

**FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y PROCESO DE JURIDIFICACIÓN
DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LA UNIÓN
EUROPEA**

CONSECUENCIAS PARA EL ESTADO SOCIAL Y LA DEMOCRACIA
CONSTITUCIONAL

TESIS DOCTORAL

AUTOR:

GABRIEL MORENO GONZÁLEZ

DIRECTOR:

DR. ROBERTO VICIANO PASTOR

Doctorado en Democracia, Derechos Humanos y Justicia Internacional

INSTITUT DE DRETS HUMANS



UNIVERSITAT DE VALÈNCIA



ENERO DE 2019

A mi abuela Beatriz,
por la oportunidad que perdió
de aprender a leer y escribir

Resumen: la presente tesis tiene por objeto el análisis de los fundamentos teóricos y el proceso de juridificación de la estabilidad presupuestaria en tanto principio rector en la Unión Europea, así como la ulterior afectación que produce sobre los paradigmas del Estado social y de la democracia constitucional. A tal fin se abordan los orígenes de la teorización de la estabilidad presupuestaria y de la necesidad de su constitucionalización, insertándola y contextualizándola en el movimiento neoliberal. El tratamiento seminal que recibió en el ordoliberalismo alemán y su focalización jurídica por la Economía constitucional de James M. Buchanan, así como la larga experiencia estadounidense en la materia, nos servirán de marco desde el que poder extraer las categorías y las problemáticas que rodean al principio y su institucionalización. El aterrizaje de la estabilidad presupuestaria en la Unión Europea, por su parte, será estudiado desde dicho marco teniendo en cuenta las características unívocas de la peculiar “constitución económica” del proceso de integración y la respuesta que éste ha dado a la crisis financiera. Para ello, se analizarán críticamente los tres principales mecanismos que en la Unión o aprovechando su estructura se han desplegado para consolidar la estabilidad presupuestaria como principio rector: el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC), con sus instrumentos; el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG). En ellos exploraremos sus contradicciones, paradojas y deficiencias, comparando finalmente el producto que han alcanzado con los intentos más destacados que, al otro lado del Atlántico y aprovechando aquella experiencia mentada, se han dado en el nivel federal. Por último, una vez descrita y estudiada la institucionalización de la estabilidad presupuestaria en la Unión, nos centraremos en las consecuencias que para el Estado social y la democracia misma tiene su convergencia en la “constitución económica europea” con el elemento central de competencia. Defenderemos, en consecuencia, que a partir de la recepción jurídica de la por otros llamada “regla de oro” se ha producido una evolución cualitativa en la UE por la que se ha terminado instituyendo una verdadera “constitución económica neoliberal”, con efectos devastadores para los derechos sociales y las posibilidades de transformación democrática en el viejo continente.

Abstract: the current thesis is devoted to analyzing both the theoretical fundamentals and regulation processes that have derived from the balanced budget rule as the guiding principle of the European Union, a practice with relevant consequences over the traditional social paradigms and Constitutional democracy. To this end, the research tackles the origins of the budget stability theory and the need to make it constitutional, inserting and contextualizing the idea within the framework of neoliberalism. The seminal treatment that German ordoliberalism –along with its legal perspective– received by James Buchanan’s Constitutional Economics, as well as the extensive American experience on the matter, will serve as a perfect picture from which the main categories and difficulties surrounding the institutionalization of the principle can be deduced. The landing of balanced budget in the European Union, which must be imperatively studied within the very same frame, will take into consideration the unequivocal characteristics of the special “Economic Constitution” of the integration process and the response that this procedure has given to the financial crisis. For this reason, an assessment is mandatory on the three mechanisms of the Union whose structure has already been deployed in order to consolidate the principle: the Stability and Growth Pact (SGP), which will be covered along with its instrumentation; the European Stability Mechanism (ESM), and the Treaty on Stability, Coordination and Governance (TSCG). All contradictions, paradoxes and deficiencies among them will be appropriately explored, comparing the final product with the more remarked attempts that have been aimed at federal scale on the other side of the Atlantic Ocean. Finally, once the institutionalization of the Union’s balanced budget has been fully described, we will focalize on the impact that the policies imposed by the “European Economic Constitution”, now the core element of competition, may have on the Social State or even on democracy itself. After witnessing the juridical reception of the so-called “Golden Rule”, we accordingly stand up against the new quality trends in the EU, as we understand that their application has ended up with a truly “Neoliberal Economic Constitution” with catastrophic consequences for the social rights and the opportunities for a democratic transformation in Europe.

ÍNDICE

Agradecimientos	p. 13.
INTRODUCCIÓN	p. 17.
1.-Metodología	p. 21.
1.1.-Constitucionalismo crítico y constitución democrática	p. 21.
1.2.-El concepto de constitución económica	p. 26.
1.3.-Objeto y descripción del planteamiento de la investigación	p. 28.

PRIMERA PARTE

LA CONCEPCIÓN NEOLIBERAL DEL ESTADO Y LA CONSTITUCIÓN

Los fundamentos teóricos de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria

CAPÍTULO I: EL GIRO ORDOLIBERAL HACIA EL ESTADO

1.-Los orígenes neoliberales	p. 36.
1.1.-El Estado como código de circulación.....	p. 48.
2.-La visión ordoliberal: la reconstrucción del mercado a través del orden institucional	p. 54.
2.1.- El orden como competencia.....	p. 65.
2.2.- La política de ordenamiento: hacia la construcción del marco jurídico ordoliberal.....	p. 70.
2.2.1.-La Economía Social de Mercado (ESM)	
2.3.-Los principios constituyentes: de lo contingente a lo necesario, o la <i>elevación a la indisponibilidad</i>	p.78.

CAPÍTULO II: EL GIRO DE BUCHANAN HACIA LA CONSTITUCIÓN

1.-El mercado como orden constitucional: hacia un nuevo paradigma contractualista.....	p. 90.
1.2.-El modelo contractualista de Buchanan: el miedo hacia el Estado desde la Constitución.....	p. 94.
1.2.1.-El momento constituyente	
1.2.2.-La unanimidad frente a la tiranía de las mayorías	
1.2.3.-Del <i>homo economicus</i> a la Administración despilfarradora	
2.-La limitación del poder presupuestario desde la Constitución en la EC.....	p. 110.
2.1.-La “hipótesis Leviatán”	p. 111.
2.2.-La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como límite.....	p. 113.
2.3.-La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como bálsamo “democrático” en la EC: el predominio del elemento Capital y Liberal en la Constitución.....	p. 119.
3.-La Golden Rule: hacia la Balanced Budget Amendment en Estados Unidos.....	p. 125.
3.1.-La problemática constitucional que rodea a la BBR.....	p. 141.
3.1.1.-La definición de estabilidad presupuestaria y el método contable	
3.1.2.-La suspensión causal o temporal de la regla	
3.1.3.-Previsiones complementarias	
3.1.4.-El alcance del ámbito de actuación institucional	
3.1.5.-Los instrumentos de evasión	
3.2.-El problema de la ejecutoriedad: ¿jueces haciendo cuentas?.....	p. 158.

SEGUNDA PARTE

LA JURIDIFICACIÓN DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LA UNIÓN EUROPEA

Tríada de mecanismos: PEC, MEDE y TECG

CAPÍTULO I.-EL VIAJE HACIA EL PACTO DE ESTABILIDAD Y CRECIMIENTO (PEC) Y LA INSTAURACIÓN DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA COMO PRINCIPIO DE LA UE

- 1.-La puesta en marcha de la UEM y su débil cobertura jurídica..... p. 180.**
- 1.1.-El Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC): un refuerzo insuficiente de la estabilidad presupuestaria.....p. 185.
 - 1.2.- Las primeras resistencias comunitarias y constitucionales sobre la regla de estabilidad presupuestaria.....p. 190.
- 2.- La consolidación de la estabilidad presupuestaria al calor de la crisis económica: el refuerzo del PEC y la creación de nuevos mecanismos.....p. 195.**
- 2.1.-La deuda llama a Europa.....p. 195.
 - 2.2.-El refuerzo del PEC: *six* y *two pack*.....p. 199.
 - 2.2.1.-La reforma del PEC stricto sensu
 - 2.2.2.-El nuevo Procedimiento de Desequilibrios Macroeconómicos (PDM) y su relación con la estabilidad presupuestaria
 - 2.2.3.-La armonización de los marcos presupuestarios: la Directiva 2011/85/UE
 - 2.2.4.-El *two pack*: refuerzo del control para la Eurozona

CAPÍTULO II: EL MEDE O LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA COMO COERCIÓN FUERA DE LA UE

1.-La creación de un mecanismo controvertido	p. 216.
2.-Pringle: la bendición jurisdiccional sobre la huida del marco jurídico comunitario	p. 222.
3.-Las aparentes resistencias constitucionales	p. 230.
3.1.-Al MEDE como institución.....	p. 230.
3.1.1.-Desde Alemania y Austria...y huida del propio MEDE y estabilidad presupuestaria como elemento habilitador	
3.1.2.- Desde Estonia: el infructuoso intento de proteger la soberanía en la excepción a la unanimidad	
3.2.-A la condicionalidad de los MoU asociada a la estabilidad presupuestaria.....	p. 238.
3.2.1.-El antecedente letón: la posibilidad de los contralímites frente a los MoU	
3.2.2.-Desde Portugal: una relativa resistencia continuada frente a los recortes	
3.2.3.-Desde Grecia	

CAPÍTULO III. EL TECG: HUIDA CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONALIZACIÓN DEFINITIVA DE LA *GOLDEN RULE*

1.- Un nuevo Tratado intergubernamental: el abrazo a la estabilidad presupuestaria	p. 246.
2.- La nueva huida del marco constitucional de la UE	p. 252.
3.-La constitucionalización europea de la <i>golden rule</i> antes y después del TECG	p. 259.
3.1.-La problemática de la transposición del art. 3.2 TECG: paradojas y contradicciones.....	p. 267.
4.- ¿Incorporación del TECG al Derecho UE?	p. 278.

5.-La indeterminación y efectividad de la <i>golden rule</i> y sus previsiones: el referente analítico de los EEUU.....	p. 286.
5.1.-La definición de la estabilidad presupuestaria y el método contable....	p. 289.
5.2.-La suspensión causal o temporal de la regla.....	p. 293.
5.3.-Previsiones complementarias: la nueva generación.....	p. 296.
5.4.-El alcance del ámbito de actuación institucional.....	p. 298.
5.5.-Los instrumentos de evasión.....	p. 300.
5.6.-El problema de la ejecutoriedad y del control jurisdiccional.....	p. 303.

TERCERA PARTE

LA NUEVA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA NEOLIBERAL DE LA UE

La convergencia del modelo económico competitivo y el modelo político fragmentado en un marco de indisponibilidad en torno a la estabilidad presupuestaria

CAPÍTULO I EL ELEMENTO DE MERCADO COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA UE: COMPETENCIA Y ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

1.-La solidaridad de hecho: la primacía (ordoliberal) del mercado.....	p. 313.
1.1.-La competencia como tabula rasa del Estado Social.....	p. 320.
1.2.-El reconocimiento de la ESM en los Tratados de la Unión.....	p. 327.
2.-La mutación en la constitución económica europea tras el desembarco de la estabilidad presupuestaria.....	p. 330.
2.1.-Tríada de mecanismos: interdependencia y nuevo “método plutocrático europeo”.....	p. 330.
2.2.-La convergencia de ordoliberalismo y Economía constitucional en la constitución económica europea.....	p. 338.
2.2.1.-El modelo económico competitivo	
2.2.2.-El modelo político fragmentado: un análisis desde la Economía Constitucional	

**CAPÍTULO II LA INCOMPATIBILIDAD DE MODELO ECONÓMICO
COMPETITIVO Y EL MODELO POLÍTICO FRAGMENTADO CON LA
PARTE DOGMÁTICA DEL ESTADO SOCIAL. LA NUEVA CONSTITUCIÓN
ECONÓMICA NEOLIBERAL**

1.-La ausencia de integración positiva fiscal: la estabilidad presupuestaria como camisa de fuerza	p. 353.
2.-La insuficiencia de las últimas resistencias comunitarias del TJUE: Pringle vs. Ledra Adverstising y Florescu.....	p. 361.
3.-Características de la nueva <i>constitución económica neoliberal</i> de la Unión Europea.....	p. 369.
CONCLUSIONES.....	p. 379.
Conclusions (english version).....	p. 401.
BIBLIOGRAFÍA.....	p. 421.

Agradecimientos

La Universidad fue una de las más sublimes obras del genio medieval del Cristianismo, como lo denominara Chateaubriand en su espléndido libro, y es en el espacio que ella conforma y abraza en el que esta tesis se ha gestado y desarrollado. De los trémulos inicios de la institución, de esa Escuela de Chartres del siglo XII que, rodeada de goliardos y teólogos, nunca dejará de asombrarnos, surgió la que humildemente creo es una de las máximas reflexiones de nuestra civilización. Juan de Salisbury, en su opúsculo *Metalogicon*, pone en la boca latina de Bernardo de Chartres el siguiente recuerdo de su magisterio: “Somos como enanos a hombros de gigantes. Podemos ver más, y más lejos que ellos, no por la agudeza de nuestra vista ni por la altura de nuestro cuerpo, sino porque somos levantados por su gran altura.” Aunque la metáfora no era invento original de Bernardo, pues había ya aparecido seis siglos antes en Prisciano, sí lo es su formulación literaria que, debido a su lirismo plástico, sería repetida con éxito por Newton y, más cerca de nuestros días, por Robert Merton, Jacques Le Goff y el gran Umberto Eco. Somos enanos que vivimos en la ignorancia, sí, pero gracias a quienes nos han precedido, a esos gigantes que han pensado y actuado antes de nosotros, podemos erguirnos en cotas cada vez más altas desde las que ver, estudiar y cambiar el mundo que nos rodea. La conciencia de la insignificancia de nuestra individualidad, excesivamente loada por la sociedad líquida y atomizada en la que vivimos, es el primer paso en cualquier aventura que del conocer se emprenda, de ahí que el polímata Goethe siempre recordara que “todos somos lo que debemos a los demás”.

Cualquier agradecimiento que se escriba en una obra debe partir de estos apriorismos que hemos heredado en justa retribución al mensaje que ellos mismos predicán. Ninguna tesis doctoral es totalmente original y esta, desde luego, tampoco. Lo que el lector va a ir descubriendo en las páginas siguientes, si es que no lo conoce ya, es el resultado de reflexiones, categorías y enunciados elaborados mucho tiempo atrás y que constituyen el precipitado del esfuerzo intelectual de innumerables autores, escritores y pensadores. Si hoy tenemos alguna idea de lo que es el concepto de “democracia constitucional” que aparece en el título mismo de esta tesis es porque otros, antes de nosotros, se han esforzado en perfilarlo y aquilatarlo. Con menos recorrido pero, como veremos, no menos relevancia, la “estabilidad presupuestaria” no puede entenderse si no narramos su recorrido teórico y si no nos referimos a quienes intelectual y

dogmáticamente la han construido o criticado. Con todos ellos, pues, reconozco la primera deuda de estas páginas.

