnologías informáticas permiten romper con la costosa estructura industrial de la gran producción en serie con equipamientos más polivalentes capaces de dar respuesta a las variaciones del mercado en cortos períodos de

47. Ver la literatura en torno a la especialización flexible cuyos portavoces más destacados han sido Sabel y Piove. PIOVE, M., y SABEL, C.: *La segunda ruptura industrial*. Alianza Universidad. Madrid. 1990.

48. Ver SABEL, C., y ZEITLIN, J.: «Alternative storiche alla produzione di massa» en *Stato e mercato*, 1982, nº 5, pp. 213-35; PIOVE, M., y SABEL, C.: «Keynesianismo internazionale e specializzazione flessibile» en *Il teorema sindacale*. Il Mulino, Bologna, 1985, pp. 229-52; SABEL, C.: «La flessibilità industriale in una prospettiva storico-comparativa. Alcuni esempi tedeschi e americani» en *La sfida della flessibilità*. Impresa, lavoro e sindacati nella fase «postfordista». F. Angeli. Milán, 1988. Pp. 41-67.

tiempo. Innovación también aquí significa adaptabilidad, flexibilidad, pero también nueva organización de la empresa. La empresa multinacional fordista, altamente centralizada, es sustituida por otra donde se interioriza la competitividad en la organización de las secciones empresariales, donde la economía de escala no es un factor de reducción de costes. La empresa global-postfordista es ahora una constelación de unidades autónomas coordinadas<sup>49</sup>. El paradigma de la empresa global pasa, pues, a ser fruto de la afectación tecnológica.

Aunque en parte de la literatura sociológica y económica la propuesta de la especialización flexible se conforma, en su doble vertiente de configuración del trabajo y de organización de la empresa como el paradigma dominante y de futuro, sin embargo, estas posiciones distan mucho de ser pacíficas. La escuela de Warwick contesta el intento de establecimiento del paradigma globalizador flexible desmintiendo que, tanto el trabajo, como la organización empresarial adopten esas formas mayoritariamente<sup>50</sup>. El trabajador flexible no encarna un modelo de trabajador libre que, en base a su cualificación y habilidades establece una conexión directa entre esfuerzo laboral y éxito empresarial que permite recomponer una comunidad de intereses. Este trabajador es simplemente inexistente. En primer lugar, la generalización de un trabajador altamente cualificado y bien remunerado no se ha producido y continúa siendo un segmento del mercado de trabajo poco significativo<sup>51</sup>.

En segundo, la organización del proceso productivo en la empresa redundante en una intensificación de la explotación y de la subordinación del trabajador.

El modelo productivo de la empresa fordista ha devenido un «taylorismo robotizado»<sup>52</sup>, más que un espacio de autonomía productiva, refeudalizando las relaciones empresario-trabajador, extremando las formas de control y dependencia del trabajo<sup>53</sup>.

Lo mismo cabría decir respecto a la generalización de la empresa red que, además de ser escasa, no significa sino la introducción de la lógica de la competencia en la organización empresarial.

La globalización escapa así a consideraciones deterministas para evidenciarse como estrategia de la acumulación en la fase postfordista, actuando como paradigma legitimador de las políticas de impulso y sostén de la globalización. Predicar desde la globalización la pérdida de poder del Estado significa ocultar la realidad de los procesos y el papel del Estado en los mismos. La globalización no sólo ha sido el fruto de la acción estatal conformando al Estado como el principal agente globalizador, sino que las funciones asignadas al Estado amplifican la

49. VELTZ, P.: «Rationalisation, organisation et modes d'organisation dans l'industrie. Orientations de recherche» en *L'après fordisme*. Ed. Economica. París. 1988, pp. 33-46.

50. Ver el volumen ¿Adiós a la flexibilidad? (Comp. Ann Pollert). Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1994.

51. MAGINSON, P.: «Cambios y continuidad en la estructura del empleo en las grandes empresas» en ¿Adiós a la flexibilidad? Op. Cit., pp. 85-102.

52. CORIAT, B.: «Les métamorphoses de la division du travail dans la crise contemporaine: l'implication et ses modes» en *La crise du travail*. PUF. París, 1991, pp. 51-69.

53. GORZ, A.: *Miseres du présent, richesse du possible*. Galilée. París, 1997, pp. 66

importancia de las intervenciones extraeconómicas en la articulación de las competencias económicas<sup>54</sup>. El Estado no sólo organiza el mercado global, sino que asume como función impulsar la competencia en el ámbito local.

#### 2.4.2. *El determinismo naturalista*

El otro determinismo que asume funciones legitimantes respecto al paradigma globalizador es el que hemos denominado naturalista. Se pretende que el mercado es una institución natural con reglas, no sólo propias, sino distintas de las de la política, que se contraponen a la intervención reguladora pública. Desde estas posiciones se ha pretendido construir una especie de iusnaturalismo del mercado, asumiendo la sugerente formulación de Irti<sup>55</sup>. Se recupera de esta forma la tradición liberal que convertía a la sociedad natural en economía, en el mercado. Para afirmar la inevitabilidad de las políticas económicas de construcción de los mercados libres se formula la primacía de la economía y su autonomía.

La economía natural y su institución: el mercado, se presentan como ajenas a la política, de manera que la intervención en este ámbito debe estar presidida por normas técnicas expresión del carácter objetivo de sus reglas: el mercado como institución natural opera como un determinismo globalizador, en esta fase del desarrollo económico, que se impone al Estado.

La sociología del derecho, incorporando la teoría de sistemas, ya había formulado una propuesta no muy distinta.

Las tesis sobre el derecho reflexivo<sup>56</sup>, trasladando la reflexión Lumanniana a la caracterización del sistema jurídico y su relación con el sistema económico, parte de la base de su autonomía. La definición del derecho como un sistema autopoietico, que comparte con la economía su carácter cerrado, articulan una propuesta de no intervención<sup>57</sup>.

Un sistema autopoietico se define como una unidad compleja que se articula a través de una organización cerrada de procesos productivos, tal que la misma organización de procesos es generada mediante la interacción de sus componentes<sup>58</sup> se configura así un límite que emerge de los mismos procesos constitutivos de actuación y de relación entre el derecho y el mercado definido por su autonomía.

Esta teorización que ha cosechado una indudable influencia en la teoría del derecho moderna contribuyendo a una fundamentación teórica de la reforma

54. JESSOP, B.: «Reflexiones sobre la lógica de la globalización» op. cit. ALTAVATERE, E.: «El lugar y el tiempo de lo político...» Op. Cit.

55. IRTI, N.: «Diritto e mercato» en *Il dibattito. Nill'ordine giuridico del mercato*. Op. cit.

56. Ver TEUBNER, G.: «Substantive and reflexive elements in modern law». En *Law and Society Review*. 1983, pp. 239-62; también *Le droit un systeme autopoietique*. Puf. París, 1993.

57. NAHAMOVITZ, P.: «Difficulties with economic law: Definitional and material problems of an emerging legal discipline» en *State, law and economy as autopoietic systems. Regulation and autonomy in a new perspective*. (G. Teubner and A. Febbrago, org.) Milán. Giuffre, 1992, pp. 417 y ss.

58. JESSOP, B.: «The economy, the state and the law: Teories of relative autonomy and autopoietic closure» en *State, law, economy...* op. cit., pp. 1887 y ss.

liberalizadora de los mercados de trabajo<sup>59</sup> acaba asumiendo el determinismo naturalista en la relación economía-derecho.

Parece que, a estas alturas, debiera resultar insostenible tanto las tesis referidas a la autonomía de los sistemas cerrados, como la extrapolación liberal del contractualismo político al mercado. El mercado es una institución artificial, fruto de una decisión política que lo conforma<sup>60</sup>. La propia definición que ofrece Irti de mercado clarifica la dependencia política en su organización «propongo definir el mercado como unidad jurídica de las relaciones de intercambio, referidas a un bien dado o a una categoría de bienes. Ni una sola relación de intercambio ni una arbitraria pluralidad de estas forman un mercado, el cual siempre exige un criterio unificante: un principio capaz de gobernar la variedad de comportamientos y reducirlos a unidad»<sup>61</sup>. Siguiendo a Carnelutti, Irti entiende que el mercado es siempre lugar de circulación jurídica que, por ello mismo, no puede sustraerse a la regulación. Incluso la liberalización del mercado, es decir, el abandono de las relaciones al puro juego de los intereses individuales es una decisión que precisa organizarse normativamente. Por ello mismo, concluye este autor, no hay mercado, sino mercados, en la medida en que cada regulación constituye un espacio propio con su lógica de funcionamiento<sup>62</sup>. El mercado es, por tanto, en sí mismo, una institución política.

La propia consideración del mercado sobre la base argumental mencionada impide cualquier determinismo condicionante y evidencia el papel público en la organización del mismo, claramente confirmado en el proceso de construcción-liberalización de los mercados globales. Se afirma así la caracterización antes realizada de la globalización como estrategia de acumulación de la fase postfordista y el protagonismo estatal en su configuración.

### 3. ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIÓN: LA CONSTITUCIÓN COMO GARANTÍA.

No se trata ahora de sintetizar la evolución doctrinal del constitucionalismo del siglo XX hasta llegar, en Europa, a la recuperación de la normatividad constitucional y su capacidad ordenante de sistema jurídico, simbolizados en su rigidez. Pretendemos solamente recordar la conexión entre las características del constitucionalismo de la II postguerra y la forma de Estado social.

La rigidez constitucional como mecanismo sobre el que se asienta la constitución garantista no es sino la respuesta jurídica a la crisis liberal y a la gestación del Estado social. La constitución como pacto interiorizando esta caracterización

59. MAESTRO, G.: «Reforma del mercado de trabajo y Estado social» en *Sociología del diritto*, 1996, nº 1, pp. 73 y ss.

60. IRTI, N.: «L'ordine giuridico del mercato» en *L'ordine giuridico del mercato*. Laterza. Bari. 1998, pp. 3-64.

61. IRTI, N.: «Concetto giuridico di mercato e doveri di solidarietà» en *L'ordine giuridico del mercato*. Op. Cit., pp. 81-91.

62. IRTI, N.: «L'ordine giuridico del mercato» en *L'ordine giuridico del mercato*. Laterza. Bari. 1998, pp. 3-64.

del Estado social exige esta dimensión garantista<sup>63</sup> y, por ello, se configura como la novedad esencial que aporta el constitucionalismo social.

La crisis del Estado liberal es el momento cronológico del debate jurídico sobre el papel garantista del texto constitucional, no sólo supone la apertura del debate sobre la defensa de la constitución y su articulación<sup>64</sup>, sino una nueva fundamentación de la relación entre Constitución y democracia<sup>65</sup>.

Ciertamente, Kelsen abre la concepción garantista de la constitución, sienta las bases de sus caracteres jurídicos consagrados en el constitucionalismo social y aunque su dimensión garantista dista de asumir la materialidad de contenidos que incorpora el Estado social, no es ajeno a la institucionalización formal del conflicto.

Kelsen significa superación de la perspectiva del constitucionalismo liberal<sup>66</sup> precisamente por la función constitucional como garantismo democrático. Parte de la doctrina ha resaltado esta aportación fundamental del jurista austríaco<sup>67</sup>, a menudo oculta por la preeminencia de su discurso normativista.

La teoría de la democracia kelseniana, fundada sobre el relativismo filosófico y su concepción procedimental otorga un papel fundamental al pluralismo y a su tutela.

El pluralismo no es sino la aceptación del conflicto y que la política es primordialmente la solución coyuntural al conflicto que pervive en cuanto este es expresión del pluralismo. La función de la constitución es la de preservación del pluralismo mediante la garantía de las reglas del juego (democracia procedimental).

La conexión entre constitución y democracia o, si se quiere, su teoría constitucional de la democracia descansa en la función garantista de la constitución, articulada técnicamente desde su posición en el ordenamiento y sus mecanismos de defensa.

Kelsen representa el tránsito del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social, situando en la constitución la garantía de las reglas de la democracia<sup>68</sup>.

Por ello mismo y a pesar de su relativismo material, es lícito vincular su garantismo constitucional con la forma de Estado. Pluralismo significa fin del Estado monoclasa. Tutela del pluralismo significa exigencias de garantía de las reglas de relación entre sujetos antagónicos, es decir, garantía procedimental del conflicto. Aún desde una concepción formal de la democracia no se pueden obviar estas conexiones. Sin embargo, las insuficiencias de la teoría kelseniana estriban en su planteamiento formal, frente a la novedad del Estado social, es por esto que, esta

63. FERRAJOLI, L.: *La cultura giuridica nell'Italia del novecento*. Laterza. Bari, 1999, pp. 52-3

64. Sobre el origen del debate europeo del control de constitucionalidad de las leyes, CRUZ VILLALÓN, P.: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. CEC. Madrid. 1987, pp 27 y ss.

65. FIORA, V., y ANTI, M.: *Costituzione*. Laterza. Bari, 1999, pp. 157-9.

66. BONGIOVANNI, G.: «Dalla "dottrina della costituzione" alla "teoria dei valori": la ricerca di un difficile equilibrio» en *Democrazia e diritto*. 1997. N° I, pp. 73-109.

67. BALDASSARRE, A.: «Costituzione e teoria dei valori» en *Politica del diritto*. 1991. N° 4, pp. 639-58.

68. FLORAVANTI, M.: *Stato e costituzione. Materiali per la storia delle dottrine costituzionali*. Grapicheli. Turín, 1993. pp. 143.

forma de Estado planteará la inserción de contenidos materiales en la función garantista de la constitución.

La constitución del Estado social, parafraseando a Baldassarre significa superar a Kelsen, partiendo de su aportación fundamental.

Así pues, el Estado social constitucionalmente significa garantismo material del contenido de la norma fundamental. Esta significación viene deducida también de la caracterización de este tipo de Estado.

El nuevo garantismo material de la constitución viene expresado en una doble dimensión, emana, de una parte, de la constitucionalización de la forma de Estado social, que preside un proyecto social, ahora tutelado jurídicamente, de otra de aquel origen Kelseniano vinculado al fin del Estado monoclase. La constitución «viene a definirse como un conjunto de *máximas de estructuración* que ordena y dirige el proceso político entendido como proceso de transformación hacia el modelo que esta describe[...] siendo valores máximos de estructuración positivamente puestos mediante normas jurídicas obligatorias la constitución se configura como complejo de garantías de mecanismos de tutela que tienden a hacer efectiva la actuación de la previsión constitucional y a defenderla contra la espontaneidad de los mismos comportamientos de los sujetos políticos e institucionales»<sup>69</sup>.

Se correspondería una formulación como la de Dogliani con el concepto de «constitución indirizzo» de Barile, que se vincularía a un concepto de constitución material<sup>70</sup>. Constitución material o, por lo menos, desde esta perspectiva, un concepto garantista que va vinculado a la forma de Estado.

En el contexto de la construcción del Estado social, constitución material alude a la garantía del contenido del nuevo Estado, garantía que adquiere especial relevancia en base a la caracterización de pacto de esta forma de Estado.

Si lo definitorio del constitucionalismo social es la interiorización del conflicto en la cúspide del ordenamiento<sup>71</sup>, incorporando principios contradictorios en sus contenidos, la constitución asume la función garantista precisamente porque éste se constituye en sede del pacto fundador de este Estado. Su garantismo se extiende a los contenidos que determinan la adopción de la forma de Estado. Incorpora, por tanto, la constitución del Estado social un concepto fuerte de vinculación del ordenamiento.

El punto de llegada que significó el constitucionalismo de la II postguerra mundial significaba una sujeción del ordenamiento y de la actividad estatal al programa constitucional que establece el contenido del garantismo material.

Así, la caracterización de la constitución, patrimonio del Estado constitucional, viene vinculada y explicada por la forma de Estado. La doctrina, al menos hasta finales de los setenta del siglo pasado, asume esta concepción fuerte del vín-

69. DOGLIANI, M.: Interpretazioni della costituzione. F. Angeli, Milán, 1982, p. 52.

70. BARILE, P.: «I poteri del presidente della repubblica» en Riv. Trimestrali di diritto pubblico. 1958. N° 2, pp. 301 y ss.

71. DE CABO, C.: Intervención en la «encuesta sobre la orientación del Derecho constitucional» en Teoría y realidad constitucional. 1998, n° 1, pp. 18-19.

culo constitucional que se expresa en la definición de la constitución como norma jurídica suprema.