Páginas que no sólo debo a los que nos han precedido, sino también a los lugares en que han sido escritas. Vivimos una época en la que las torres de marfil han sido excesivamente despreciadas, cuando en verdad sin ellas apenas hubiéramos construido los seminales conceptos que dan sentido a lo que estudiamos. Los sitios en los que escribimos, pensamos y, sobre todo, leemos, son a veces tan importante como el objeto de nuestro conocer o el objetivo de nuestra investigación, por lo que la segunda deuda debe ir hacia ellos. Lugares tan dispares y a veces tan sugestivos como la desbordante Ciudad de México y la UNAM, en cuyas bibliotecas comencé a explorar las ideas que aquí se vierten; la fría University of Sussex, en el sur de Inglaterra, donde escribí íntegramente el grueso de la primera parte entre una incesante lluvia invernal; ciudades tan costumbristas como Heidelberg, la acogedora ciudad de Hegel y Jellinek que me brindó su encanto para avanzar en el estudio de la procelosa integración europea, o tan vitalistas como Recife, donde gracias al tranquilo tempo del vivir brasileño, conseguí en un verano mágico cerrar las líneas principales de la tesis. Pero si hay dos lugares a los que ésta les debe pleitesía esos son, sin duda, mis dos Valencias...tan lejanas, tan homónimas y acogedoras. La de las tierras de Alcántara, en la hoy casi olvidada frontera con Portugal, que con el suave recuerdo de la infancia, de ese “tiempo de nacer con recuerdos” que cantara su hijo José María Valverde, siempre está presta a ofrecer el encanto de su paisaje rayano, los blasones de sus calles y el suave sonido, sonoro, de sus campanas. Y cómo no, la València de Ausiàs March y Joanot Martorell, la ciutat on el goig del carrer és la llei, la ciutat on he après esta rica llengua espanyola a l’ombra dels campaners i del cel blau amb les seues formes...

Pero “la niebla entre el palacio y la plaza es siempre densa”, nos advierte Guicciardini en sus fabulosos *Recuerdos* del Renacimiento, y se precisan personas, caras, que la hagan evaporarse. El tercer agradecimiento, el más directo y personal, es el dedicado a todas aquellas que me han acompañado durante estos cuatro años de estudio y trabajo. A mi familia, por su constante apoyo y porque siempre han estado, están y estarán cuando se les necesita; a mis compañeros y amigos Diego González, Ignacio Durbán, Patricia Llopis y José Miguel Sánchez, quienes están como yo comenzando esta larga carrera académica y a quienes les deseo en ella lo mejor que la misma ofrece; a los compañeros del Departamento de Derecho Constitucional de la Universitat de València,

quienes con su hospitalidad y cariño me han acogido durante este tiempo; a los profesores José Ángel Camisón, Marcos Criado, Óscar Correas, Antonio de Cabo, Fernando Flores, Rubén Martínez Dalmau, Adoración Guamán y al maestro de maestros Carlos de Cabo, pues con sus contribuciones inicié o consolidé la senda teórica de un Derecho crítico y con preocupación social; a Albert Noguera, por su permanente presencia y la riqueza intelectual que siempre se desprende de compartir con él cualquier evento académico y, cómo no, a Roberto Viciano. Pocas son las personas que pueden contar en su hacer con la experiencia y los conocimientos que, lejos aquí de panegírico alguno, siempre ofrece libre y desinteresadamente como enseñanzas, pero menos son todavía aquellas que, al mismo tiempo, despliegan tanta cercanía, fraternidad y, sí, amistad. De todas las acepciones que el verbo dirigir permite, Roberto siempre ha optado en estos cuatro años por las más cercanas y humanas, algo que agradeceré hasta el final dada la fiereza con la que, en ocasiones, se muestran las jerarquías universitarias. Sin su invitación constante al pensar crítico, al actuar comprometido, al conocimiento de experiencias académicas que se alejan de las frías ortodoxias de la disciplina, el periodo de mi vida que con estas páginas acabo no hubiera sido igual.

INTRODUCCIÓN

En 1979, Michel Foucault dictó una serie de clases en el *Collège de France* que luego se conocerían bajo el sugerente título de “El nacimiento de la biopolítica”, quizá una de sus contribuciones más famosas y comentadas.¹ En la sesión del 24 de enero, el filósofo francés abordó las características y rasgos específicos del liberalismo en tanto racionalidad gubernamental asociada a la modernidad. Para Foucault, lo que distinguía al liberalismo nacido con la Ilustración y aupado por la Revolución francesa, era su capacidad para confundir en sí mismo las esferas antagónicas que pretendía, teóricamente, separar. Individuo/Estado, derechos negativos/derechos positivos, libertad/autoridad, no son para el pensador de Poitiers compartimentos estancos e independientes como pretendían los liberales, y menos aún dentro del propio liberalismo. Tales separaciones y la intensidad en la defensa de las esferas asociadas a la libertad (individual), que constituyen el fundamento teórico liberal, se muestran en su más pura artificialidad e inconsistencia en cuanto nos acercamos al estudio de las categorías que las vertebran. El autor de *Vigilar y castigar* desgaja el liberalismo desde su concepción de la gubernamentalidad y de las tecnologías de poder, y nos da la clave para entender el fundamento primero de parte de los postulados que aquí defenderemos. El liberalismo, dice, no se limita a establecer y reconocer la garantía de los derechos y libertades (libertad religiosa, de expresión, de mercado, derecho a la propiedad privada...), que pretenden en teoría existir al margen de la actividad del Estado, sino que, por el contrario, determina las condiciones, las limitaciones y las conductas bajo las cuales los individuos deben disfrutar de tales derechos y libertades. Como dice Thomas Lemke, “Foucault cree que lo que caracteriza a las formas de gobierno liberales es que reemplazan una regulación externa por una producción interna”,² es decir, las esferas de autonomía que dice el liberalismo respetar como independientes a sí, son en verdad productos del propio planteamiento liberal y del Estado al que da cobertura. El gobierno liberal, dice Foucault, “consume libertad”.³ No existe la libertad individual (y aun la colectiva) como derecho negativo frente al poder, ya que es el propio poder, a través de la acción gubernamental y

¹ FOUCAULT, M., *El nacimiento de la biopolítica. Curso del Collège de France (1978-1979)*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007. En esta tesis también utilizaremos una versión distinta y en inglés, que en su momento fue consultada, pero siempre se indicará la fuente específica.

² LEMKE, T., “Los riegos de la seguridad: liberalismo, biopolítica y miedo”, en LEMM, V. (edit.), *Michel Foucault: neoliberalismo y política*, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2010, pp. 253-254.

³ FOUCAULT, M., *Nacimiento de la biopolítica...op. cit.*, p. 83.

de las previsiones constitucionales que establece, quien crea sus condiciones de posibilidad, quien crea la propia esfera de pretendida acción negativa.

Esta interdependencia y conexión, apuntada por Foucault magistralmente aunque quizá de manera demasiado sucinta y hasta incompleta, la trasladaremos al análisis del incipiente neoliberalismo y de su arquitectura teórica, en parte siguiendo en ocasiones las últimas intuiciones de Foucault sobre este movimiento.⁴ En efecto, al igual que en el liberalismo los derechos individuales que se garantizan no son sino producto del propio Estado ante el que pretenden blandirse, confundiéndose la esfera de autonomía individual con la gubernamentalidad estatal, en el neoliberalismo el libre mercado que se quiere establecer no puede entenderse sin la condicionalidad y la cobertura jurídica que le brinda el Estado. Los propios autores neoliberales, de Eucken a Buchanan, son conscientes de la necesidad de abordar el andamiaje estatal si se quiere garantizar una economía de libre mercado. El ordoliberalismo alemán, la escuela de la Economía constitucional estadounidense, e incluso, aunque en menor medida y con matices diferentes, la escuela austro-americana de Hayek, no entienden la libertad de mercado si no es a través de su aseguramiento por el Estado. Un nuevo derecho económico se yergue con la doctrina neoliberal que, desde sus propios postulados teóricos, asume la falta de realismo que existía en el liberalismo clásico respecto a la autonomía individual y de mercado, entendidos por aquél, ingenuamente, como naturales *per se*. Para los neoliberales, por el contrario, el mercado y la libertad de los individuos no constituyen esferas naturales y necesarias, ajenas a los mecanismos políticos, creencia del liberalismo decimonónico que creen errónea e infundada. La relevancia que le dan al Estado los autores del “nuevo liberalismo” consolidado en la posguerra mundial, desenmascara la falsedad de las categorías clásicas y, como meta-análisis, se anticipan a un Foucault que no dejaba de constatar lo que en buena medida ya se habían encargado de teorizar no pocos autores neoliberales.

El libre mercado no puede sobrevivir, no puede siquiera llegar a existir, si no se garantizan sus elementos estructurantes por medio de la acción del Estado y del Derecho. Conocer cuáles son esos principios esenciales que han de asegurarse por el Estado en la concepción neoliberal es imprescindible en cualquier recorrido que se quiera realizar

⁴ Para una análisis de la gubernamentalidad neoliberal desde la biopolítica de Foucault, puede verse LÓPEZ ÁLVAREZ, P., “Biopolítica, liberalismo y neoliberalismo: acción política y gestión de la vida en el último Foucault”, en ARRIBAS, S., CANO G., y UGARTE, J. (Coords.), *Hacer vivir, dejar morir. Biopolítica y capitalismo*, Madrid: Editorial la Catarata, 2010, pp. 39-61.

sobre los orígenes, y los fundamentos teóricos, de los nuevos mecanismos de gobernanza económica que se han consolidado en la Unión Europea al calor de la crisis financiera. La teoría de la estabilidad presupuestaria como adagio y su incursión en el constitucionalismo de la mano de las recientes reformas en los sistemas constitucionales europeos (y en el marco europeo en sí), tiene como referente la cosmovisión ordoliberal y el tratamiento que ésta hace del Estado y la constitución económica como garantes, imprescindibles, del propio principio que, entienden, es esencial en todo sistema de libre mercado que quiera consolidarse. Esta premisa es la que subyace a toda la tesis, y si con la intuición foucaultiana la hemos empezado, con la misma acabaremos en el capítulo final de conclusiones.

No obstante, se ha de advertir *ab initio* otra premisa básica, sin la cual la primera no puede ser entendida y que, por ello, repetiremos con cierta insistencia a lo largo de la presente investigación. Si es cierto que para acercarnos críticamente a una teoría, y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria en sus múltiples formas lo es, precisamos previamente conocer la “genealogía de las ideas” que enmarcaron su nacimiento y desarrollo, no lo es menos que la trazabilidad de ese recorrido necesita estar presidida en todo momento por la prudencia académica. En esta tesis estudiaremos en profundidad lo que hemos venido en denominar como fundamentos teóricos de la estabilidad presupuestaria, pero no nos adentraremos en la posibilidad empírica y factual de la vinculación causal entre los primeros y la institucionalización (europea) del principio. Dos motivos guían esta opción y sirven al tiempo como su elemento justificador. El primero descansa en la *prudentia* mentada, pues la disección de las realidades que históricamente se suceden y su procelosa relación con los marcos teóricos que las acompañan desbordaría con creces el objeto de esta tesis y, me atrevería a decir, de cualquier tesis. No podría resumir mejor esta postura que como lo hace Sebastián Martín en su interesante retrospectiva sobre la teoría de la integración en Smend, a la que curiosamente acudiremos y regresaremos en la tercera parte. Valga reproducir sus palabras exactas a modo de advertencia para todo el decurso teórico subsiguiente: “hay una tendencia entre los que ejercemos profesiones culturales de sobrevalorar con notorio envanecimiento nuestro propio quehacer, lo cual [...] se traduce en deducir los hechos político-sociales de las teorías sociopolíticas, descuidando así la constante mediación de la praxis en la configuración y aplicación de las ideas y, por supuesto, en la implantación

de cualquier sistema institucional.”⁵ Cuidado: no estamos negando ni vamos a negar que entre el bloque teórico ordoliberalismo-Economía constitucional no pueda haber relaciones directas de causalidad que hayan determinado, condicionado o impulsado la juridificación de la estabilidad presupuestaria, sino que, apuntando en ocasiones algunas evidencias empíricas de la misma, tal relación no será objeto principal de estudio. El segundo motivo, por su parte, es el que viene a justificar el porqué sí abordamos ambas escuelas en tanto fundamentos teóricos y de forma separada. El conocimiento de los marcos intelectuales y académicos que han teorizado determinados principios que luego son institucionalizados posee un valor analítico *per se* indudable, y más para la pretensión teórica que toda tesis en el campo de las ciencias sociales reviste. El conocimiento de los desarrollos doctrinales en torno a la estabilidad presupuestaria, aun sin focalizarnos en la posible vinculación causal entre los primeros y la consolidación jurídica de la segunda, nos proporciona las categorías dogmáticas indispensables para la mejor comprensión del principio y sus problemáticas. Esta dimensión heurística de los fundamentos teóricos nos permite, al mismo tiempo, servirnos de un marco comparativo desde el que poder proyectar nuestras propias categorías y perfilar los vericuetos conflictivos que se desprenden del objeto de dicha proyección. A modo de ejemplo, y aun adelantando intuitivamente al lector el devenir deductivo de algunos de los siguientes apartados, el ordoliberalismo nos servirá para describir y definir la constitución económica de la Unión y la Economía constitucional para analizar la juridificación de la estabilidad presupuestaria que opera sobre (y desde) tal conjunto normativo.

Hecha tal salvedad aclaratoria, hemos de realizar dos precisiones de carácter metodológico y conceptual sin las cuales no se podría interpretar correcta y holísticamente la presente tesis y que, por la relevancia que revisten, las tratamos a continuación por separado.

⁵ MARTÍN MARTÍN, S., “Autoconservación contra nación. Lecturas de la *Integrationslehre* de Rudolf Smend en la doctrina jurídico-política española de los años treinta”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 182, 2018, p. 118.

1.-Metodología

1.1-Constitucionalismo crítico y constitución democrática

Denunciaba el gran Gabriel Celaya esa “poesía concebida como un lujo cultural por los neutrales que, lavándose las manos, se desentienden y evaden”, y es que también subyace a la concepción pretendidamente neutral del Derecho, y más aún del Derecho Constitucional, una intención de evasión de todo conflicto, crítica o control. Si la función principal y vertebradora del constitucionalismo ha sido y debería seguir siendo la del sometimiento del poder político discrecional a los parámetros de lo jurídicamente predeterminado y democráticamente legitimado, cualquier interpretación o análisis de un ámbito del Derecho no puede obviar su naturaleza inherentemente *política* y, en tanto tal, conflictiva y mutable. De ahí que aquí vayamos a seguir la que creemos es la mejor y más sintética elaboración de una propuesta de *constitucionalismo crítico*, la formulada por el profesor Carlos de Cabo, y que tiene por misión esencial la de politizar, en el sentido democrático del término, la institucionalización de las categorías jurídicas actuales.⁶ Porque todo discurso jurídico tiende a velar su carácter contingente a través de una apariencia artificiosa de apoliticidad, algo que se manifiesta con especial intensidad cuando de la constitución económica se trata. En ella convergen tanto las ínfulas jurídicas de neutralidad como las económicas de científicidad, las cuales giran en torno al corazón mismo de la que no deja de ser la parte más *ideológicamente* marcada del ordenamiento, pues es en la determinación del modelo de relaciones socioeconómicas donde reside la decisión fundamental (perdonen la resonancia schmittiana) del propio sistema político. Sin embargo, la consideración como compartimentos estancos de ambas esferas, la constitucional y la económica, ha tendido a nublar los posibles acercamientos integrales y con pretensión holística de las problemáticas de la realidad, unitaria, que estudian. Los juristas apenas conocemos bien las categorías de la economía, y los economistas tienden a obviar el contexto normativo en el que éstas se desenvuelven, permitiéndose así un espacio de impunidad dialéctica de difícil superación dogmática. En este sentido, lo que en la presente investigación se va a intentar mostrar no sólo es la conexión e interdependencia ínsitas entre las dos dimensiones en cuanto a la estabilidad presupuestaria se refiere, sino también cómo desde el neoliberalismo dicha *summa divisio* se ha superado ya en la intersección académica del ordoliberalismo y la Economía

⁶ DE CABO MARTÍN, C., *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Madrid: Editorial Trotta, 2014.

constitucional. Es precisamente el principio de estabilidad presupuestaria, amparado teóricamente por el marco que la primera escuela crea y desarrollado jurídica y económicamente por la segunda, el elemento agregador que más y mejor evidencia ese tratamiento holístico e integral por parte del neoliberalismo. Por ello se hace necesario que desde el constitucionalismo crítico nos adentremos también en dicha convergencia entre economía y Derecho para, sin miedo a acercarnos a las categorías de las disciplinas vecinas ni de alejarnos en exceso del núcleo tradicional de nuestra dogmática, poder develar la falsa apariencia de apoliticidad que la rodea. Porque, siguiendo al mentado Carlos de Cabo, la institucionalización existente de la globalización y de la crisis económica “se caracteriza por considerarse apolítica [...] y con una finalidad, una adecuación y legitimación estrictamente técnicas”,⁷ algo que el paradigma del pensamiento jurídico y jurídico-constitucional crítico que aquí seguimos intentará demostrar como falso y espurio.

No obstante, para poder mantener el objetivo último de esa operación de develamiento de la naturaleza política y conflictiva de la juridificación de la estabilidad presupuestaria, se hace necesario que partamos al mismo tiempo de una paradoja, en la medida en que tal operación sólo puede darse tras un análisis, crítico pero jurídico al fin y al cabo, de tal proceso y sus complejidades. Con el objeto de desentrañarlas acudiremos en todo momento a las categorías que nos proporciona la dogmática constitucional, lo que también conllevará que determinados capítulos revistan una naturaleza eminentemente descriptiva y participen, en cierto sentido, de ese carácter aséptico de la ciencia jurídica que denunciamos y denunciaríamos aquí si, efectivamente, se mantuviera como finalidad y no como medio funcional al conocimiento de lo que quiere develarse. Para poder formular las proposiciones más valorativas y descriptivas de la tercera parte y las conclusiones finales, en las que perfilaremos las características de la constitución económica neoliberal, es preciso antes describir la procelosa institucionalización de la estabilidad presupuestaria en la Unión Europea, apuntando sus puntos de fricción, las contradicciones que guarda y las problemáticas jurídicas que provoca. El carácter político de la misma y, por ende, contingente, sólo puede ser descubierto si previamente exploramos los fundamentos teóricos que le dan soporte heurístico y que, desde la conciencia misma de la *politicidad* que encubre la estabilidad presupuestaria como principio rector, intentan consciente y explícitamente revestirla de una *necesidad* que

⁷ *Ibid.*, p. 114.

incite a su inmutabilidad juridificada. Que lo político sea ahora jurídico para desde este segundo prisma poder coartar las potencialidades transformadoras del primero y consagrar así un orden socialmente injusto: esta es la pretensión fundamental de la concepción neoliberal del Derecho, que supone la piedra de toque del programa intelectual de la Economía constitucional y de su defensa de la estabilidad presupuestaria.

Ahora bien, de entre los expedientes teóricos de los que se sirve esa operación que críticamente denunciaremos y denunciaremos, destaca la utilización a veces espuria, pero a veces también inconsciente, de las categorías mismas de *constitución* y *constitucionalismo*. El uso de los términos en el discurso jurídico, decíamos, no es nunca baladí ni neutral, y la aplicación constante de estos dos a la realidad de la Unión Europea puede tener en ocasiones el efecto de dotarla de una legitimidad democrática directa de la que, en buena medida, carece. La constitución no es sólo un expediente jurídico-formal de reconocimiento y articulación del poder en el seno de una comunidad política, ya que su estrecha vinculación con el constitucionalismo en tanto movimiento emancipador la ha nutrido de un contenido axiológico indefectible. ¿Conforma el marco jurídico e institucional de la Unión una verdadera constitución en dicho sentido? La respuesta ha de ser negativa desde el prisma de la teoría democrática de la constitución, en la medida en que la estructura comunitaria no ha sido resultado de poder constituyente alguno.⁸ Es más, del saldo de los referenda nacionales que hasta el momento se han celebrado sobre los avances cualitativos en la integración, ya sea los que se produjeron con motivo del malogrado y mal llamado “Tratado constitucional” ya con ocasión de los sucesivos desplantes irlandeses, no podemos derivar siquiera una visión mínimamente optimista sobre la justificación democrática, *directa*, de la Unión. Huelga decir que la polémica en torno a la naturaleza constitucional o no de la misma no es precisamente nueva y constituye, quizá, uno de los temas más manidos por nuestra disciplina, que ha tendido en los últimos años a aplicar dichas categorías sobre la integración europea de manera generalizada, acrítica y aséptica. Paolo Scarlatti ha resumido la transformación de las

⁸ Es interesante recordar, por su casi anecdótico olvido, el primer intento que en 1957 se produjo de dotar a las entonces proyectadas comunidades europeas de una legitimidad constituyente. Sobre el mismo, que pivotó en torno a la malograda Comunidad Política Europea y a una visión esencialmente parlamentarista, puede verse R. T. GRIFFITHS, *Europe's First Constitution*, Londres: Kogan Page 2001. Asimismo, VICIANO PASTOR, R., “Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió*, nº 67-68, 2009, pp. 91-99. También este autor sobre el hoy desconocido proyecto de constitución europea que quiso impulsar el Parlamento Europeo entre 1990 y 1994, “El largo camino hacia una Constitución europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 1, 2001, pp. 91-104.

posiciones doctrinales sobre el particular y compartimos con él la constatación de que la práctica totalidad de los autores hayan abandonado el parámetro de análisis internacionalista y abrazado el supranacional de características constitucionales.⁹ Siguiendo las palabras del autor italiano, “la Unión Europea parece haber consolidado las características de un ordenamiento jurídico constitucional autónomo y distinto del de los Estados miembros que se fundamenta en una base normativa constituida por los Tratados comunitarios, que define un sistema articulado de instituciones comunes y da vida a un poder político supranacional con vocación universal. Es decir, que persigue fines de carácter general a través de la producción de un derecho tendencialmente expansivo y que, por otra parte, se impone al derecho nacional de acuerdo con la doctrina del efecto directo y la primacía de la norma comunitaria sobre aquella interna incompatible con la primera.”¹⁰ Esa consideración *constitucional* de la UE ha tenido como referencias doctrinales, además, las contribuciones que sobre la misma han elaborado destacados académicos como Weiler¹¹ o Craig,¹² que ampliamente han defendido la aplicación de dicha naturaleza para un proceso de integración que, tras Lisboa, se ha dotado de una ciudadanía y unos derechos fundamentales propios.

Sin embargo, para el constitucionalismo crítico y para la teoría democrática de la constitución se hace indispensable introducir una serie de matices si se quiere seguir manteniendo, y eso esperamos, el fundamento teleológicamente emancipador del constitucionalismo. Desde la teoría democrática de la constitución y desde el propio constitucionalismo crítico que aquí seguimos, aquélla ha de ser producto directo de un poder constituyente democráticamente elegido al efecto y sin limitaciones jurídicas a priori que pueda, desde su politicidad, trasladar la voluntad del pueblo soberano a un marco jurídico con vocación de normatividad y estabilidad. Como analiza González Cadenas,¹³ las visiones positivistas de Guastini o De Otto pueden chocar contra ese

⁹ SCARLATTI, P., *Democracia y teoría de la legitimación en la experiencia de la integración europea: Contribución a una crítica del constitucionalismo multinivel*, Bilbao: Universidad del País Vasco, 2010, pp. 9-26.

¹⁰ *Ibid.*, p. 14.

¹¹ Se hace materialmente imposible hacer una selección de la profusa obra de Weiler que no incurra en arbitrariedades injustas en su necesidad de exclusión, de ahí que aquí nos podamos referir ahora, *in toto*, a su decisivo artículo WEILER, J., “The transformation of Europe”, *Yale Law Journal*, vol., 100, nº 8, 1991.

¹² CRAIG, P., “Constitutions, constitutionalism and the European Union”, *European Law Journal*, vol. 7., nº 2, 2001, 125-150.

¹³ GONZÁLEZ CADENAS, D., *Democracia y procesos constituyentes: un análisis jurídico-político*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 31-33. Como apunta el autor, es también destacable la postura minoritaria sostenida por NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “¿Constitución o Ley Fundamental? Acerca de la Constitución portuguesa de 1976”, *Estudios Constitucionales*, vol. 11, nº 2, 2013, pp. 615-638, en la que se defiende, tomando como marco de referencia la polémica terminológica en torno a la Ley Fundamental

contenido axiológico que desde la teoría democrática hemos de imputar a la constitución y que, en nuestro país, tan vehementemente fue popularizado en su momento por Elías Díaz.¹⁴ De ahí que tengamos que negar, *a limine*, la naturaleza democrática-constitucional de la Unión *stricto sensu* pero que, al mismo tiempo, no podamos obviar los efectos constitucionales que produce al reunir las características, materiales, de los desarrollos normativos que se dan en el contexto de los sistemas democráticamente constituidos o con un *demos* definido y articulado. La justificación misma del análisis del presente objeto de estudio desde el paradigma y las categorías del Derecho Constitucional se deriva de los innegables efectos *constitucionales* del proceso de integración, efectos que revestirá con más polémica e intensidad aún la juridificación en su interior de la estabilidad presupuestaria. Admitiendo, por tanto, la improcedencia de catalogar a la UE como una democracia constitucional al uso y a la integración europea como una constitución formal (desde el prisma democrático que estamos siguiendo), estamos de acuerdo con Agustín Menéndez en la pertinencia de aplicar sobre los mismos las categorías jurídico-constitucionales.¹⁵ Éstas, y no las de raíz internacionalista, son las que pueden hoy explicar el fenómeno *sui generis* de un proceso tan complejo y con tantas, tan destacadas, repercusiones constitucionales, pero dicha virtualidad no ha de impedir la matización indicada y que, lejos de cualquier prurito conceptual, apunta al corazón mismo de la cuestión democrática de un proyecto, el europeo, que entra ya en la edad adulta. Tampoco se nos malinterprete: no estamos abonando la idea romántica y nostálgica de que sólo en el Estado-nación de corte westfaliano puede darse una constitución plenamente democrática, sino la necesidad de que toda comunidad jurídico-institucional tenga un origen y un respaldo en una comunidad política así articulada y con conciencia de serlo, comunidad que no tiene por qué constreñirse en los cada vez más asfixiantes límites de las naciones. La posibilidad de superar la visión estatista de la democracia¹⁶ y de vertebrar los múltiples *demoi* que se dan en el continente para legitimar directamente,

de Bonn, que sólo sería correcto denominar como constitución a aquella que sea resultado de un poder constituyente democrático.

¹⁴ DÍAZ, E., *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1966.

¹⁵ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. J., “La Unión Europea entre el constitucionalismo democrático y la gobernanza”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 149, Madrid, julio-septiembre, 2010, pp. 67-70.

¹⁶ BAYÓN MOHÍNO, J. C., “¿Democracia más allá del Estado?”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del Derecho*, nº 28, 2008, pp. 27-52.

desde un origen constituyente, la Unión Europea...está abierta y, creemos, debería ser decididamente explorada.¹⁷

1.2.-El concepto de constitución económica

Lo que en la tesis vamos a intentar dilucidar son los efectos que la estabilidad presupuestaria proyecta como principio jurídico sobre la *constitución económica* europea. ¿Pero qué hemos de entender a priori por tal concepto? Como Bassols Coma¹⁸ o Maestro Buelga¹⁹ han estudiado, la génesis de dicha categoría (como la de tantas otras...) hemos de encontrarla en el periodo de entreguerras, en la conflictiva e inestable República de Weimar y sus debates doctrinales. Ya hemos apuntado en otra sede,²⁰ que la famosa polémica Schmitt-Kelsen ha tendido a nublar otras, como la de Neumann-Preuss, que tenía por objeto la definición misma de la constitución económica.²¹ Ésta se referiría al conjunto de instituciones y disposiciones normativas de diferente naturaleza que regulan desde lo jurídico el conjunto de relaciones económicas, ya se den entre particulares (privadas) o en el plano estatal (públicas), y que subliman la decisión fundamental, en términos schmittianos, del sistema socioeconómico que la constitución acoge. Esta definición se daba en un contexto en el que las ideas del liberalismo social y de la socialdemocracia presidían las nuevas construcciones doctrinales europeas y hasta la dirección política misma de los Estados, por lo que la constitución se entendía como el punto de convergencia de las pretensiones estatistas de regular y normativizar el fenómeno económico para someterlo a los condicionantes políticamente transformadores del incipiente Estado social. Dicha definición no hubiera podido darse, por ende, en el seno del liberalismo clásico, pues como veremos éste desatendió doctrinalmente el constitucionalismo económico por entender, quizá ingenuamente, que el capitalismo y el libre mercado se daban en esferas naturales diferentes e independientes del Estado y la política, visión que cambiará rotundamente tanto con la socialdemocracia como con el ordo-neoliberalismo, quienes toman conciencia de la relevancia económica del marco

¹⁷ El último Habermas, por el contrario, pretende trasladar las categorías del derecho constitucional a un ámbito de “democracia transnacional” que no tiene por qué vertebrarse a través del ejercicio del poder constituyente en el sentido clásico. HABERMAS, J., *La constitución de Europa*, Madrid: Trotta, 2012.