Paradigmática de esta concepción es la doctrina constitucional de las décadas siguientes a la postguerra mundial. Especialmente ilustrativa es la construcción de la doctrina italiana de la constitucionalización del Estado social, formuladora de una concepción fuerte de la recepción normativa de este Estado.

### 3.1. LA CONSTRUCCIÓN CONSTITUCIONAL DEL ESTADO SOCIAL.

Posiblemente sean Giannini y Mortati los que con mayor claridad elaboraron la vinculación entre la constitución como garantía y la forma «Estado social». La aproximación metodológica empleada por estos autores, con el lugar central que ocupan conceptos como forma de Estado y constitución material, ambas relacionadas, permite deducir, tanto la nueva posición garantista de la constitución en alusión a su configuración como expresión del pacto, como a la función constitucional de dirección del proceso político como vínculo con el programa constitucional.

En ambos casos, esta construcción de la norma suprema se realiza en torno a la significación de la recepción del trabajo en la constitución, cuestión nada extraña, teniendo en cuenta que la caracterización del Estado social gira en torno al proceso de integración del trabajo.

#### 3.1.1. *Giannini y el Estado pluriclase.*

La base de partida es la caracterización del tipo de Estado que se constitucionaliza, que se realiza sobre la base de la integración del trabajo, aunque será posteriormente cuando se formulará expresamente como Estado pluriclase<sup>72</sup> y será esta la que determine la configuración de la constitución.

La constitución del Estado pluriclase se define como «constitución convencional»<sup>73</sup>, acentuando su carácter compromisorio, esto en contraste con las constituciones del Estado monoclasa. «Hay otras que son verdaderas y propias convenciones entre las fuerzas políticas en competencia, las cuales, estructuralmente, se articulan en garantías unilaterales, bilaterales y recíprocas, según los momentos y las fuerzas y, en las cuales también la misma organización constitucional se recubre de una función de garantía»<sup>74</sup>. Coloca pues a la constitución en una función de mediación normativa básica en el conflicto, elemento este esencial en el Estado pluriclase. De ahí que su carácter sea inequívoca e inevitablemente garantista. Esta posición es radicalmente evidente en la forma de establecer el juego de cesiones recíprocas en que se concreta el sistema de garantías.

72. GIANNINI, M.S.: «Rilevanza costituzionale dellavoro» en Riv. Giuridica dellavoro, 1949, pp. 1 y ss.

73. GIANNINI, M.S.: «Rilevanza costituzionale dellavoro» en Riv. Giuridica dellavoro, 1949, pp. 1 y ss.

74. GIANNINI, M.S.: «Rilevanza costituzionale dellavoro» en Riv. Giuridica dellavoro, 1949, pp. 1 y ss.

Un primer nivel donde se materializa la concepción garantista de la constitución viene determinado por la constitucionalización de la forma de Estado, papel que cumple, en la Constitución Italiana, su artículo 1, con la referencia primaria al trabajo. El artículo 1 tiene como significado enunciar un principio fundamental del régimen constitucional. Este precepto se completa con el artículo 4, que servirá de conexión con el sistema concreto de garantías que establece<sup>75</sup>.

El complejo de garantías, consecuencia del proceso de integración del trabajo en el Estado pluriclase se establece en un triple ámbito. Por un lado, garantías referidas al contrato de trabajo, por otro, garantías de protección social y, por último, garantías de coparticipación en el «indirizzo político sustancial»<sup>76</sup>.

Las primeras garantías sientan las bases constitucionales del Derecho del trabajo del Estado social, aunque en la compleja experiencia italiana no tiene una construcción prevalentemente normativa, que se define en tomo a la intervención protectora y asume también funciones garantistas.

El segundo grupo son normas coadyuvantes a la tutela del trabajo, que actúan en el ámbito público<sup>77</sup>, la protección social se vincula esencialmente al proceso de integración económica del trabajo y adquiere su significación en este marco.

La referencia a la coparticipación en el «indirizzo politico sustancial» como parte del sistema de garantías impone la necesaria capacidad constitucional para presidir el desarrollo del proceso político, convirtiéndolo al modelo recibido en el texto fundamental en límite para la gestión del sistema.

### 3.1.2. *Constitución y Estado social en Mortati.*

La construcción mortatiana no difiere sustancialmente de la aportación de Giannini, sí esta presente un vínculo más estricto de la forma de Estado con el trabajo y la capacidad de éste de configurarse como uno de los núcleos de la constitución material que incorpora el Estado republicano.

El garantismo constitucional aparece, en este caso, vinculado a su construcción de la constitución material<sup>78</sup> que preside las relaciones en el interior del ordenamiento, de la que la constitución formal no es sino su expresión. Sin embargo, tampoco está exenta la idea de garantismo constitucional asociada al contenido compromisorio de la constitución<sup>79</sup>, que resulta asociada a la constitución material en su definición del proyecto y fuerzas dominantes republicanas.

75. GIANNINI, M.S.: «Rilevanza costituzionale del lavoro» en Riv. Giuridica del lavoro, 1949, pp. 1 y ss.

76. GIANNINI, M.S.: «Rilevanza costituzionale del lavoro» en Riv. Giuridica del lavoro, 1949, pp. 1 y ss.

77. GIANNINI, M.S.: «Profili costituzionali delle protezone sociale delle categorie lavoratrici» en Rivista giuridica del lavoro, 1953, pp. 3 y ss.

78. MORTATI, C.: La costituzione in senso materiale. Giuffré, Milán, 1998.

79. MORTATI, C.: «Il diritto al lavoro secondo la costituzione della Repubblica» en Raccolta di scritti Vol III. Giuffré, Milán, 1972, pp. 142 Y ss. También «Comentario al artículo 1 de la constitución» en Comentario della costituzione (a cura di G. Branca). Principios fundamentales. Zanichelli. Bolonia, 1975, pp. 1 y ss.

La constitución material, que viene determinada por la forma de Estado<sup>80</sup> se define en torno a dos ideas fuertes que acentuarán la dimensión garantista de la Constitución, por una parte el trabajo y por otra el de economía mixta. La expresión constitucional de la forma de Estado viene acogida en el artículo 1 de la Constitución italiana y confirmada en el 4. El término economía mixta define también el proyecto constituyente conformando los contornos de su identificación. Del carácter que asume la forma de Estado en la teoría constitucional mortatiana debe deducirse una vinculación fuerte de los preceptos que la expresan al conjunto del ordenamiento y de la acción pública. Vínculo o sujeción fuerte que debe expresarse en un sistema de garantías<sup>81</sup>.

Por ello mismo, partiendo los artículos 1 y 4 en tomo a la idea del pleno empleo como materialización del interés general, deduce de estos preceptos un sistema de garantías que puede ser descrito así:<sup>82</sup>

– En relación con el legislador. Obligaciones de no hacer, es decir, de no derogar normas existentes que se dirijan a facilitar ocasiones de empleo sin sustituirlas por otras de la misma finalidad. Obligación de hacer, dirigiendo su intervención al pleno empleo.

– En relación con la administración, obligación de ejercitar sus poderes de forma que no se obstaculice la creación de empleo.

– En relación con el poder judicial, obligación de interpretar las normas en el sentido más conforme para satisfacer la pretensión el trabajo y anulando las normas que estén en radical contraste con los principios constitucionales tuteladores del pleno empleo.

– En las relaciones privadas se impone la obligación de utilizar su autonomía en el campo de las relaciones productivas de forma congruente con el fin de la máxima ocupación.

Como se ve, se introduce una teorización del vínculo fuerte de las normas generales que definen el contenido del Estado social. Por supuesto, el sistema de garantías constitucionales del trabajo no queda reducido a la deducción derivada de los principios fundamentales sino que se completa con una articulación más compleja que acaba configurando el cuadro constitucional del trabajo como eje definidor del Estado social.

Ese papel cumple la regulación del reconocimiento de la nueva subjetividad política y de los instrumentos de autotutela, pero también los mecanismos de intervención económica, que son concebidos como instrumentos garantistas en tanto funcionales a la protección el trabajo<sup>83</sup>.