¹⁸ BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Madrid: Tecnos, 1985.

¹⁹ MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica e integración europea”, *Revista de Derecho Político*, nº 54, 2002, pp. 40-59.

²⁰ MORENO GONZÁLEZ, G., “El cierre de la constitución económica española: de la apertura de posibilidades al monismo de obligaciones”, en *Ivs Fvgit*, nº 20, 2017, pp. 117-156

²¹ HELLER, H., *Escritos políticos*, Madrid: Alianza, 1985, pp. 269-81.

político y jurídico. La arriba formulada será, en este sentido, la definición de constitución económica que aquí seguiremos, aun admitiendo la apertura conceptual que conlleva. Por tal no vamos a entender la constitucionalización formal de las previsiones económicas clásicas en el interior de los textos fundamentales, sino el conjunto más amplio de esas instituciones y disposiciones normativas que puedan producir efectos constitucionales, con tendencia a la permanencia desde la eficacia supralegislativa de una pretendida universalidad, en el amplio ámbito de las relaciones económicas. Restamos, por tanto, todo valor axiológicamente democrático al término constitución en la fórmula de *constitución económica*, tal y como ya indicamos al referirnos a la presunta constitucionalidad de la Unión. Para ello abandonaremos la concepción *descriptiva* de la constitución económica, que desde el acriticismo de cierta doctrina, cree en un conjunto normativo neutro y exento de conflicto político, y acogeremos, en cambio, la noción *sustancialista*, es decir, aquella que analiza dicha constitución económica como un sistema tendente a garantizar una determinada ideología o postura económica, ya sea la neoliberal o la que sustenta el Estado social.²² Precisamente veremos cómo en los fundamentos teóricos de la estabilidad presupuestaria ya subyace esa visión sustancialista, que es articulada a través de la toma en conciencia de la relevancia misma de la constitución formal y el ordenamiento jurídico respecto al modelo económico que se quiere garantizar. La escuela ordoliberal alemana, a pesar de ser la primera en partir de esa concienciación expresa y explícita, intentará no obstante tamizar su elaboración doctrinal de cierta pretensión de neutralidad desde la que poder petrificar sus consecuciones. Es decir, aun desprendiéndose de su apuesta teórica una clara opción por una constitución económica sustancialista que sea funcional a sus objetivos, intenta recubrir ésta, para protegerla, de un manto falsamente descriptivo. Por su parte, la Economía constitucional, la escuela que teoriza la necesidad jurídica de institucionalizar la estabilidad presupuestaria, focalizará el giro sustancialista en la constitución formal pero no pretenderá dotarle de ningún carácter aséptico engañoso, o al menos eso es lo que se deriva de sus principales contribuciones.

La constitución económica que en la presente tesis servirá como objeto de estudio será, *lato sensu*, la europea, entendiendo por ella el conjunto normativo e institucional antedicho que establece el ordenamiento de la Unión Europea y los tratados e

²² Esta distinción la realiza y desarrolla adecuadamente MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica e integración europea”, op. ct., pp. 49-50.

instituciones que, aun siendo ajenos a la misma, poseen una interrelación e interdependencia clara con ella. Y es que veremos que en los últimos años, al calor de la crisis económica, se han realizado procesos de “huida jurídica” respecto al marco comunitario pero sin lograr nunca deshacerse o desprenderse del mismo, reforzando la constitución económica *europaea* desde un exterior intergubernamental, exterior y, en gran medida, ajurídico.

1.3.-Objeto y descripción del planteamiento de la investigación

La tesis que el lector ve entre sus manos (o delante en la pantalla) tiene por objeto el estudio crítico de la estabilidad presupuestaria en tanto nuevo axioma jurídico que preside el proceso de integración europea, analizando para ello sus referencias y formulaciones doctrinales, el lento y proceloso recorrido de su juridificación en el marco de la Unión y de los tratados aledaños, así como los caracteres constitucionales que reviste y los efectos que de tal naturaleza desprende para el principio democrático y el Estado social. Con dicho objetivo tendremos que acercarnos también a la constitucionalización que de tal principio han realizado ya numerosos Estados europeos, algunos de los cuales han respondido así al mandato explícito en la materia que se establece en el nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza o que recogen, de todos modos, la tendencia a la institucionalización de la estabilidad presupuestaria que ya se vislumbra como proceso desde Maastricht. Veremos cómo la interrelación e interdependencia es casi plena, pero ello no es óbice para que podamos estudiar separadamente la institucionalización del polémico axioma y de sus elementos configuradores en la Unión Europea y no en cada Estado particular, lo cual no sólo desbordaría el objeto de cualquier tesis sino que, además, añadiría múltiples casuísticas que podrían escapar a cualquier pretensión holística. Nos centraremos, por tanto, en la consolidación jurídica de la también llamada “regla de oro” que está dándose en la integración europea y sus efectos y naturaleza constitucionales, aunque a tal fin, y debido a la interrelación indicada, tengamos en más de una ocasión que referirnos y abordar explícitamente algunos elementos de las reformas estatales que la han incorporado al más alto nivel en determinados países del viejo continente.



En la primera parte abordaremos los orígenes doctrinales del neoliberalismo y de su visión del Estado y la constitución, así como las primeras formulaciones teóricas de cuáles han de ser los elementos estructurantes que deben vertebrar las economías de libre mercado y que han de venir asegurados, como decíamos, por un marco jurídico (estatal, *lato sensu*) adecuado y funcional a su protección. Desde los antecedentes del ya de por sí disperso corpus neoliberal en los albores de la II Guerra Mundial (Coloquio Lippmann) a la defensa a ultranza por parte de la *Public Choice Theory* de constitucionalizar límites al déficit y a la deuda pública, encontraremos un rico y variado andamiaje doctrinal donde autores de muy diferentes matices comparten un interés común al que subordinan sus construcciones: la garantía jurídica del libre mercado y sus implicaciones en todos los ámbitos de la vida. El Derecho público, el constitucionalismo, no es por tanto un enemigo, no es el demonio del intervencionismo que anula la libertad económica, sino su más eximio garante. En el primer capítulo analizaremos el giro hacia el Estado que imprime en el nuevo liberalismo y la escuela ordoliberal que en él se da, cuyas elaboraciones teóricas sirven en buena medida de fundamento al proceso de integración económica europea. Es en lo jurídico donde los primeros neoliberales alemanes encontrarán la mejor salvaguarda para la materialización de sus ideales, y en el Estado, el mejor depósito de sus pretensiones. Pero ello no sería posible sin un diseño institucional y un nuevo Derecho económico instrumental a tal objetivo. El ordoliberalismo, desde sus “humildes” inicios, se encarga de elaborar dicha subordinación, dicha instrumentalidad al servicio del libre mercado, mediante la creación y difusión de unas nuevas categorías ajenas, en gran medida, a las clásicas del liberalismo. El camino para la utilización de la constitución como vector de un determinado modelo de gobierno económico en el que pueda insertarse la estabilidad presupuestaria queda, por tanto, expedito; camino que es el que seguiremos en el segundo capítulo, donde se estudiarán las contribuciones principales de la Economía constitucional y la *Public Choice* de Buchanan, pues son éstas las que enfocan el giro hacia el Estado ordoliberal en la constitución. Como veremos, para la teoría buchanaiana lo público ha de ser constreñido jurídicamente desde la norma fundamental en la medida en que es ésta la que, con su virtualidad, puede garantizar los principios funcionales para con el libre mercado y el *statu quo* económico. De ellos destaca la estabilidad presupuestaria como máxima plasmación de la preocupación neoliberal por la expansión

del Estado (social), lo que hace que la Economía constitucional norteamericana sea la pionera en el estudio teórico de la necesidad de constitucionalizar dicho principio y sus consecuencias. Que sea en Estados Unidos donde dicha escuela se desarrollara al calor de la Universidad de Virginia no es casualidad ya que, como estudiaremos en detalle, ha sido en tal país donde la estabilidad presupuestaria más recorrido jurídico ha tenido. Su rica experiencia constitucional en la materia, que procede de mediados del siglo XIX, ha conseguido articular una serie de categorías en torno a los niveles estatal y federal que tienen como centro lo que en el mundo anglosajón se denomina como *Balanced Budget Rule*. El programa de la Economía constitucional, partiendo de los antecedentes estatales y recogiendo el giro ordoliberal, focalizará así el objeto de su estudio en la justificación teórica de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria. El marco estadounidense, al contar con ese bagaje tanto empírico como doctrinal, nos va a servir en este capítulo, además, para desplegar el conjunto de problemáticas jurídico-constitucionales que se desprenden de la elevación del principio a cualquier constitución que se precie de tal. Desde la definición misma de los elementos estructurales de la estabilidad presupuestaria a su posibilidad de ejecutoriedad judicial, analizaremos los inconvenientes y dificultades que rodean la formulación jurídica de la llamada, por otros, como “regla de oro” (*golden rule*). Ello nos permitirá, además, tener un modelo de comparación para analizar las problemáticas paralelas que se darán en Europa. La exploración que en esta primera parte hacemos de los fundamentos teóricos de la estabilidad presupuestaria, tanto los originados en el ordoliberalismo como los desarrollados por la Economía constitucional, constituirá el parámetro heurístico para los siguientes capítulos y la configuración que llevemos a cabo de nuevas categorías.

La segunda parte se dedicará íntegramente al análisis crítico de la juridificación de la estabilidad presupuestaria en el peculiar proceso de integración europeo. Para ello veremos cómo la Unión Económica y Monetaria que impulsa el Tratado de Maastricht ha partido siempre de asimetrías insalvables y ha estado enfrentada, en todo momento, a la resistencia constitucional que el Tribunal de Karlsruhe despliega. Sobre esa Unión imperfecta se erigirá poco a poco nuestro principio, en un lento viaje no exento de sobresaltos que acabará teniendo al Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) como corolario. Las dificultades en la efectividad de éste, su procelosa articulación jurídica y las reformas que laminaron su potencialidad, centrarán el objeto del primer capítulo. En

el segundo, continuando con el recorrido de la juridificación de la *Balanced Budget* a nivel europeo, analizaremos la respuesta a la crisis dada por la Unión desde la óptica presupuestaria. En este sentido, se estudiarán los paquetes de medidas de derecho derivado que han reforzado el propio Pacto de Estabilidad, como el *Six* y el *Two Pack*, y los nuevos procedimientos de control presupuestario que éstos consolidan (Procedimiento por Déficit Excesivo) o incorporan (Procedimiento por Desequilibrios Macroeconómicos). El tercer capítulo, por su parte, abordará el nuevo Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) en tanto constituye uno de los vectores principales, hoy, a través de los cuales puede de manera más coactiva implementarse la estabilidad presupuestaria en los Estados. Para ello veremos primero cómo la naturaleza misma del MEDE supone *per se* una problemática jurídica de difícil solución, pues siguiendo una vía ya explorada con anterioridad, el Mecanismo se aprueba mediante la celebración de un tratado internacional ajeno al derecho de la Unión, en lo que vamos a denominar a lo largo de la tesis como “huida jurídica”. Ello le posibilitará, gracias a la controvertida actuación del TJUE en Pringle, evadir la fiscalización de sus actos a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales, lo que situará a la estabilidad presupuestaria en un campo de inmunidad y descontrol impropio del constitucionalismo. La forma en la que aquélla es proyectada verticalmente desde el MEDE a los Estados acogidos a programas de asistencia financiera se determina en los famosos Memoranda de Entendimiento (MoU) que incorporan, necesariamente, una condicionalidad estricta sobre las políticas económicas del Estado afectado. Veremos, en este sentido, los intentos de resistencia constitucional que algunos de ellos han desplegado y las asimetrías que en la intensidad de aquéllos se producen. Por último, en el cuarto y más extenso capítulo de toda la tesis estudiaremos en profundidad la mayor innovación que se ha producido en la constitución económica europea alrededor de la estabilidad presupuestaria: el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG). De nuevo en un proceso de “huida”, los Estados han decidido con este Tratado situarse fuera del marco de la Unión para consagrar jurídicamente un límite de déficit más estricto, establecer un *sui generis* mandato para los Estados de constitucionalización flexible de la “regla de oro” y modificar, desde su propia externalidad al sistema comunitario (!), el derecho derivado. El mandato de juridificación al más alto nivel de la estabilidad presupuestaria será analizado críticamente y con mayor detalle aún debido a la afectación que conlleva sobre el principio democrático y la naturaleza misma de las democracias constitucionales europeas. Al amparo de este Tratado realizaremos, por último, una comparación entre las

problemáticas que provoca la nueva regla de estabilidad en Europa y la experiencia y el modelo estadounidense, ahondando nuevamente en la controversia jurídica en torno a la efectividad y ejecutoriedad de la *golden rule*, su apertura e indefinición y las consecuencias que proyecta sobre la autonomía de la política democrática. Esta segunda parte, por tanto, desarrollará de forma sucesiva la juridificación de los tres principales instrumentos de estabilidad presupuestaria en Europa, que hemos venido en denominar como la “tríada de mecanismos” (PEC revisado, MEDE y TECG).

Para terminar, en la tercera parte de la tesis se desplegarán las características de la constitución económica europea en tanto en cuanto la estabilidad presupuestaria opera sobre ella, con el objetivo, final, de desentrañar las repercusiones que la nueva gobernanza produce tanto para la democracia constitucional como para el Estado social. A tal fin veremos en el primer capítulo cómo la concepción ordoliberal de la competencia, criterio rector de la Unión Europea, ha laminado los instrumentos de intervención del Estado en la economía (parte orgánica del Estado social) impidiendo su potencialidad transformadora. Sobre dicha realidad se erige la mutación que ha sufrido el marco económico de la integración, algo que analizamos en el capítulo segundo, en el que exploraremos cómo los nuevos mecanismos y procedimientos de la gobernanza económica, cuyo eje de acción es la estabilidad presupuestaria, han creado desde su compleja interdependencia un nuevo *método plutocrático europeo* diferente al comunitario y al intergubernamental. Con estos mimbres, se estudiará la convergencia en la constitución económica europea de los postulados ordoliberales de la competencia y de la estabilidad presupuestaria que tiene su reflejo en la Economía constitucional de Buchanan, elaborando para ello dos nuevas categorías: el *modelo económico competitivo* y el *modelo político fragmentado*. En el segundo y último capítulo analizaremos críticamente la unión de ambos modelos y la nueva *constitución económica neoliberal* que se está desarrollando en la Unión, destacando el papel central que la estabilidad presupuestaria y la ausencia de una integración positiva fiscal desempeñan en ella y las consecuencias negativas que para el Estado social y democrático se desprenden. Finalmente, y con todo el acervo del desarrollo anterior aquí sucintamente indicado, enumeraremos las características que creemos definitorias de la foucaultiana *constitución económica neoliberal* mentada, desarrollando asimismo las principales conclusiones a que ha llegado la tesis que, desocupado lector, comienza ahora a explorar.

Pocos descubrimientos son tan exasperantes como los que
revelan la genealogía de las ideas.

Lord Acton

PRIMERA PARTE

LA CONCEPCIÓN NEOLIBERAL DEL ESTADO Y LA CONSTITUCIÓN

Los fundamentos teóricos de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria

CAPÍTULO I: EL GIRO ORDOLIBERAL HACIA EL ESTADO

Orden no es una presión que desde fuera se ejerce sobre la sociedad, sino un equilibrio que se suscita en su interior.

Ortega y Gasset

1.-Los orígenes neoliberales

El ordoliberalismo alemán es una de las primeras escuelas de lo que se bautizó a sí mismo como movimiento *neoliberal* y que se encuadra en una reforma o renovación, operada en el periodo de entreguerras, del paradigma del liberalismo clásico. Sobre éste se han escrito infinidad de obras y reflexiones,²³ pero vale la pena referirnos aquí, por su novedad doctrinal y cercanía en el tiempo, a la reciente contribución de la profesora Helena Rosenblatt,²⁴ quien ha desentrañado con claridad expositiva y rigor académico la verdadera cara liberal. Las consecuencias de la guerra fría en la segunda mitad del siglo XX y el predominio en éste de la academia y doctrina norteamericanas, han tergiversado la historia conceptual del liberalismo, al que desde esta hegemonía del bloque capitalista se ha identificado y confundido en su dimensión económica con la defensa acérrima del *laissez faire*. En verdad, siguiendo la fundamentada exposición de Rosenblatt, el principio de absoluta no intervención en el libre mercado no fue parte esencial ni principal del liberalismo clásico,²⁵ sino que, por el contrario, apenas fue defendido por algunos, pocos,

²³ Esencial para comprender el desarrollo del liberalismo como término, concepto y movimiento es el trabajo de DUNCAN BELL, *What is Liberalism*, Political Theory, 2014, p. 42. Bell denuncia la tendencia, en la segunda mitad del siglo XX, de proyectar retroactivamente la terminología liberal como un todo coherente, algo que ya veremos con ROSENBLATT. Llega a decir que el liberalismo tal y como lo entendemos hoy es en verdad un producto artificial de la convergencia entre las narrativas norteamericanas y británica: “Las narrativas americanas convergieron durante las batallas ideológicas de la segunda mitad del siglo XX, creando una visión expansiva del liberalismo que domina hoy el discurso académico”, p. 693 *ibid* (Esta traducción, como todas las siguientes en la presente tesis, es propia). Por otra parte, es una denuncia ya elaborada también por GUNNELL J., “The Archeology of American Liberalism”, *Journal of Political Ideologies*, nº 6, 2011, p. 131; *Imagining the American Polity*, Philadelphia: Philadelphia Penn State University Press, 2004, pp. 183-219.

²⁴ ROSENBLATT, H., *The lost history of Liberalism: from ancient Rome to the twenty-first century*, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2018. Pude tener acceso al libro y adquirirlo gracias a una breve visita a la Universidad de Harvard, en Boston. Aunque es una fantástica obra que, sin duda, cambiará la visión académica sobre el concepto de liberalismo, adolece de ciertas presuntuosidades, como la de tratar de forma tan negligente al liberalismo español y su rica historia y tradición.

²⁵ La calificación de clásico sería acuñada, según Rosenblatt, por Chales Gide. *Ibid.*, p. 224.

de sus notables prohombres (Bastiat, Dunoyer, Graham Sumner...).²⁶ La mayoría de los grandes exponentes del primer liberalismo deciochesco y del más desarrollado del siglo XIX, desde Adam Smith a Stuart Mill pasando, sobre todo, por Constant o Tocqueville, defendieron abiertamente la necesidad de que el Estado paliara las consecuencias más negativas que el libre mercado provocaba en la sociedad. Bebían en este sentido de la tradición más amplia de la *liberalitas* latina de Cicerón, la cual fue enriqueciéndose a lo largo de los siglos con los aportes históricos del cristianismo (*caritas*) y la democracia (fraternidad) y que, desde una visión por y para la élite cultural y gobernante, comportaba el cultivo de la magnanimidad como *virtud* y desapego personal frente y ante el interés general de la comunidad. Siguiendo las palabras del propio Adam Smith: “el hombre sabio y virtuoso está dispuesto, en todas las épocas, a sacrificar su propio interés privado ante el interés público de su sociedad”.²⁷ Esta moralidad y postura ética, fuertemente arraigada en una consideración aristotélica y tomista de la relevancia del vivir social y de los ideales superiores a los espurios intereses particulares, fue común a casi todos los autores liberales, por lo que la etiqueta de los mismos como excesivamente individualistas no se corresponde con una realidad ciertamente más compleja. El adjetivo liberal se predicaba así de todos aquellos que practicaran dicha virtud desde el respeto al *otro* y el intercambio de argumentos en un contexto casi caballeresco en el que lo que se intentaba dilucidar era el más recto camino para la consecución del interés general. El adjetivo posteriormente se convirtió en sustantivo y el liberalismo comenzó a identificarse con el conjunto de posturas políticas que, desde la *liberalitas* perfeccionada y la búsqueda del interés general, defendían los incipientes sistemas representativos y constitucionales en los que el poder quedaba apriorísticamente limitado. Las advertencias de los primeros liberales sobre la atomización del cuerpo social que resultaba de la revolución industrial y del drástico proceso de urbanización, han sido sin embargo hoy ocultadas por esa confusión reduccionista en torno al concepto y su proyección retroactiva hacia periodos pretéritos, confusión que debemos principalmente a cierta academia anglosajona y que ha pervivido, incluso, en algunas muestras de la teoría crítica.²⁸ A pesar de esta preocupación social y de esa conexión ética con el interés de la comunidad hoy conscientemente

²⁶ *Ibid.*, pp. 105-108.

²⁷ *Ibid.*, p. 34.

²⁸ Por ejemplo, del análisis global que hace David Harvey sobre el neoliberalismo se deriva esa concepción reduccionista del primer liberalismo sobre el que aquel se desarrolla. Como comprobará el lector, seremos muy críticos de aquí en adelante con las posturas del autor inglés. Vid. HARVEY, D., *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid: Akal, 2007.

olvidada u ocultada, lo cierto es que el liberalismo clásico no tuvo en ningún momento un proyecto completo de constitución económica *stricto sensu*, es decir, con virtualidad normativa. La propia ausencia de este carácter en el constitucionalismo decimonónico europeo y la acomodación del sistema económico existente al deseado (el libre mercado), evitaron objetivamente y en gran medida una posible exploración racionalista e idealista de un modelo normativo arquetípico que pudiera ser teorizado y defendido. Las respuestas intervencionistas del Estado, que fueron más fuertes y destacadas de lo que a veces se recuerda, consistieron sobre todo en respuestas casuísticas a los problemas sociales y económicos que se sucedieron en el interior de comunidades políticas cada vez más complejas y conflictivas. El liberalismo manchesteriano, el firme partidario de un principio absoluto de *laissez faire* y, por tanto, el portador de cierto modelo económico con posibilidades de pretensión normativa-constitucional, fue en todo momento secundario y operó más como referente argumentativo entre teorías comparadas que como conjunto jurídico-institucional realista.

La transformación progresiva del liberalismo clásico en liberalismo democrático y, sobre todo, en reformismo social a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, pronto será vista en el periodo de entreguerras como una desviación o perversión de los ideales primigenios, es decir, de esa práctica ausencia de una consideración global en torno a la constitución económica normativa y sus posibilidades de intervención. La confusión cada vez más extendida entre liberales y demócratas, entre radicales y liberales y, aún más estridente, entre socialismo y liberalismo, provoca cierta distorsión en el marco conceptual del pensamiento occidental de entreguerras. Como apunta Wallerstein²⁹, el liberalismo se convierte al fin y al cabo en el sustrato de casi todas las teorías políticas modernas, desde el conservadurismo al radicalismo finisecular pasando por un socialismo fabiano cada vez más reformista, lo que conlleva una excesiva apertura dada la inexistencia del modelo arriba denunciada y una no menor ambivalencia a la hora de definir cuáles son los límites del liberalismo originario *per se*.³⁰ Como dice Thomas Nagel, “un hecho significativo acerca de nuestro tiempo es que la mayor parte de los argumentos políticos en el mundo occidental se mueven hoy entre las diferentes

²⁹ WALLERSTEIN, I., *Universalismo europeo*, México: Siglo XXI, 2007.

³⁰ Dice Hobhouse en este sentido: “el liberalismo es un elemento que penetra por entero en la estructura vital del mundo moderno”. Citado en SALWYN SHAPIRO, J., *Liberalism: its meaning and history*, New York: Van Nostrand Company, 1958, p. 3. Shapiro lleva a cabo una extensión excesivamente amplia de la categoría del liberalismo, del que dice que comenzó su andadura ya en el siglo XVI.

concepciones de la tradición liberal”.³¹ Liberal-conservadores, socioliberales, Tories y whigs, Bismarck, Disraeli y Canalejas, se consideran al mismo tiempo, pero con diversas proyecciones, liberales.³²

Ese sustrato común o mínimo que aporta el liberalismo a las diferentes corrientes políticas de la modernidad industrial y que se fundamenta en última instancia en la fe absoluta en el progreso técnico y en la capacidad de transformación a través de la política, al identificarse con sus proyecciones laterales y distanciarse del propio núcleo originario, tiende para algunos a perder de vista cuáles fueron y cuáles deberían seguir siendo los propósitos y fines a los que servir. El libre mercado frente a la intervención de los poderes públicos, la libertad del individuo ante el Estado, el libre desenvolvimiento de las fuerzas productivas en el marco del juego libre de la oferta y la demanda y, en consecuencia y como paradigma, el control del poder político y su relego a una esfera limitada,³³ eran y son los objetivos de un liberalismo que, a pesar de su originaria carga moral, se ve ahora, también a sí mismo, transmutado en Estado interventor y (cada vez más) social.

Esta “crisis” del liberalismo como consecuencia del desarrollo de sus propias tensiones, cuyo síntoma, el reformismo social,³⁴ alcanza en la primera mitad del pasado siglo su consolidación, provoca cierto rechazo entre algunos destacados miembros de la intelectualidad occidental.³⁵ Son significativas al respecto las palabras de Spencer en su obra canónica, quizá la mejor expresión de este rechazo interno de parte del propio liberalismo a su giro reformista:

¿Cómo el liberalismo, aumentando cada día su poder, se inclina a una legislación más coercitiva cada vez? ¿Cómo es que, ya directamente por medio de sus propias mayorías, ya indirectamente,

³¹ NAGEL, T. “Rawls and Liberalism”, en FREEMAN, S. (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 62.

³² Curiosamente, el origen de la vinculación a lo político del término “liberalismo” y su sustantivación como tal es español. Popularizado durante las Cortes de Cádiz, su uso político se fue extendiendo en la década de los veinte del siglo XIX al albur del Trienio de Riego y de la situación de Restauración en el resto de Europa. En ROSENBLATT, H., *The lost history of liberalism...* op. cit., pp. 62-63 y 73-74.

³³ En este sentido puede servir la ya canónica definición de liberalismo dada por Silvio Pellico (1819): “Los límites del poder del Estado y el primado de la conciencia moral del individuo sobre el poder”. Citado en GAMBIESCA, C., *Liberalismo triste*, Madrid: Ediciones Encuentro, 2015, p. 30.

³⁴ Hobhouse y John Dewey celebran, por ejemplo, el paso del liberalismo desde una ideología puramente de *laissez faire* a una que justifique la utilización de la *res publica* para reducir las injusticias sociales. HOBHOUSE L. T., *Liberalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991; DEWEY, J., *Liberalism and Social Action*, New York: Putnam, 1935. Citado ambos en DUNCAN BELL, *What is Liberalism*, op. cit., p. 684.

³⁵ Una referencia a esta crisis del liberalismo puede encontrarse también en la clásica obra de RUGGIERO, G., *The history of European Liberalism*, Oxford: Oxford University Press, 1927, pp. 417-425.

prestando su concurso a las mayorías de sus adversarios, se arrogan los liberales cada vez en mayor escala el derecho de dirigir las acciones de los ciudadanos, restringiendo, por lo tanto, la esfera dentro de la cual son libres las acciones individuales? ¿Cómo puede explicarse el predominio de esta confusión de ideas que, persiguiendo aparentemente el bien público, les ha llevado a invertir el método con que en los tiempos pasados cumplieron ese mismo bien? Este inconsciente cambio de ideas, tan incomprensible como a primera vista parece, veremos que se ha producido de un modo completamente natural.³⁶

Es en este marco de queja hacia el supuesto abandono de las tesis liberales, donde el afamado periodista y filósofo estadounidense Walter Lippmann³⁷ escribe en 1937 *An inquiry into de Principles of the Good Society* (popularmente conocida en el mundo anglosajón por *The Good Society*),³⁸ obra de gran difusión entre las élites europeas y que supone un alegato contra el naciente Estado social *stricto sensu* y a favor del retorno a los ideales liberales pretendidamente *clásicos*, tamizado todo ello con un cierto aura de elitismo que ya había caracterizado sus primeros trabajos, en consonancia con los planteamientos de Dewey,³⁹ Ortega⁴⁰ o Spengler. El libro del periodista norteamericano, que ya había iniciado cierto debate y hasta admiración en círculos intelectuales europeos, se traduce rápidamente al francés bajo el título *La Cité libre* y consigue reunir enseguida no pocos adeptos y entusiastas de sus ideas. El más destacado de ellos, Louis Rougier,

³⁶ SPENCER, H., *El individuo contra el Estado*, Barcelona: Esitorial Orbis, SA, 1984, p. 16. El argumento de Hayek es similar, y en él podemos ver la influencia spenceriana. Dice en *Camino de Servidumbre*: “Pudiera incluso decirse que el éxito real del liberalismo fue la causa de su decadencia. Por razón del éxito ya logrado, el hombre se hizo cada vez más reacio a tolerar los males subsistentes, que ahora se les aparecía, a la vez, como insoportables e innecesarios”. HAYEK, F. A., *Camino de servidumbre*, Madrid: Alianza Editorial, 2011, pp. 62 y 63.

³⁷ Una semblanza del autor puede verse en STEEL, R., *El periodista y el poder. Una biografía de Walter Lippmann*, Madrid: Cuadernos de Langre, 2007.

³⁸ LIPPMANN, W., *The good society*, Londres: Allen & Unwin, 1937. La obra es muy difícil de encontrar, a pesar de la importancia que revistió en su día, como aquí desarrollamos. Para la realización de esta tesis se tuvo acceso a la primera edición gracias a la biblioteca de la Universidad de Sussex (Inglaterra), en el marco de una estancia de investigación (septiembre-diciembre de 2016). Parece ser que hay edición mexicana en español: LIPPMANN, W., *Retorno a la libertad*, México: UTEHA, 1940.