80. Ver Voz Costituzione. Dottrine generale e costituzione della Repubblica italiana» en Enciclopedia del diritto. Giuffré Milan, 1962, pp. 139 y ss. También voz «Diritto costituzionale (nozione e caratteri)» en Enciclopedia del diritto. Giuffré. Milán. 1964 pp. 947 y ss. También la forma di governo. Cedam. Padua. 1973, pp. 39.

81. MORTATI, C.: «Il diritto al lavoro»... Op. cit.

82. MORTATI, C.: «Il lavoro nella costituzione» en Il diritto al lavoro. Giuffré. Milán, 1954, pp. 149 y ss.

83. MORTATI, C.: «Il lavoro nella costituzione»... Op. cit.

Como antes hemos aludido, el carácter de pacto de la constitución, que implica la exigencia del garantismo se expresa nítidamente en el concepto de economía mixta. Esta fórmula materializa un juego de contraprestaciones mutuas que tiene su sede en el texto fundamental como garantía de los sujetos protagonistas del debate constituyente. Economía mixta significará compromiso y viene determinada por la institucionalización de la intervención pública, finalizada a la tutela del trabajo, así como por el reconocimiento de la autonomía del privado, que actúa, entre otras dimensiones, como límite a la intervención estatal<sup>84</sup>.

Es fundamentalmente su concepción de la constitución material vinculada a la configuración del Estado social la que produce una caracterización garantista de la constitución que impone un vínculo fuerte al ordenamiento.

#### 4. LA CONSTITUCIÓN DÉBIL.

##### 4.1. DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA A LA CONSTITUCIÓN DÉBIL.

Como hemos visto, la constitución garantista se construye sobre la base de un vínculo fuerte a la constitución respecto, tanto del ordenamiento, es decir de la ley, como, en general, de la actividad estatal y, lo hace sobre la base de la introducción de contenidos materiales no sólo reconducibles al sistema de derechos, aunque este sea su expresión primaria.

El garantismo, la constitución fuerte, ligada a las exigencias del pacto y expresada en la forma de Estado constitucionalizado rehuye la lógica kelseniana del relativismo como fundamento de la democracia e incorpora un concepto altamente material de democracia.

El concepto de legalidad material reclama que el vínculo constitucional se ejerza en confrontación con la ley respecto a contenidos, a criterios materiales, no relativizables, sino reconducibles a un proyecto constitucional dotado de unidad y vocación<sup>85</sup> ordenante .

La disputa sobre la justicia constitucional en sus comienzos situaba en términos esterilizantes el traslado a la sede constitucional del garantismo, si se asumía como base el relativismo ético<sup>86</sup>. La democracia procedimental sólo abría el paso a la democracia de la postguerra y a la concepción sustancial que ésta imponía. De la misma forma, la concepción de la constitución, ahora normativa, tenía que interiorizar los contenidos materiales que incorporaba el nuevo proyecto de Estado.

Es por esto que los derechos adquieren una relevancia contextual en el ámbito constitucional, del que es imposible desprenderlos. Así la doctrina ha revelado la conexión entre el sistema de derechos constitucionales y la forma de estado, estableciendo una relación de reciprocidad<sup>87</sup>. Es porque el sistema de

84. MORTATI, C.: «Il lavoro nella costituzione» Op. Cit.

85. DOGLIANI, M.: «La lotta per la costituzione» en Diritto pubblico, 1996. Nº2, pp. 293-316.

86. MEZZANOTTE, C.: Carte costituzione y legittimazione politica. Roma. 1998, pp. 40-46

87. CARLASSORRE, L.: «Forma distato e diritti fondamentali» en Quaderni Costituzionali, 1995, nº1 pp. 33-66.

derechos encuentra su lógica en su ubicación en el proyecto unitario que refleja la constitución. desvincularlos del mismo, instaurando una especie de convivencia caótica, sin más relación que la interferencia normativa es privar de sentido a la propia constitución. Sería tanto como desnaturalizar la aportación del constitucionalismo social que se vertebra en tomo a la construcción de esta forma de Estado. Introducir en el sistema de derechos una lógica desestructuralizante, operar su desconexión del proyecto unitario de la constitución supondría reinstaurar el relativismo ético en el constitucionalismo. Equivaldría a una involución a los orígenes del garantismo constitucional en Europa. Significaría volver a Kelsen, no para superarlo<sup>88</sup> sino para desvirtuar incluso sus aportaciones garantistas.

Por todo ello, parece necesario recordar el vínculo que en el constitucionalismo de la postguerra se estableció entre garantismo y constitución, definida como sede de un programa unitario que se expresa en la forma de Estado que interioriza la concepción de garantismo constitucional. Como constitucionalismo fuerte, implica la necesaria influencia de la forma de Estado en la disciplina del ordenamiento y la sujeción del mismo a los contenidos de ésta.

Esta formulación tiende a rescatar, como en la aportación mortatiana<sup>89</sup>, la conexión entre constitución formal, constitución escrita, y constitución material, no en términos desvalorizadores de la primera, sino al contrario, dotándola de un status fuerte derivado de su función de traducción de la constitución material.

Constitución garantista significa primariamente constitución normativa que se traduce en un vínculo fuerte al legislador en sus contenidos. Por el contrario, constitución débil expresa un proceso de desnortativización constitucional que se traduce en una débil relación entre constitución y ordenamiento, en su relación con el legislador.

La concepción de la constitución débil se contrapone a la construida en el constitucionalismo social, esto se expresa en la dificultad constitucional para condicionar el ordenamiento, este proceso se construye sobre la afirmación de la dificultad de la constitución formal, de la escritura constitucional<sup>90</sup>, para servir de parámetro de validez normativa.

En definitiva, la constitución débil, a la que luego intentaremos caracterizar, trastoca, o si se quiere redefine el sistema de fuentes del ordenamiento. Si este, desde la normatividad constitucional, se había construido, en lo que aquí importa, sobre el criterio de jerarquía, directamente conectado con el concepto de constitución rígida, ahora la constitución deja de funcionar como norma condicionante, especialmente en sus contenidos materiales, para convertirse en mero parámetro de referencia, en el marco de un proceso valorativo sin especiales sujeciones.

«No sólo la *lex posterior* o la especialidad [...] sino la misma jerarquía —como se ha intentado poco antes demostrar— sufren una evidente relativización»<sup>91</sup>. Rug-

88. BALDASSARRE, A.: «Costituzione e teoria dei valori» Op. Cit.

89. DOGLIANI, M.: Interpretazioni delle costituzione. F. Angeli. Milán, 1982, pp. 52-59-62.

90. DOGLIANI, M.: «Diritto costituzional e scrittura» en *Ars Interpretandi*, 1997, pp. 103-36.

91. RUGGERI, A.: Fatti e norme nei giudizi sulla leggi e la «metamorfosi» dei criteri ordinatori delle fonti». Giappicheli. Turín. 1994, pp. 153.

geri indica que las técnicas modernas de la jurisprudencia constitucional han producido una metamorfosis de los criterios ordenantes del sistema de fuentes, sustituyendo los mecanismos de sujeción normativa en los sistemas de constitución rígida, por parámetros flexibles desvinculados de la norma constitucional, materializándose una absorción de estos criterios por la «razonabilidad» y sustituyendo ésta a los parámetros de control del ordenamiento<sup>92</sup>.

Aunque este autor sugiere la sustitución de criterios formales por otros sustanciales que implican una revalorización de los principios y valores, cuestión esta que trataremos más adelante, reconoce una fuente de desnortatividad constitucional que conduce a su debilidad<sup>93</sup>. Si la razonabilidad, con las dificultades de concreción y definición deviene único parámetro de legitimidad de las leyes se introduce una dinámica de flexibilización constitucional que la desnortativiza «el sistema normativo se recompone cotidianamente»<sup>94</sup>.

De esta forma, la relación constitución-ley deja de ser emanación del carácter normativo de la constitución para ser el resultado de la recomposición jurisprudencial del ordenamiento. El concepto de constitución y el sistema de fuentes se conecta así directamente con la interpretación constitucional y la propia justicia constitucional deja de ser el instrumento técnico de garantía de la normatividad constitucional para asumir otras funciones. Se convierten los tribunales constitucionales en gestores de un sistema de intereses definido por la dinámica política y social<sup>95</sup>.