³⁹ Sobre la influencia de Lippmann en el primer neoliberalismo a través de su obra, puede verse URBAIN, F., “Walter Lippmann et le Néolibéralisme de la Cité Libre”, *L’Harmattan, Cahiers d’économie Politique/Papers in Political Economy*, nº 48, 2005, pp- 79-110.

⁴⁰ Los autores ordoliberales citarán en muchas ocasiones a Ortega, con quien compartían cierto elitismo democrático y la preocupación por el nuevo atomismo social que abría el siglo XX. De ahí, en parte, la reciprocidad que mostró en España la *Revista de Occidente*, que editó multitud de obras de los autores de Friburgo. En este sentido, MARTÍN RODRÍGUEZ, M., “La Escuela de Friburgo y los economistas españoles (1939-1964)”, en Instituto Universitario de Análisis Económico y Social, Universidad de Alcalá de Henares, *Documento de trabajo 02/2016*, pp. 23 y ss. BRENNETOT, A., se refiere a esta influencia de Ortega en los primeros liberales del Coloquio Lippmann, en “The geographical and ethical origins of neoliberalism: The Walter Lippmann Colloquium and the foundations of a new geopolitical order”, *Political Geography*, nº 49, 2015, p. 32.

filósofo y académico ligado a la Universidad de Besançon, convencido de que había que difundir aún más las cuestiones y líneas planteadas por Lippmann en su libro, decidió en consecuencia organizar un coloquio en París para presentar la edición francesa de *The Good Society* aprovechando, al mismo tiempo, la estancia en la capital del Sena del propio autor estadounidense.⁴¹ Pero la idea de Rougier no era organizar un simple coloquio a la manera tradicional, sino también la de convertir la ocasión en la fundación de una asociación, de un *think tank*, que apoyase las ideas de Lippmann y aquellas otras que, con el objeto de recuperar el “liberalismo perdido”,⁴² dieran luz en el propio coloquio. Esta ambiciosa pretensión se enmarcaría además en un contexto cosmopolita e internacional, contando con la presencia de importantes liberales de Occidente, para lo que Rougier tendría el apoyo y las instalaciones del Instituto Internacional de Cooperación Intelectual, antecedente de la actual UNESCO y que, dependiente de la Sociedad de Naciones, tenía su sede en el centro de París.⁴³

El coloquio, que pronto pasaría a la Historia como *Coloquio Walter Lippmann*,⁴⁴ se celebró del 26 al 30 de agosto de 1938 y a él acudieron destacados pensadores que luego dejarían su impronta en el pensamiento liberal de posguerra, como Friedrich Hayek, Raymond Aron, von Rüstow o Wilhekm Röpke, y que tendrán también su influencia, como veremos, en la institucionalización de la estabilidad presupuestaria. Aunque la mayoría compartía la crítica al intervencionismo social, más o menos fuerte dependiendo de cada país, acudieron también algunos partidarios del liberalismo más socialdemócrata, como Bernard Lavergne.⁴⁵

Sea como fuere, los esfuerzos de Rougier y la línea del propio coloquio se centraron en intentar comenzar una reconstrucción de los postulados teóricos del liberalismo contra las tendencias “colectivistas” modernas.⁴⁶ En la apertura del coloquio,

⁴¹ Sobre el coloquio, vid. F. DENORD, “Aux origines du neo-liberalisme en France: Louis Rougier et le Colloque Walter Lippmann de 1938”, *Le Mouvement Social*, n° 195, 2001.

⁴² Uno de los capítulos más interesantes de la obra de Lippmann lleva por título “The Debacle of Liberalism”, *The good society*, op. cit., pp. 183-203.

⁴³ El Instituto Internacional de Cooperación Intelectual se fundó en 1924 en París con la misión de encargarse de la cooperación cultural entre los Estados miembros de la Sociedad de Naciones.

⁴⁴ Sobre el mismo: URBAIN, F., “Walter Lippmann et le néolibéralisme de la cité libre”, op. cit.

⁴⁵ Sobre las distintas perspectivas sociales de los asistentes al Coloquio y de los primeros neoliberales, puede verse el excelente trabajo de JACKSON, B., “At the origins of neo-liberalism: the free economy and the Strong State, 1930-1947”, *The Historical Journal*, vol. 53, n° 1, Cambridge University Press, 2010, especialmente, a partir de las pp. 142 y ss. Jackson incluso admite cierta cercanía de Lippmann con alguno de los postulados centrales del keynesianismo.

⁴⁶ Cfr. DENORD, F., “French Neoliberalism and Its Divisions: From the Colloque Walter Lippmann to the Fifth Republic”, en MIROWSKI, P., y PLEHWE, D., *The Road from Mont Pèlerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp. 45-67.

Rougier avanza que, a pesar de ser clara la aspiración de casi todos los participantes, unidos en torno al libro y las ideas de Lippmann, dicha pretensión teórica, el conjunto de postulados que quieren defender y que defenderán en el congreso, aún no tiene un nombre oficial (“las disputas sobre las palabras son siempre disputas sobre las cosas”, nos advertía la gran Madame de Staël). En el Coloquio se habla de “neoliberalismo”, de “nuevo liberalismo”, incluso de “liberalismo constructor” para denominar al nuevo movimiento,⁴⁷ aunque finalmente parece terminar decantándose por un término que no era del todo extravagante en los círculos liberales, y que el economista sueco Heckscher (en 1921, quizá el primero)⁴⁸, el profesor de economía de la Universidad de Burdeos, Gaëtan Pirou,⁴⁹ y el suizo Honegger (en 1925),⁵⁰ ya habían utilizado anteriormente, así como por el propio Von Mises: neoliberalismo.⁵¹

La idea de Rougier de fundar un *think tank* de carácter internacional con vocación cosmopolita también la lanza en la conferencia inaugural, anunciando la creación del Centro Internacional de Estudios para la Renovación del Liberalismo (*Centre International d'Études pour la Rénovation du Libéralisme*), con el objetivo de difundir la nueva doctrina liberal a través de conferencias, congresos, publicaciones, reuniones

⁴⁷ Louis Marlio, el economista francés, parece que fue uno de los artífices de recuperar esta palabra, o de impulsar su triunfo final en el seno del coloquio. No obstante, no parece consistente la afirmación de que fuera él quien lo acuñara, como dice BRENNETOT, A., “The geographical and ethical...”, op. cit., 31. BONEFELD, W., apunta, creemos que equivocadamente, a Rustow como principal impulsor, “Adam Smith and ordoliberalism: on the political form of market Liberty”, *Review of International Studies*, 39, 2013, p. 234. Así también se mantiene en PTAK, R., “Neoliberalism in Germany”, en PLEHWE D., y MIROWSKI P., *The Road from Mont Pelerin*, Cambridge: Harvard University Press, 2009. Este libro es esencial para comprender, no obstante, el camino dogmático y doctrinal que se traza hasta la consolidación de la Mont Pèlerin con la popularidad de von Hayek y algunos de sus más destacados miembros.

⁴⁸ HECKSCHER, E., *The Old and New Economic Liberalism*, 1921. En la consulta del libro en Sussex no se ha llegado a leer bien la editorial. El propio autor sería miembro luego de la Mont Pèlerin bajo la presidencia de Hayek.

⁴⁹ Él mismo utilizaría este término en una de sus obras, PIROU G., *Neoliberalisme, neocorporatisme, neosocialisme*, París: Gallimard, 1939.

⁵⁰ La obra que se suele citar, sin indicar la fuente ni la editorial es *Trends of Economics Ideas*.

⁵¹ URBAIN, F., “Walter Lippmann et le Néolibéralisme de la Cité Libre”, op cit., p. 80., y MISES, L., *Liberalism: In The Classical Tradition*, Indianapolis: Liberty Fund, 2005, p. 9. No obstante, en los inicios “neoliberalismo” parecía estar circunscrito únicamente al movimiento francés iniciado en Lippmann, aunque después, durante los años 50, se expandiría en ámbitos académicos aún muy minoritarios. El más reticente al uso sería Hayek, que prefería hablar de “nuevo liberalismo” o “liberalismo moderno”. El uso del término no se popularizaría en el ámbito político de la izquierda hasta finales de los 70, con la implementación de algunas medidas de la Escuela de Chicago en América Latina. Curiosamente, esta nueva popularidad del término haría que, en el seno de la izquierda, a veces quedara reducido a la misma Escuela de Chicago, obviándose los verdaderos orígenes y el largo recorrido teórico y académico del movimiento. Cfr: BRENNETOT, A., “The geographical and ethical...”, op. cit., pp. 32 y 37. Aunque el término no era del agrado de Eucken, como indica GERBER, D., “Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the “New Europe”, *Chicago-Kent College of Law*, nº 42, 1992, p. 31, en la presente tesis llamaremos neoliberales a todas las escuelas y movimientos que pretendieron renovar el liberalismo bajo los parámetros expuestos y sobre el eje esencial del giro copernicano hacia el Estado y el marco jurídico.

periódicas, etc.⁵² No obstante, el estallido de la II Guerra Mundial y la dispersión que ello provocó hizo que el Centro, con sedes en Nueva York (W. Lippmann), Ginebra (Röpke) o Londres (Hayek), tuviera una corta vida, disolviéndose de facto durante el conflicto, pero sentando un precedente nada desdeñable para proyectos posteriores.

El resto de conferencias y la intervención de los participantes fueron arrojando, aquellos días de calma previos a la conflagración mundial, un maremagno de ideas que, asentadas en la más amplia categoría de la “crisis del capitalismo”,⁵³ tenían como destino la pretendida reconstrucción de un liberalismo que consideraban perdido y, por tanto, la elaboración de ese modelo económico con pretensiones holísticas del que aquel carecía. Y decimos bien, reconstrucción, pues no es lo mismo reconstruir que recuperar.⁵⁴

Así como los edificios necesitan para reconstruirse haber sido demolidos previamente, así veían los participantes del Coloquio la necesidad de destruir la madeja de postulados que conformaban el viejo liberalismo para volver a formar un corpus teórico con nuevos materiales. La finalidad de las construcciones, del liberalismo y del neoliberalismo, sería la misma, pero el andamiaje para llegar a ella, diferente. Y de ello era bien consciente el propio Lippmann, quien en la obra que constituía el frontispicio del coloquio, *The Good Society*, ya dejaba claro que recuperar el liberalismo no consistiría en una mera vuelta al mismo tal y como se había desarrollado con anterioridad. Su libro, que no cesará de salir a colación durante el encuentro que terminaría por llevar el nombre del autor norteamericano, llevaba a cabo un contundente ataque y rechazo a las teorías de *laissez faire* que postulaban algunos liberales minoritarios (sobre todo, la Escuela de Manchester)⁵⁵ y que buena parte de la intelectualidad y de la propia sociedad de entreguerras solía ya confundir con el liberalismo clásico *stricto sensu*, aunque ello, como hemos visto, no se correspondía con la realidad.⁵⁶ “La más extraordinaria confusión en todo el campo de las relaciones entre el Derecho y el Estado y la institución de la

⁵² Como veremos, la importancia que le dan los neoliberales a la difusión de sus propias ideas es connatural al movimiento. El intento de creación de este *think tank* sería el inicio de lo que David Harvey llama “la larga marcha” a través de las instituciones, que culminaría con el triunfo neoliberal en el seno de las instituciones de los 80. Sobre estos intentos iniciáticos en este sentido, vid. COCKETT, R., *Thinking the Unthinkable: Think Tanks and The Economic Counter-Revolution, 1931-83*, Londres: Fontana, 1995, pp. 12 y ss.

⁵³ Recordemos la despedida al capitalismo que llega a hacer años después SCHUMPETER en su libro, *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, Madrid: Editorial Aguilar, 1942.

⁵⁴ “The Reconstruction of Liberalism”, así se llama precisamente la tercera parte del libro de Lippmann. op. cit., pp. 159-329.

⁵⁵ Le dedica un apartado entero a la “Falacy of Laissez-Faire”, *ibid.*, pp. 184-192.

⁵⁶ Esta identificación entre liberalismo y el ideal de “dejar hacer”, puede verse en KEYNES, J. M., *The End of the Laissez Faire?*, California: Woolf Editores, 1926.

propiedad de un lado, y las actividades humanas de otro, se haya inscrita en la doctrina del *laissez faire*”, llega a decir.⁵⁷

Aunque más que contra este principio, al que considera demasiado pueril como para intentar desmontarlo con mayor exhaustividad, lo que centra los esfuerzos de Lippmann es romper la vinculación que, como decimos, existía en el imaginario colectivo (¡y aún hoy!) entre el “dejar hacer” absoluto y las doctrinas liberales. Según el periodista estadounidense esa relación no aporta más que dañinas consecuencias para el liberalismo, pues al ser imposible la libertad plena de un mercado *laissez faire*, sin intervención alguna del Estado, las “masas” tienden a acercarse al socialismo o al fascismo (estamos ya en los años treinta...). El liberalismo, entienden, no les resulta llamativo o atractivo al “defender”, en su errónea creencia, algo tan irreal y utópico como la autorregulación de los mercados. De ahí la crítica que llevan a cabo los primeros autores neoliberales, y que en el coloquio se refuerza, contra los planteamientos del capitalismo manchesteriano y sus consecuencias para la causa liberal, al provocar una confusión tan perjudicial en los sectores populares y aun en la *intelligentsia* occidental.⁵⁸ Dice de nuevo Lippmann: “Eso [el *laissez faire*] es por lo que los liberales han perdido el liderazgo intelectual de las naciones progresistas, y por lo que el movimiento progresista le ha dado la espalda al liberalismo”.⁵⁹ Unos años después, en su célebre obra *La sociedad abierta y sus enemigos*, Popper llegaría a decir: “No mucho más puede decirse contra el análisis de Marx como descripción del *laissez faire* capitalista”.⁶⁰ Y Hayek, en *Camino de servidumbre*: “Probablemente nada ha hecho tanto daño a la causa liberal como el *laissez faire*”.⁶¹

Pero, si para Lippmann el liberalismo no ha de confundirse, en el ámbito económico, con este principio al ser una auténtica “mentira vital”, parafraseando a Sorel⁶²... ¿en qué consiste la visión económica liberal? Ya vimos la ausencia al respecto de una postura integral y normativa sobre la constitución económica, lo que había provocado la apertura conceptual del liberalismo y su confusión con el manchesterianismo burdo e ingenuo. Por extraño que pueda parecer *ab initio*, para Lippmann, la nueva visión, el nuevo modelo económico, ha de consistir...en la

⁵⁷ Op. cit, p. 184.

⁵⁸ JACKSON, B., *At origins of neo-liberalism...* op. cit., pp. 134 y 135.

⁵⁹ Op. cit., p. 192.

⁶⁰ POPPER, K., *The open society and its enemies*, London: 1945, p. 158. También JACKSON B., op. cit., pp. 135 y ss.