Ciertamente, la jurisprudencia constitucional se conforma, en estos momentos, como el campo de prueba del cambio de paradigma constitucional, de hecho, las construcciones teóricas de esta propuesta, la de la constitución débil, se realiza en el marco de la reflexión sobre la interpretación constitucional<sup>96</sup>. Por ello, el discurso interpretativo remite directamente a la concepción de la constitución.

## 4.2. LA CONSTRUCCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DÉBIL.

### 4.2.1. *La constitución mínima.*

Aunque no directamente vinculada a la interpretación constitucional, en cuyo marco más elaboradamente se ha construido la constitución débil, Spadaro<sup>97</sup> ha

92. RUGGERI, A.: Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e la «metamorfosi» dei criteri ordinatori delle fonti. Giappichelli. Turín, 1994, pp. 153.

93. RUGGERI, A.: Fatti e norme Op. Cit.

94. RUGGERI, A.: Fatti e norme Op. Cit.

95. DOGLIANI, M.: «Il posto del diritto costituzionale» en *Giurisprudenza costituzionale* 1993 pp. 125-214. También RUGGERI, A.: «Dottrine delle costituzione e metodi dei costituzionalisti» en *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*. Cedam. Padua. 1997. Pp. 27-89. BONGIOV ANNI, G.: «Dalla dottrina delle costituzione...» Op. Cit.

96. BIN, R.: «Bilanciamento degli interessi e teoria della costituzione» en *Liberta e giurisprudenza costituzionale*. Giappichelli. Turín. 1992. Pp. 45-63. MENGONI, «Il diritto costituzionale como diritto per principi» en *Ars Interpretandi*. 1996. Pp. 95-111.

97. SPARDARO, A.: *Contributo per una teoria della costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*. Giuffrè. Milan 1994.

llegado a resultados parecidos. Su elaboración del concepto de constitución mínima<sup>98</sup> acaba cumpliendo funciones similares y, su intento de definición de un núcleo fuerte, esencial, que identifique a la constitución desemboca en su relativización.

Sorprendentemente, utilizando un concepto como el de constitución material, llega a resultados que lo contraponen, al menos a la formulación más autorizada, la de Mortati.

Utiliza este autor un concepto de constitución material extraída de definiciones muy plurales y diversas<sup>99</sup> y, a partir de ellas, identifica ésta con el concepto de «superconstitución». Por ello, este concepto intermedio en su iter argumental, acaba identificándose como el núcleo duro de la misma, la parte intangible, pero esta, a diferencia de la formulación mortatiana, no viene referida a la forma de Estado, sino a parámetros mucho más relativos.

La superconstitución viene definida por los contenidos atribuidos al régimen democrático, encarnado en valores, formas y procedimientos cuya expresión será el pluralismo. Quizá por ello, la constitución se identifique como un «sistema de límites jurídicos fundamentales»<sup>100</sup>.

Como puede verse, teñido formalmente de materialidad, se acaba perfilando una fórmula que evoca la teoría kelseniana de la democracia, donde, a pesar de la alusión aperturista a los valores, se conforma un concepto esencialmente procedimental vinculado al pluralismo.

Hasta aquí su concepción de la constitución no aportaría novedades significativas vinculadas al proceso de redefinición constitucional que hemos delineado, sin embargo, este autor introduce un término que tendrá como efecto contribuir al reduccionismo constitucional, es el de «constitución mínima»<sup>101</sup>.

Constitución mínima como elemento esencial de la constitución, aquel precisado de especial protección, que define la parte intangible de esta que, por ello, desplegaría efectos de sujeción al ordenamiento, no es sino un concepto construido en tomo al pluralismo democrático. De esta forma se introduce la desconexión con la forma de Estado como núcleo definidor de la constitución y contribuye a su desmaterialización, debilitando su función ordenadora del sistema normativo. Constitución mínima no es muy distinta de constitución minimal<sup>102</sup>, que es la forma en que Bin define su «constitución débil».

#### 4.2.2. *La desnormativización constitucional.*

Desde comienzos de la década de los ochenta, acentuándose en la siguiente, se ha ido imponiendo un nuevo paradigma constitucional que, en nuestra opi-

98. SPARDARO, A.: op. cit., pp. 63-76.

99. SPARDARO, A.: op. cit., pp. 24-7.

100. SPARDARO, A.: op. cit., pp. 63-64.

101. SPARDARO, A.: op. cit., pp. 69-76.

102. BIN, R.: «Bilanzamento degli interessi e teoria delle costituzione» Op. cit.

nión, va más allá del proceso de apertura jurídica iniciada por el Estado social. Frente a la constitución normativa, ya no anclada en el garantismo individualista, función que le fue ajena al menos en el constitucionalismo continental europeo, se contrapone la constitución por valores o principios. El nuevo paradigma dominante parece que expresa el agotamiento doctrinal anterior, que contribuyó a crear un garantismo de los sujetos constitucionales en la experiencia de Estado social<sup>103</sup>. Se traduce en una reconstrucción del sistema de fuentes<sup>104</sup> en que la posición constitucional acaba comprometida, limitando la relación entre normación constitucional y normación ordinaria, que evidencia procesos de desconstitucionalización<sup>105</sup>. Reduciendo la constitución básicamente a un conjunto de valores plurales y polivalentes, se reduce la capacidad disciplinante de ésta, comprometiéndose la conquista de la legalidad sustancial como garantía material derivada de la fuente constitucional.

La desconstitucionalización pues, produce un debilitamiento de la constitución en las relaciones entre constitución y ley, revalorizando otra vez el papel de la ley. En el nivel de la legislación ordinaria se resuelven cuestiones materialmente constitucionales, ampliándose su espacio de disposición. Se produce lo que Ruggieri formula como «un fuerte desplazamiento del lugar de composición de los máximos conflictos»,<sup>106</sup> ahora sujetos al principio mayoritario en la contienda política, sancionando la capacidad de disposición constitucional surgida de la nueva relación de fuerzas en el ámbito económico, social y político. La constitución por valores o principios, como hemos señalado, plantea el relativismo de los valores, en cuanto estos conviven en posición de paridad, desconectados de la forma de Estado, que fundamenta el orden constitucional.

El relativismo de los valores en la nueva concepción constitucional es el medio para la redefinición constitucional.

Las tesis desnormativizadoras, las que colocan como referencia primera en la definición de la constitución a los valores, tienen su referente próximo en las construcciones de Alexy y Dworkin. Sobre las propuestas de estos autores, o al menos, inspirándose en ellos, acaban fundando una metodología que adquiere toda su relevancia en la interpretación constitucional.

#### 4.2.3. *La constitución por valores*

a) Derecho y moral. En principio, estas concepciones del derecho se contraponen al positivismo formalista en sus diferentes versiones, basado en la prevalencia absoluta, en la definición del derecho, de la norma estatal, que resulta la

103. BONGIOVANNI, G.: «Dalla dottrina delle costituzione» alla teoria dei valori a La ricerca di un difficile equilibrio» en *Democrazia e diritto*. 1997. N° 1, pp. 73-1020.

104. DE CABO, C.: *Contra el consenso...* op. cit., pp. 295-8.

105. RUGGERI, A.: «Dottrine delle costituzione e metodi dei costituzionalisti» en *Il metodonelle scienza del diritto costituzionale*. Cedam. 1997. pp. 27 a 89.

106. RUGGERI, A.: «Dottrine delle costituzione e metodi dei costituzionalisti» en *Il metodonelle scienza del diritto costituzionale* Cedam, 1997. Pp. 27 a 890.

única referencia. Producen una ampliación del horizonte jurídico, a la vez que una materialización del mismo, mediante la conexión entre derecho y moral, reconducida ésta a parámetros de justicia material<sup>107</sup>.

En el caso de Dworkin, la superación positivista, que permite la materialización del derecho surge de la distinción entre normas y principios<sup>108</sup>. Los principios resultan ser estándares jurídicos que proporcionan criterios de decisión y que resultan distintos de las normas, diferentes del derecho formal dado. Desde un punto de vista empírico, el reconocimiento de los principios obliga a la ampliación del concepto positivista de derecho. Los principios ajenos al mundo formalizado de las normas, conectan con referencias morales que conllevan implícitamente una alusión a la justicia<sup>109</sup>.

La referencia metanormativa, no por eso deja de ser jurídica ni eficaz, sino que constituye un criterio capaz de imponer vínculos y obligaciones o crear derechos. Los principios son la forma de materialización del derecho, de su conexión moral<sup>110</sup>. Similar construcción aparece en Maccormick<sup>111</sup>, a pesar de las correcciones que realiza a sus propuestas<sup>112</sup>.

Posiblemente, la aproximación de Alexy sea más compleja, aunque en este caso, resulte la base de apoyo más explícita de las tesis de la constitución por valores. Su concepción del derecho se conecta directamente con la moral en cuanto hace descansar en una cierta correspondencia con ésta la validez del derecho. Su propuesta de conexión débil con la moral soporta su construcción de la validez del derecho<sup>113</sup>.

En cierta medida, la conexión moral, definida en torno a un criterio de justicia determina la apertura conceptual del derecho. «El derecho es un sistema de normas que formula una pretensión de corrección, consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con la constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección»<sup>114</sup>.

107. CALSAMIGLIA, A.: «Ensayo sobre Dworkin» en *Los derechos en serio*. Ariel. Barcelona, 1995, pp. 7-29

108. DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*. op. cit. pp. 72-80

109. CALSAMIGLIA, A.: «Ensayo sobre Dworkin» op. cit. DWORKIN, R. «La política dei giurici e il principio di legalita» en *L'analisi del ragionamento giuridico*. Giappichelli. Turin, 1989, pp. 355-393.

110. SASTRE AVIZA, S.: *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. McGraw Mill. Madrid, 1999 pp. 192.

111. MACCORMICK, W.: «Le morale istituzionale e le costituzione» en *Il diritto come istituzione*. Gluffté, Milán, 1990, pp. 213-235.

112. MACCORMICK, W.: «Taking the rights thesis seriously» en *Legal right and social democracy*. Clarendon Press, Oxford. 1984, pp. 126-53.

113. BONGIOVANNI, G.: «R. Alexy e il costituzionalismo» en *La filosofia del diritto costituzionale e il problema del liberalismo contemporaneo*. Clueb. Bolonia, 1991, pp. 29-49.

114. ALEXY, R.: *El concepto y la validez del derecho*. Cedisa. Barcelona, 1994, pp. 123.

En este caso, la propia formalización de la definición permite conectar, la moral, los contenidos mínimos de justicia, con los principios, con la apertura de la concepción positivista del derecho<sup>115</sup>.

Igualmente, el elemento determinante del sistema jurídico acaba remitiéndose a los principios como vía de expresión de las decisiones fundamentales del sistema constitucionalizadas.

Los derechos fundamentales conforman los principios básicos del sistema jurídico que son a la vez principios morales constitucionalizados<sup>116</sup>. Así, el derecho no sólo conceptualmente exige una apertura, sino que él mismo se configura como un sistema abierto<sup>117</sup>.

b) La constitución de los derechos y la constitución de los principios. La apertura conceptual del derecho lleva a consecuencias para la concepción de la constitución. La primera de ellas es que la constitución se define desde los derechos. Esto resulta una convención desde el constitucionalismo liberal, al menos en la tradición americana, generalizada desde los orígenes del constitucionalismo social a Occidente. Sin embargo, ahora nos interesa subrayar dos cuestiones que nos permitirán dar el salto a esta concepción del constitucionalismo débil.

La primera es que la definición de la constitución desde los derechos conecta la norma constitucional con el ámbito de la justicia y la moral, perfilándola como conexión privilegiada entre el mundo normativo y el metanormativo.

Lo que caracteriza al constitucionalismo contemporáneo es su dimensión material, la función constitucional se realiza en cuanto recibe, bajo la forma de derechos, los fines del Estado. La constitución asume así un carácter fundamental, por interiorizar la fundamentalidad material<sup>118</sup> derivada de las decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y la sociedad, expresada por los derechos.

La segunda es que los derechos, tanto por su estructura normativa, como por la conexión con valores materiales, convierten a la constitución en una constitución de valores o principios.

Alexy construye su fórmula de constitución de los principios con base en la jurisprudencia del Tribunal constitucional alemán, que sobrepasando la concepción de los derechos como derechos subjetivos del individuo frente al Estado, adquieren el carácter de orden de valores objetivo. Como tal se imponen en todos los ámbitos del derecho.

El concepto valor, que inicialmente adquiere referencias axiológicas, escapando a la sujeción normativa que pretende Alexy, intenta diferenciarse del principio, sin embargo esto, no parece impedir un tránsito fluido entre los dos conceptos<sup>119</sup>. La diferencia inicial estriba en situar a los valores en el plano axiológico y a los principios en el deontológico, contraponen lo mejor a lo debido (mundo jurídico), al que pertenecen los principios.

115. ALEXY, R.: *El concepto y la validez del derecho*. op. cit., pp. 125-6.

116. ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*. CEC. Madrid, 1993, pp. 525.

117. ALEXY, R.: op. cit. pp. 525.

118. ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit., pp. 503-6.

119. ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit., p. 147.

Al asentar su construcción en el plano de la argumentación, el tránsito no plantea problemas sustanciales, admitiendo una suerte de intercambialidad entre los conceptos. «Por otra parte, no existe dificultad alguna en pasar de la constatación de que una determinada solución es la mejor desde el punto de vista del derecho constitucional, a la constatación de que es debido constitucionalmente. Si se presupone la posibilidad de un paso tal, es perfectamente posible partir en la argumentación jurídica del modelo de los valores en lugar del modelo de los principios»<sup>120</sup>.

La concepción jurisprudencial del alto tribunal alemán introdujo la fórmula de orden de valores objetivos, pero esta expresión adquiere un valor relativo en la medida en que no supone, más que en situaciones excepcionales, una ordenación jerárquica de los valores constitucionales. Su ordenación reside en la prevalencia de los valores en el conjunto del ordenamiento.

La constitución adquiere así la condición de legitimación normativa de un sistema flexible de convivencia de valores definidos en el propio texto.

Se abre el paso al relativismo material que permite la flexibilización constitucional sentando una concepción constitucional, que justifica su propuesta de constitucionalismo «templado»<sup>121</sup>, blando, no distinto de la tesis de la constitución débil. No en vano Bin señala que en esta concepción «no hay jerarquía material y la jerarquía formal no es decisiva»<sup>122</sup>.

El problema de la constitución por principios es el paso al relativismo de los valores, al admitir que la constitución deviene un continente de valores heterogéneos cuya relación o prevalencia depende de la coyuntura. «El estado constitucional se especifica como el ámbito de una pluralidad de valores[...] que no impone una jerarquía entre éstos, sino que hace necesario la adecuación de las reglas de la interpretación y en general de aquellas hermenéuticas a la lógica *esencial y de relación* que los valores exigen»<sup>123</sup>.

Esencialmente, el problema se traslada a una cuestión de interpretación cuyas notas características abordaremos más adelante.

#### 4.2.4. *La constitución débil.*

La interiorización de un esquema conceptual como el contenido en la constitución por valores o principios da paso a la teorización de la constitución débil, mas expresamente formulada por la doctrina italiana. En un intento de refundar una teoría de la constitución basada en la realidad del Estado contemporáneo, Zagrebelsky toma como punto de partida el Estado pluralista democrático, que determina la relación entre intereses y el papel de la constitución. Pretende construir una teoría de la constitución de contenido material, pero acentuando el rela-

120. ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit., p. 147.

121. BONGIOVANNI, G.: «R. Alexy e il costituzionalismo» op. cit.

122. BIN, R.: «Bilanciamento degli interessi e teoria dell costituzione» en *Liberta e giurisprudenza costituzionale*. Giappichelli. Turín 1992, pp. 45-63.

123. BONGIOVANNI, G.: «Dalla "dottrina della costituzione" alla Teoría dei valori...» op. cit.

tivismo de los valores como inherente al pluralismo, lo que significa una desconexión con valores fundantes que conforman modelos de referencia. El relativismo se convierte en la única sujeción fuerte.<sup>124</sup>

En la propuesta del «derecho dúctil», los principios que coexisten no se vinculan a ninguna ordenación de valores, se desconectan del Estado, de la forma de Estado, en la medida en que el rasgo caracterizante del Estado es el pluralismo, única esencia del mismo. El pluralismo repudia cualquier modelo. El pluralismo impone una constitución de mínimos, único vínculo fuerte, que resulta ser la tutela del pluralismo por medio del relativismo material.