⁶¹ HAYEK, F., *Camino de servidumbre...* op. cit., p. 117

⁶² “A vital lie”, dirá el filósofo francés sobre el *laissez faire*. LIPPMANN, W., op. cit., p. 243.

intervención pública. En efecto, en su obra el afamado periodista estadounidense defiende que el verdadero régimen liberal es aquel que impone un orden o marco legal al mercado y a la sociedad. El intervencionismo jurídico no es propio sólo de las ideas socializantes en boga, se diría en el Coloquio, sino también del propio liberalismo en sus más fundadas pretensiones. Así las cosas, y sin mayor profundidad, el planteamiento de Lippmann parecería acercarse al socioliberalismo o liberalismo social que, en teoría, pretende combatir tanto él como el movimiento inaugurado por Rougier.⁶³ Sin embargo, acto seguido ambos autores aclaran que dicho intervencionismo jurídico no ha de estar guiado por ideales utópicos de raíz “colectivista” o socialdemócrata, algo que desprecian absolutamente olvidándose de la vertiente moralista del liberalismo clásico, sino por la propia idea de libre mercado. Es decir, el marco jurídico que ha de prestar el Estado, mediante intervención, sí, debe tener como fin la supervivencia, el mantenimiento y el fomento del libre mercado, su aseguramiento jurídico y la protección de sus categorías estructurantes.⁶⁴ He aquí el cambio, el parteaguas, que quieren introducir los nuevos liberales del Coloquio Lippmann.⁶⁵ No por nada, Foucault vería en él el verdadero bautismo de fuego del neoliberalismo, de esta escuela de la que, como vamos a analizar, pronto se desprenderá la idea de constitucionalizar la estabilidad presupuestaria en tanto principio jurídico con pretensión de inmutabilidad.⁶⁶

Pero como en todo intento de cambio teórico en el seno de las familias doctrinales, pronto surgieron diversas discrepancias, que se manifestarían ya con claridad en el propio Coloquio. Ante todo, se les abría a los participantes un problema de diagnóstico. Dilucidar cuáles eran las verdaderas causas del triunfo del comunismo en el este, del fascismo en el oeste y del reformismo social en el resto de occidente, unos años antes de que la II Guerra Mundial estallara, se abría ante los nuevos liberales como un reto nada fácil de superar. Y no era fácil no sólo por la propia complejidad de los procesos sociales que debían ser examinados, no sólo por el bagaje histórico que se cernía sobre cualquier análisis, sino también por las discrepancias de base que dividían a los miembros del nuevo movimiento.

⁶³ No obstante, y como ya habíamos apuntado, Lippmann es dentro del incipiente movimiento neoliberal quizá el más abierto a asumir ciertos preceptos del keynesianismo y del Estado Social, como puede desprenderse de sus propuestas de reforma social en *The good society...* op. cit., pp. 212-232.

⁶⁴ LIPPMANN, W., op. cit., pp. 241-256, 273-282, 289-294.

⁶⁵ Sobre el Coloquio puede verse BRENNETOT, A., “The geographical and...”, op. cit., pp. 30-39. Brennetot apunta a la idea del equívoco de parte del relato de la izquierda actual respecto de los orígenes y de la amplitud del movimiento neoliberal, equívoco que puede rastrearse ya en la obra de HARVEY.

⁶⁶ FOUCAULT, M., *The Birth of Biopolitics: Lectures at the College de France*, Basingstoke: Palgrave, 2008, pp. 132-133.

Por un lado, los más apegados a la doctrina clásica, los más ortodoxos en cuanto a los postulados teorizados con anterioridad en el seno del liberalismo decimonónico, agrupados en torno a Von Mises,⁶⁷ su discípulo Hayek y Jacques Rueff,⁶⁸ abogaban por mantener un ideal más cercano al arquetipo de *laissez faire* como bandera en la lejanía (ya hemos escuchado a Hayek anteriormente denostarlo), aunque renovado y desprendido de sus errores iniciales, y por atacar cualquier intervencionismo estatal, viniera de donde viniera. La crisis del capitalismo y de las ideas que habían vertebrado el occidente liberal se explicaría así por la propia dejadez de los liberales a la hora de defender sus propias concepciones, permitiendo que la perversión del reformismo social y del intervencionismo cada vez más expansionista dinamitara el sustrato del libre mercado y avocara al mundo a totalitarismos de uno u otro género. El origen de todos los males estaría precisamente en el remedio que los nuevos liberales de Rouger proponían, a pesar de sus buenas intenciones para con el libre mercado y de sus fines liberales. La libertad de los mercados, dicen desde esta vertiente, si bien criticable a priori, sí establece un criterio corrector en la medida en que cuanto menor intervención estatal y mayor desarrollo y profusión de los agentes privados, en todas las esferas, mejor. Como ideal-tipo, aun irrealizable, podría seguir sirviendo.⁶⁹

Por otro lado, encontramos a los baluartes del parteaguas, del cambio de perspectiva tremolado en el Coloquio, con Rouger y Lippmann como cimeras y con Wilhelm Röpke y von Rüstow como principales soportes académicos. Si para Rueff o Mises las causas del declive del liberalismo, como decíamos, tenemos que encontrarlas en las tergiversaciones y desviaciones externas que éste habría soportado (reformismo social, intervencionismo, asistencialismo, estatismo, etc.), para estos nuevos liberales o neoliberales el origen de los males que todos querían paliar habría que encontrarlo en el propio liberalismo, en sus postulados teóricos, en su misma arquitectura categorial.

⁶⁷ Si bien Mises se encuadra en una postura más radical en cuanto al *laissez faire* que nos impediría situarlo en este giro del neoliberalismo hacia el Estado, su obra influirá decisivamente en autores como Hayek, Robbins o Röpke. Vid. GANE, N., “The Emergence of Neoliberalism: Thinking Through and Beyond Michel Foucault’s Lectures on Biopolitics”, *Theory, Culture and Society*, nº 0, pp. 10 y 11.

⁶⁸ Cfr. FROBERT, L., “Conventionalism and liberalism in Jacques Rueff’s early works”, *The European Journal of the History of Economic Thought*, nº 17, 2010, pp. 439-470.

⁶⁹ Aun así, concretamente Hayek manifiesta que la “vieja fórmula del *laissez faire* o de no intervención no nos suministra criterio adecuado para distinguir entre lo que es admisible en un sistema libre y lo que no es.” HAYECK, F., *Los fundamentos de la libertad*, Madrid: Unión Editorial, 2014, p. 314. Sin embargo, a pesar de esta afirmación inicial, no deja de planear en toda la obra hayekiana la idea de que cuanto menor intervención del Estado, mayor libertad. El *laissez faire* no se defendería así a ultranza, aunque sus postulados justificativos sí estarían en la base, de modo gradual y autorreferenciador, de la concepción de Hayek y de buena parte del neoliberalismo austroamericano.

Reconstruir el liberalismo, sí, pero con nuevos cimientos y una nueva argamasa, aun manteniendo idéntico frontispicio como fin y objetivo: el libre mercado y la fe inquebrantable en las potencialidades de los agentes privados frente al colectivismo estatista. Así, von Rüstow declara: “nosotros buscamos la responsabilidad por el declive del liberalismo en el propio liberalismo y, en consecuencia, buscamos la salida en una renovación fundamental del liberalismo”.⁷⁰ Es decir, queriendo salvaguardar las metas del liberalismo y sus ideales vertebradores, los primeros neoliberales acuden a los defectos endógenos de la doctrina para erradicarlos, refundándola y revitalizándola. Y, en este sentido, encuentran que el principal obstáculo que ha causado la crisis del liberalismo es su dejadez a la hora de abordar la intervención jurídica del Estado en la economía, en la errónea creencia, dicen, de que el mercado se regula a sí mismo y en condiciones siempre de libertad, sin necesidad de un marco legal asegurado y producido por el Estado. La falsa fe en la naturalidad del mercado y sus leyes habría hecho que los liberales no se preocuparan por el papel que ha de desempeñar el ordenamiento jurídico y el sistema institucional de cualquier sociedad a la hora de vertebrar y garantizar las propias condiciones del libre mercado; indiferencia ésta que habría derivado en el abandono del aparato estatal y de sus instrumentos al albur de las tendencias colectivistas y del incipiente *Welfare state*.⁷¹ No se trataría, por tanto, de despreciar la intervención del Estado en la economía *per se*, sino en darle a aquélla la importancia adecuada para ponerla al servicio de los intereses del mercado y de la libre competencia frente a los objetivos del socialismo...siempre susceptibles, para estos autores, de esconder potencialidades totalitarias por muchas edulcoraciones socialdemócratas que mostrase.

La postura de los primeros (Von Mises, Hayek, Rueff), más apegados como vemos a los planteamientos manchesterianos, terminaría agrupándose tras la guerra en los llamados “austroamericanos”, cuya impronta en Estados Unidos se hará notar

⁷⁰ LAVAL, C. y DARDOT., P., *La nueva razón del mundo: ensayo sobre la sociedad neoliberal*, Barcelona: Editorial Gedisa, 2013, p. 76. La obra de estos dos académicos franceses constituye un análisis exhaustivo, completo y crítico, del neoliberalismo.

⁷¹ La etapa de entreguerras donde el fascismo y el comunismo despegaron como modelos alternativos al liberalismo en cuanto a las relaciones Estado-Mercado, sería denominada por Eucken como “la era de la experimentación”, que estaría rodeada, además, por la importancia que en la academia alemana se le dio al “historicismo” como modelo explicativo de la economía. Vid. GERBER, D., “Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition...”, op. cit., pp. 33-34. Sobre la influencia del contexto académico de entonces en la teoría de Eucken, Cfr. GOLDSCHMIDT, N., “Walter Eucken’s place in the history of ideas”, en *Review Austrian Economics*, nº 26, 2013, p. 128 y ss.

especialmente en escuelas como la de Chicago.⁷² Los segundos (Röpke, Rüstow ...), en cambio, más cercanos a Europa tras la guerra y, en especial, a la devastada Alemania, conformarán en parte la denominada Escuela de Friburgo, liderada por Walter Eucken,⁷³ y cuyos componentes pronto serán conocidos bajo el término de “ordoliberales”.⁷⁴

Las dos corrientes, la austroamericana y la ordoliberal, serán los dos grandes pilares que tras la guerra integrarán el movimiento más amplio e internacional del neoliberalismo, iniciado en aquel París de agosto de 1938 en torno al aura de Lippmann y bajo la iniciativa de un hoy desconocido Louis Rougier, y en el que terminará por encuadrarse la defensa jurídico-constitucional de la estabilidad presupuestaria.

1.1.-El Estado como código de circulación

Antes de abordar con mayor profundidad los fundamentos doctrinales de lo que conformará la escuela ordoliberal, es necesario ahondar en la verdadera naturaleza y en el alcance del cambio que los nuevos liberales de Rougier defienden, pues sólo comprendiéndolo podremos entender el giro copernicano que el neoliberalismo provocó en torno a la concepción liberal del Estado y de su papel, jurídico, en la economía. La defensa teórica de la estabilidad presupuestaria como dogma jurídicamente constituido por el marco estatal es directamente predicable de la transformación que aquí estamos esbozando, proceso que tendrá también sus consecuencias en la conformación de la

⁷² VAN HORN, R., y MIROWSKI, P., “The Rise of the Chicago School of Economics and the Birth of Neoliberalism”, en MIROWSKI P., y PLEHWE, *The Road from Mont Pèlerin*, Massachusetts: Harvard University Press, 2009.

⁷³ Eucken fue invitado al Coloquio pero no pudo asistir al serle denegado el permiso por las autoridades alemanas, a pesar del prestigio de su familia. Su padre, Rudolf Eucken, fue Premio Nobel de Literatura. Para acercarse a la influencia del padre en Eucken, sobre todo a través de la fenomenología de Husserl, Cfr. GOLDSCHMIDT, N., “Walter Eucken’s place...”, op. cit., pp. 133 y ss.

⁷⁴ En verdad, la Escuela de Friburgo será el núcleo originario del ordoliberalismo que girará en torno a Eucken. Posteriormente se unirán a los planteamientos ordoliberales autores como Röpke o Rüstow, procedentes de distintas universidades, y que encontrarán fácil acomodo en Friburgo. Sobre la aplicación del término a los ordoliberales no deja de existir polémica, por cuanto no poca doctrina los ha dejado fuera ininterrumpidamente. No obstante, aquí seguimos la división que supone el parteaguas del Coloquio y de la consideración jurídica del Estado en el seno del movimiento, por lo que el ordoliberalismo y sus matices son considerados también parte esencial del neoliberalismo. Después del agrio debate entre Mises y Eucken en la reunión de la *Mont Pelèrin* de 1949 acerca del papel del Estado en la economía, en el que se pusieron de manifiesto las diferencias existentes entre austriacos y neoliberales alemanes, el término ordoliberalismo quedó reservado exclusivamente para éstos últimos. Sobre el “enfrentamiento” entre Hayek y Mises puede verse BURGÍN, A., *The Great Persuasion: Reinventing Free Markets since the Depression*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012, p. 96. En general, sobre Mises y sus tensiones en el seno del movimiento neoliberal, puede verse GANE, N., “The Emergence of Neoliberalism: Thinking Through and Beyond...op. cit., pp. 4-10.

constitución económica europea y de lo que, al final de esta tesis, denominaremos como *constitución económica neoliberal*.

Como veíamos al inicio, el mal entendido liberalismo clásico creía firmemente en la separación entre la esfera privada y la pública (individuo/Estado, economía/políticas gubernamentales), lo que conllevaba a la necesidad de tener que dotar de naturaleza autónoma a los primeros elementos de tales relaciones binomiales.⁷⁵ Es decir, conscientes de que lo público se regía en parte por los designios de la autonomía política, derivada de la participación del individuo (más o menos restringida) en la *res publica*, precisaban encontrar las causas de las relaciones económicas, puesto que al considerarse éstas autónomas a las relaciones político-jurídicas, no podían explicarse por mecanismos formales de representación y decisión. Por tanto, qué movía a los intercambios privados se erguía en uno de los principales objetos de estudio por parte de los liberales decimonónicos, y aun de los protoliberales de la Ilustración, lo que imposibilitaba a la seminal preocupación social ya explicada con Ronsenblatt encontrar un modelo holístico, y normativo, en el que poder acomodarse.

Y si en buena medida la justificación teórica del propio edificio político se fundamentaba en categorías iusnaturalistas (de Pufendorf a Locke), dada la necesidad de desprenderse de un sustrato ontológico-religioso (secularización), cuando se trata de buscar los móviles de la economía y de lo privado, los autores liberales también encontrarán en cierto iusnaturalismo las respuestas para la construcción teórica de su doctrina. En efecto, desde los fisiócratas a la escuela neoclásica (Marshall, Walras...), pasando por la propiamente clásica (Ricardo o Say), el liberalismo económico se asienta en gran medida en la creencia de que leyes independientes, “naturales”, mueven la economía. La “mano invisible” de la que nos hablaba Smith, tan popular en la posteridad como mal entendida en la actualidad,⁷⁶ vendría así a explicar algo que ya de por sí se da

⁷⁵ Sobre esta concepción del liberalismo clásico, la obra ya canónica de GRAY, J., *Liberalism*, Buckingham: Open University Press, 1995. Aquí Gray extiende la categoría de liberalismo *clásico* a autores tan recientes como Nozick, algo que creemos errado. Para Gray, la característica principal del liberalismo sigue siendo su preocupación por la limitación del poder público.