Se diferencia no sólo de las interpretaciones formalistas de la dogmática tradicional, frente a las que propugna la «dogmática fluída»<sup>125</sup>, sino de la constitución material mortatiana. A pesar del reclamo a la visión sustancialista de la aportación mortatiana,<sup>126</sup> Zagrebelsky se confronta con Mortati en el momento esencial en la definición del Estado y la constitución, en las bases fundantes de éstas.

La contradicción fundamental reside en que si para Mortati el Estado, históricamente determinado por la forma que adopta en cada momento, se fundamenta en el proyecto sostenido por las fuerzas políticas dominantes que lo instauran, la constitución es la expresión del proyecto del que esas fuerzas son portadoras, constituye un vínculo determinante del contenido de la Norma Fundamental, de tal forma, que sus valores se remiten al proyecto de las fuerzas dominantes. No existe, como en Zagrebelsky, convivencia entre principios equidistantes en el Estado y en la constitución, sino orden que expresa el proyecto unificador al que los principios se reconducen.

El concepto que para Zagrebelsky sustituye al de pluralismo sería el de hegemonía granciana<sup>127</sup> en la medida en que la lógica que conforma el Estado es la imposición de un proyecto frente a las fuerzas en conflicto<sup>128</sup>. Lo que la propuesta del derecho dúctil plantea es precisamente un Estado y una relación de intereses sin hegemonía, sin imposición.

«Las sociedades pluralistas actuales, esto es, las sociedades caracterizadas por la presencia de una variedad de grupos sociales portadores de intereses ideológicos y proyectos diferenciados, pero en ningún caso tan fuertes como para colocarse como exclusión o dominantes y así proporcionar la base material de la soberanía estatal»<sup>129</sup>.

La función que impone el pluralismo a la constitución es ser su garantía, hacerlo efectivo, lo que se produce mediante la aceptación de todos los principios entre los que se establece, a priori, una relación de coexistencia y la concepción del núcleo fuerte constitucional como reducto mínimo de defensa del pluralismo.

La soberanía de la constitución, amén de esta garantía mínima, tiene en esta propuesta la función, no de proponer su materialización, sino de situar el relati-

124. ZAGREBELSKY, G.: *Il diritto mite*. op. cit. pp. 13-5125 ZAGREBELSKY, G. op. cit., pp. 15-17

126. ZAGREBELSKY, G.: *Premesse a la costituzione in senso materiale*. op. cit.

127. ZAGREBELSKY, G.: *Premesse a la costituzione in senso materiale*. op. cit.

128. ZAGREBELSKY, G.: *Premesse a la costituzione in senso materiale*. op. cit.

129. ZAGREBELSKY, G.: *Il diritto mite...* op. cit., p. 9.

vismo material como nuevo principio constitucional del pluralismo, concepción que, por mucho que se diga, es distinta del resultado alcanzado en el constitucionalismo social.

Por ello, frente al garantismo material del constitucionalismo del Estado social presidido por los principios constitucionalmente expresados de la forma de Estado social, la relación entre constitución y actuación constitucional aparece desdibujada por el relativismo material. «Para darse cuenta de esta transformación, se puede pensar en la constitución no ya como centro del cual todo deriva por irradiación (...) sino como centro hacia el cual todo debe converger»<sup>130</sup>. La constitución fija límites de garantía del pluralismo. Más allá de los cuales, la constitución se oculta, viene sustituida por la «política constitucional». La política dispondrá de los contenidos constitucionales porque esta resulta ser un espacio abierto. «No la constitución, sino la política constitucional, que derivará de las agregaciones y desplazamientos del pluralismo podrá determinar los resultados constitucionales históricamente concretos»<sup>131</sup>.

De esta forma, política constitucional se opone a constitución, en cuanto aquella resulta ser un momento constante de redefinición de la constitución, pero no solo de las disposiciones concretas, sino «sobre todo de la unidad de sentido de la constitución en su conjunto»<sup>132</sup>.

Dogliani opone la concepción de Zabrebelsky a Mortati. Constitución como política constitucional, más allá del reducto mínimo de ésta, significa la negación de la constitución material. La negación de la existencia de un proyecto global que vincula y fundamenta a la constitución escrita abre un espacio de disposición política de la constitución que viene continuamente redefinida en sus contenidos<sup>133</sup>.

Con menor fundamentación teórica y más directamente vinculada a propuestas de interpretación, Bin propone un resultado similar, quizás más llamativo aún, al menos en su literalidad, y formula su «Teoría débil de la constitución»<sup>134</sup>.

Ciertamente, este autor, es consciente que su propuesta compromete la capacidad normativa y garantista de la constitución y, por tanto, su posición en el sistema de fuentes<sup>135</sup>. El problema que plantea la forma de interpretación constitucional derivada de la moderna concepción de los derechos en las constituciones largas del pluralismo es el abandono de la constitución escrita como referencia, tanto para actuación constitucional, como para su interpretación. El texto constitucional se convierte en un indicador lejano, colocando en primer plano unos derechos que devienen principios recreados en su aplicación.

También para Bin, la concepción de los derechos que deriva de los métodos interpretativos generalizados en la jurisprudencia constitucional impiden hablar de

130. ZAGREBELSKY, G.: op. cit. pp. 10

131. ZAGREBELSKY, G.: op. cit., pp. 10.

132. DOGLIANI, M.: «La lotta per la costituzione» en *Diritto pubblico*, 1996, nº 2, pp. 293-316.

133. DOGLIANI, M.: op. cit.

134. BIN, R.: «Bilanciamento degli interessi e teoria della costituzione» en *Liberta e giurisprudenza costituzionale*. Giappichelli, Turín, 1992, pp. 45-63.

135. BIN, R.: *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Giuffré, 1992, pp. 154-5.

jerarquía de valores o principios. Niegan la existencia de criterios ordenados en abstracto, conduciendo a la relatividad material que antes advertíamos<sup>136</sup>. La combinación entre interpretación sistemática y pluralismo, recreada por estas orientaciones doctrinales conducen a una convivencia desordenada de los principios constitucionales, que sólo resuelve la relación entre ellos en el marco del caso concreto, fuera del mismo, la jerarquía no existe<sup>137</sup>.

Desde esta perspectiva, sistema e interpretación sistemática quiere decir asumir la existencia de un conjunto de principios constitucionales que, a menudo, son contradictorios como consecuencia del pluralismo, asumido, esta vez sí, como presupuesto fundamental del constitucionalismo moderno.

Estas premisas conducen a su propuesta de «constitución débil». Con este término se quiere expresar distintas cuestiones. Desde el punto de vista normativo, débil quiere decir, de normatividad relativa, que la constricción de las disposiciones constitucionales no vienen referidas al texto constitucional<sup>138</sup>, sino incidiendo en los valores, derechos o principios que la constitución reconoce.

Los efectos de esta debilidad normativa perturban la teoría de la constitución asentada desde la postguerra. La constitución no preside el ordenamiento, sino que es sólo una referencia, primaria, pero sin el status prescriptivo para el sistema normativo. El paso de la disposición constitucional de norma suprema a «standard» de juicio<sup>139</sup> indica que el ordenamiento subconstitucional no tiene una dependencia directa del contenido constitucional. La primera significación de la constitución débil se coloca pues en el ámbito de las fuentes y de la relación ley-constitución, que viene sustituida por la referencia a los principios constitucionales reconstruidos, en su alcance y ordenación en el seno del caso concreto.

El ordenamiento infraconstitucional no tiene por objeto la actuación de la constitución, su desarrollo, sino que concreta y explicita los contenidos materiales que traducen, en cada coyuntura, la relación de intereses impuesta por el pluralismo.

Va, en este caso, Bin más allá de la adhesión a la legalidad constitucional atenuada. Ahora, el texto constitucional se desvincula del escenario normativo.

La otra dimensión de su constitución débil tiene mayor alcance, consiste en su concepción minimal o de mínimos<sup>140</sup>. Esta idea estaba presente en Zagrebelsky, que reducía la esencia de la constitución al respeto del pluralismo, pero ahora se reformula con mayor complejidad y efectos.

Constitución minimal indica que «el texto escrito se coloca, esta es la tesis, como línea última de defensa de las reglas del juego»<sup>141</sup>. En realidad, reducción de la constitución, del texto constitucional, a la defensa de las reglas del juego implica, en esta formulación, la situación de emergencia.

136. BIN, R.: *Diritti e argomenti* op. cit.

137. BIN, R.: *Diritti e argomenti* op. cit., pp. 34-5.

138. BIN, R.: *Diritti e argomenti* op. cit., p. 156.

139. BIN, R.: *Diritti e argomenti* op. cit., p. 157.

140. BIN, R.: *Diritti e argomenti* op. cit., p. 157.

141. BIN, R.: *Diritti e argomenti* op. cit., p. 158.

142. BIN, R.: *Diritti e argomenti* op. cit., p. 161.

En la vida del ordenamiento, distingue Bin dos situaciones: las de normalidad y las extraordinarias<sup>142</sup>. En las primeras, la constitución actúa como referencia relativa, el ordenamiento subconstitucional administra la constitución dentro del espacio disponible de las reglas del juego, los valores constitucionales son disponibles dentro de los límites que se expresan en las situaciones extraordinarias, como consecuencia del conflicto de intereses del pluralismo contemporáneo.

Las situaciones extraordinarias, aquellas que reclaman la vigencia textual de la constitución para restablecer las reglas del juego violadas, identifican la esencia constitucional. En estas circunstancias, el texto constitucional indica el límite insuperable de la discrecionalidad legislativa<sup>143</sup>.

La constitución minimal señala cuáles son los espacios de disposición y cuáles no, su función es actuar cuando las reglas del juego resultan comprometidas.

Este planteamiento, que se contrasta sin demasiadas dificultades con las normas constitucionales y convencionales de funcionamiento institucional y de las fuerzas políticas, resulta mucho más problemático en materia de derechos y, en especial, en aquellos que se conectan con la definición de la forma de Estado.

Los ejemplos de situaciones límite, en las que la jurisprudencia constitucional actúa reivindicando la prescriptividad directa del texto constitucional, por extremos, no resuelven la situación. La actividad de la Corte constitucional italiana respecto a la legislación preconstitucional fascista se propone como ejemplificación del juego de estas diversas situaciones respecto al texto constitucional.

En materia de derechos fundamentales la distinción entre situaciones de normalidad y de crisis resulta especialmente trascendente, porque supone trazar la frontera del ámbito de lo disponible, en definitiva, de la prescriptividad del núcleo material de la constitución, dentro del cual sería inadmisibles la distinción entre contenidos definidores de las reglas del juego y espacio reservado a la solución coyuntural del conflicto.

Una definición así realizada del contenido constitucional adolece de otros problemas, que conducen a una reducción de la constitución minimal. Como hemos destacado, la concepción de los derechos en la constitución carece de un orden o jerarquización más allá de la deducida con relación al caso concreto. La imposibilidad de reconducir a sistemas objetivos a nuestro parecer deducibles de la forma de Estado, impide determinar el límite de lo indisponible, establecer el contenido de las reglas del juego, más allá de lo obvio.

La posibilidad de que la constitución minimal debilite aún más la constitución débil parece deducirse de la argumentación de la legislación fascista y su contraposición con los momentos presentes<sup>144</sup>. Nuestro tiempo parece no caracterizarse por una transformación formal del sistema de derechos acuñado en el constitucionalismo social, más allá de episodios de crisis localizados, que exigiría el establecimiento de límites constitucionales, postula Bin. Similar afirmación significa

143. BIN, R.: op. cit., pp. 161-2.

144. BIN, R.: *Diritti e argomenti* op. cit., pp. 1630.

que la forma de Estado, como referencia del núcleo material de la constitución, directamente vinculante, no es tomado en cuenta, no tiene cabida en la constitución débil. Con ello, el Estado social, como juridificación constitucional de la forma de Estado no tiene papel alguno en la definición de los espacios de disponibilidad. Ello a pesar de las transformaciones experimentadas en este ámbito como consecuencia del tránsito al Estado postsocial.

Puede significar también que la constitución minimal sea, o incapaz de definir un núcleo sustancial de la constitución que pueda operar en situaciones de crisis, a menos que se sostenga la irrelevancia de las transformaciones registradas en las últimas décadas respecto al constitucionalismo del Estado social. O que sea funcional a permitir el tránsito a nuevas formas de Estado mediante la desnaturalización de la constitución. La constitución débil es el mecanismo de adaptación constitucional a una realidad crítica mediante la desmaterialización real de la constitución, o del constitucionalismo social.

## 5. RECAPITULACIÓN

Las dificultades para definir la globalización obedecen fundamentalmente a la interacción desconexa de distintos aspectos o efectos de la misma<sup>145</sup>, olvidando el núcleo fundamental, que a nuestro juicio, no es sino la determinación de la confrontación que esta propuesta realiza respecto a la constitución económica del Estado social. Es de esta forma como la globalización se presenta como estrategia de acumulación del postfordismo, afectando a los elementos que caracterizaban el constitucionalismo social.

La globalización, en cuanto desvinculación de la constitución material del Estado social, que resulta sustancialmente contradicha, actúa transformando el contexto de referencia constitucional<sup>146</sup> afectando al ordenamiento estatal. En primer lugar, el paradigma de la globalización se convierte en mecanismo corrector de la constitución escrita, esto es de la constitución formal del Estado social. En segundo, trastoca el sistema de fuentes, trasladando al ámbito ordinario de normación, aquel disponible en la competencia política, la reordenación y la reconstrucción de los elementos definidores del sistema.

El momento interpretativo se manifiesta como singularmente privilegiado en el proceso de desnormativización constitucional. La actividad «reformadora de la constitución»<sup>147</sup> realizada por los Tribunales constitucionales evidencia la asunción, por estos órganos, de una nueva función. En abierto contraste con la función garantista originaria devienen, ahora, gestores de la política constitucional que, ocupa todo el espacio de la constitución.

145. JAMESON, F.: «Globalización y estrategia política» en *New Left Review*. 2000, pp. 5-22.

146. NEGRI, A.: «Tra conflitti e rapporti sociali. La Costituzione e l'immaginazione costituzionale, nel secola breve.» En *Diritto Romano Attuale*. 1999. N° 2. pp. 167-83.

147. NEGRI, A.: «Tra conflitti e rapporti sociali. La Costituzione e l'immaginazione costituzionale, nel seculo breve.» op. cit.

La desnormativización constitucional, puesta de manifiesto por el tránsito de la constitución normativa a la constitución débil, no es expresión de la debilidad del Estado, puesto que la contradicción no se establece entre globalización y Estado, sino entre esta y una forma de Estado determinado, la social. Por ello actúa como instrumento redefinidor del ordenamiento.

La oposición entre Estado y mercado supone una barrera para la correcta comprensión de la globalización<sup>148</sup>. Por ello deducir de las propuestas globalizadoras el debilitamiento de Estado supone desconocer, tanto el papel político en la institucionalización del mercado, como la nueva relación entre Estado y mercado en el Estado postsocial. Jameson nos recuerda la estricta dependencia y necesidad de la intervención pública en la reordenación de un mercado «libre», procesos interventores que, paradójicamente, contribuyen al incremento del poder estatal<sup>149</sup>.

Históricamente, la construcción del mercado liberal es la construcción pública del mercado, y este es incomprensible sin la instancia pública<sup>150</sup>. Así, debe entenderse que la globalización no disminuye el papel de los Estados, simplemente insta una nueva intervención acorde con la nueva relación entre Estado y capital ahora establecida<sup>151</sup>. Sólo así se explica que los Estados sean los principales agentes de la globalización.

148. PANITCH, L.: «El nuevo Estado imperial». *New Left Review*. 1999. nº 2. pp. 5-18. 149 JAMESON, F. «Globalización y estrategia política». op. cit.

150. POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*. La Piqueta. Madrid 1989. pp.321-31. GIANNINI, M.S.: *Diritto pubblico dell'economia*. 11 Mulino. Bolonia. 1995, pp. 20,27-31. FERRARESE, M.R.: *Diritto e mercato. Il caso degli Stati uniti*. Giappicheli. Turin. 1992, pp.72-6.

151. PANITCH, L.: «El nuevo Estado imperial», op. cit.