⁷⁶ En verdad, y como pone de manifiesto una literatura cada vez más abundante en la materia y extrañamente tardía en su aparición, Adam Smith, el considerado para muchos como *founding father* del capitalismo moderno, coincidiría en sus asertos con el ordoliberalismo al (según estas lecturas renovadas) confirmar que cierta intervención estatal es consustancial al libre mercado. Para esta lectura crítica de Smith, y la posible vinculación de su obra, es esencial exhaustivo estudio del profesor de la Universidad de York BONEFELD, W., “Adam Smith and ordoliberalism: on the political form of market liberty”, en *Review of International Studies*, nº 39, 2013, pp. 233-250. Bonefeld lleva a cabo una exégesis de la obra smithiana centrada en buscar en el autor escocés el germen de las ideas ordoliberales. Éstos, junto al resto de los primeros neoliberales, se habrían así equivocado al situar a Smith en el núcleo también de la “ilusión

en la realidad. Para ellos el liberalismo no inventa nada, no crea *ex nihilo* ninguna regla o imposición, simplemente “descubre” lo que las fuerzas naturales del mercado evidencian.

Esta idea sería ampliamente criticada por Rougier⁷⁷ y Lippmann, como hemos visto, quienes la considerarían una creencia pseudo-mística, al igual que la fe del colectivismo en pretendidas afirmaciones científicas. Rüstow, uno de los principales autores ordoliberales, llegaría a calificar a la autonomía del mercado como “creencia supersticiosa”.⁷⁸ Al abandonarse a las supuestas leyes naturales, el liberalismo se habría olvidado, recuerdan estos pensadores, de analizar la verdadera interrelación entre Estado, derecho y economía. Es más, esta dejadez liberal habría provocado que el desarrollo de los procesos económicos produjera una serie de deficiencias que el Estado, como garante supremo (aunque el liberalismo no lo reconociera) del orden de mercado, tenía que suplir y solucionar. Es decir, los liberales, al no inmiscuirse holística e integralmente en la relación del Estado con lo económico por considerar esta última esfera independiente y natural, restaban importancia teórica dentro de su constructo doctrinal a las intervenciones estatales que, como consecuencia de la evolución económica (revolución industrial y urbana), debían necesariamente darse para evitar el estallido social o el mismo fracaso del sistema económico.⁷⁹ El Estado, como si fuera un agente pasivo, lo único que haría sería adaptarse a las necesidades derivadas de la libre autonomía de las esferas privadas, y en esa adaptación pasiva es donde los nuevos liberales denuncian el acomodo acrítico de los gérmenes colectivistas. Si el Estado se adapta, se ha de reformar, y en el reformismo social (de Stuart Mill a Bismarck) se trazaría, dicen, la línea de decadencia del liberalismo y la porosidad de sus límites y alcances.

Por ello, lo que pretenden los nuevos (neo)liberales, alejándose de los postulados de los ortodoxos austroamericanos que seguían viendo cierto naturalismo en las condiciones e independencia del libre mercado, es tomar en consideración aquello de lo que el liberalismo clásico, ya fuere por dejadez o por cierta ingenuidad heredada de la Ilustración, había decidido olvidar. Los vínculos incluso de existencia entre las esferas

naturalista” liberal. Para Bonefeld, de hecho, “la mano invisible no tiene una existencia independiente”, p. 237.

⁷⁷ LAVAL, C. y DARDOT., P., *La nueva razón del mundo: ensayo sobre la sociedad neoliberal...* op. cit., p. 77.

⁷⁸ RÜSTOW, A., “General Social Laws of the Economic Disintegration and Possibilities of Reconstruction”, *International Economic Disintegration*, Londres: W. Hodge, 1942, p. 272.

⁷⁹ Cfr. SPENCER, H., op. cit.

privada y pública, entre la economía y el Estado, han de ser desvelados no sólo por un prurito teórico, sino por las consecuencias prácticas que dicha develación acarrearán. Si se consigue ver ese nexo, esa interrelación e interdependencia, se puede influir y hasta determinar en ella para acomodarla a los objetivos e intereses, ahora sí, del liberalismo: la pervivencia, difusión y consolidación del libre mercado y los principios dimanantes del mismo, entre los que enseguida establecerán el de la estabilidad presupuestaria.

No hay que respetar la naturaleza del mercado, porque simplemente esa naturaleza es mera ilusión. Hay que regularlo e intervenirlo, estableciendo reglas claras, estables y seguras que ofrezcan las condiciones óptimas para que la competencia y la libertad económica proliferen y proyecten sus beneficios para el individuo y la sociedad. Como dice Bonfeld al analizar el incipiente neoliberalismo: “La cuestión de la economía política es entonces no tanto si el Estado interviene o no como la cuestión acerca del propósito y método de la intervención”.⁸⁰ Y he aquí que, llegados a esta altura del análisis, tanto Rougier como Lippmann formulan la famosa metáfora,⁸¹ ya manida por los defensores del neoliberalismo, del código de circulación. Dice el pensador francés:

Ser liberal no es, como el *manchesteriano*, dejar que los automóviles circulen en todas las direcciones, a su antojo, con el resultado de atascos y accidentes incesantes; no es, como el *dirigista*, fijarle a cada automóvil su hora de salida y su itinerario; es imponer un código de circulación, admitiendo que no es el mismo en la época de los transportes rápidos que en la época de las diligencias.⁸²

El código de circulación no es una mera adaptación del Estado a las necesidades de las naturales leyes del libre mercado, no es siquiera él mismo expresión alguna de naturalismo ontológico, sino que es producto y resultado de una *decisión política* (y consciente) por parte del poder público. Empero, en vez de servir a objetivos “colectivistas”, dirán, el código es instrumental a la garantía del libre mercado, pues establece reglas generales de circulación, no pautas concretas e individualizadas de conducta (dirigismo). Claro que, como en las regulaciones actuales, hay códigos y códigos, y el poder público, si no se le limita desde apriorismos, puede decaer en arbitrariedad y producir al final más atascos y accidentes de lo deseado. Esos apriorismos como límites a la capacidad reguladora del Estado serán, precisamente, los que ocuparán

⁸⁰ BONEFELD, W., “Adam Smith and ordoliberalism: on the political form of market liberty”, op. cit., p., 234.

⁸¹ Pueden verse argumentos similares en LIPPMANN, W., op.cit., pp. 289 y ss.

⁸² Citado en LAVAL C., y DARDOT, P., op. cit., p. 77.

buena parte del objeto de estudio de los ordoliberales alemanes y, en materia específicamente económico-constitucional, de la Escuela de la Elección Pública de Buchanan, como veremos más adelante.

Así, siguiendo a Laval y Dardot, “la novedad del neoliberalismo “reinventado” reside en el hecho de poder pensar el orden del mercado como un orden construido y, por lo tanto, estar en condiciones de establecer un verdadero programa político (una “agenda”) que tenga como objetivo su establecimiento y su mantenimiento permanente.”⁸³ El giro conceptual hacia el Estado acababa de iniciarse.

De este modo, con un análisis profundo del pasado, el neoliberalismo surgido tras el Coloquio Lippmann busca superar el miedo y el olvido tradicionales de la construcción jurídica de libre mercado. Hay que abandonar, dicen, la *ilusión naturalista* de la existencia de derechos ajenos a lo político y de un Estado meramente adaptativo (a lo dado) a través del tiempo. Ahora bien, ¿con qué objeto se realiza esta superación? Es decir, una vez identificado el problema, el error, del liberalismo clásico... ¿Cuál es el fin concreto que ha de presidir tal superación? Ya hemos indicado, sí, el aseguramiento del libre mercado, su pervivencia y expansión. Pero además, y he aquí, siguiendo de nuevo a Foucault, una de las notas diferenciadoras que potencia el neoliberalismo, el libre mercado no ha de entenderse única y exclusivamente como un foro neutro de intercambio comercial, sino como un elemento activo por y para la competencia.⁸⁴

Ahora bien, llegados a este punto los neoliberales de Rougier se encontraban de nuevo con la ilusión naturalista. En efecto, Herbert Spencer, el padre del competitivismo como dogma⁸⁵ y a quien tenían como referencia (explícita o implícita) a la hora de incorporar a su ideario el vector de la competencia, estaba también “contaminado” por esa ilusión naturalista, pues admitía en su doctrina la existencia de esferas de autonomía libres del derecho o de cualquier otra intervención o construcción jurídica. Frente a esta concepción, los neoliberales (sobre todo, y mayoritariamente, los ordoliberales alemanes)

⁸³ *Ibid.*, pp. 78-79.

⁸⁴ Este giro de la concepción del mercado desde la neutralidad a su naturaleza activa en la conformación de subjetividades es una de las grandes intuiciones de Foucault en sus lecciones. Cfr. FOUCAULT, M., *Nacimiento de la biopolítica: curso en...* op. cit.

⁸⁵ No obstante, es de destacar que el tan vilipendiado por Mises, Stuart Mill, ya había realizado continuos elogios a la competencia como factor clave en una economía de mercado, a pesar de sus simpatías para con, las así denominadas por los neoliberales, doctrinas colectivistas. Puede verse MILL, J. S., *Principles of Political Economy with Chapters on Socialism*, Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 156. Esta obra es una de las cumbres del pensamiento de Mill, e influirá notablemente en muchos postulados de la ciencia económica posterior a él.

sólo se centrarán en la defensa spenceriana de la competencia como principio-motor de las sociedades modernas, olvidando, cuando no recriminando directamente, la fe del sociólogo inglés por la existencia de campos naturales aún vírgenes para el poder (estatal).⁸⁶ Este vacío que dejaba la amputación de la doctrina de Spencer, en consonancia con la ofensiva general hacia el *laissez faire*, será colmado en el seno del neoliberalismo por la orientación a priori del intervencionismo jurídico que ahora se enarbola. Como veremos más adelante y con mayor detenimiento, la competencia como criterio de decisión en todas las relaciones socioeconómicas,⁸⁷ si no puede reinar *per se* en esferas independientes del poder, ha de ser impulsada por y desde el propio poder. El Estado y sus instrumentos jurídicos tienen que estar, en consecuencia, dirigidos a la creación (en algunos casos, completamente *ex nihilo*) de un código de circulación que establezca las condiciones propicias de la competitividad y de la competencia en sí misma como ideología. Este es el sustrato del que posteriormente, en la tercera parte de esta tesis, denominaremos como *modelo económico competitivo*, una de las categorías que nos servirán para describir la constitución económica europea. Siguiendo la metáfora, el Estado, lato sensu, establece y garantiza un código de circulación para la economía y el libre mercado, pero dicho código no es neutro, sino que además de regular los posibles conflictos y canalizar adecuadamente las demandas, impele, anima y favorece que los coches vayan más rápidos, sean más eficientes y compitan entre sí en la carretera.

Del liberalismo clásico al intervencionismo jurídico a favor del libre mercado y de la competencia como axioma, se traza el decurso del cambio de paradigma neoliberal. Ya no se trata sólo, además, de condenar la ilusión naturalista de la presunta indisponibilidad e inmutabilidad autónoma de la economía, sino de superar este “error” para reconducirlo hacia la construcción político-estatal de un nuevo marco que tenga por objeto la competencia como criterio rector; una competencia, a la que pronto se sumará el principio de estabilidad presupuestaria, que operará sobre ella y desplegará sus efectos constitucionales sobre los derechos sociales. La irrupción del poder y sus imperativos en “las mismas aguas de la vida”: del iusnaturalismo de Locke a la biopolítica de Foucault.

⁸⁶ Curiosamente, los neoliberales no compartirán las críticas al competitivismo de una de las figuras más eminentes de la economía neoclásica, Alfred Marshall. GANE, N., “The Emergence of Neoliberalism: Thinking Through and Beyond Michel Foucault’s... op. cit., p. 16.

⁸⁷ Algo que ya se vislumbra en el opúsculo de Hayek, “The meaning of competence”, en HAYEK, F., *Individualism and Economic Order*, Chicago: University of Chicago Press, 1948, p p. 96 y ss.

Del mercado como elemento objetivo y neutro, al Estado como primer guardián de la contingencia de sus esencias. El giro continúa.

2.-La visión ordoliberal: la reconstrucción del mercado a través del orden institucional

Acabada la II Guerra Mundial, muchos de los asistentes al Coloquio Lippmann encontraban ante sí una Europa completamente asolada. Ciudades, infraestructuras, medios de producción...habían sido destruidos en la segunda ocasión en que el flagelo de la guerra sacudía al mundo.⁸⁸ El corazón de Europa era al mismo tiempo el epicentro de la tragedia y desde Moscú a París se extendía un mar de desolación donde la propia condición humana se había llegado a poner en entredicho en los campos de concentración. Y como si la profecía del poeta se cumpliera, *der Tod is ein Meister aus Deutschland...* la muerte había sido la maestra de Alemania.⁸⁹ En efecto, en el país donde desde hacía décadas se concentraba lo mejor y más granado de la cultura europea, allí donde los conceptos y las categorías de la Modernidad habían encontrado la más prístina expresión, era donde Europa más había perdido su sentido de lo racional. Es muy difícil ahora, desde la atalaya de la historia, imaginarnos siquiera la perspectiva de aquellos que, habiendo participado y admirado la “figura espiritual”, como dijera Husserl,⁹⁰ de Alemania y del viejo continente, se encontraban de improviso con la irracionalidad (o excesiva “racionalidad”, que apuntarían desde Frankfurt)⁹¹ de los campos de exterminio. Escribir poesía después de la Shoá, después de Auschwitz, era un acto de barbarie, proclamaba Adorno. El escenario que los intelectuales europeos tenían ante sí era simplemente desolador. Y más, habida cuenta de que muchos de los participantes del Coloquio

⁸⁸ “Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles”... Así comenzaba y comienza la Carta de las Naciones Unidas. Como apunta NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *La igualdad ante el fin del Estado social*, Madrid: Sequitur, 2014, la crisis de los derechos fundamentales que conllevó la Segunda Guerra Mundial y sus consecuencias se intentará paliar en la posguerra mediante una revitalización de la igualdad subjetiva y la potenciación de la protección de los derechos fundamentales, también a escala internacional.

⁸⁹ Este enigmático verso de Paul Celan es citado por SEMPRÚN, J., *Pensar Europa*, Barcelona: Tusquets, 2006, p. 202.

⁹⁰ HUSSERL, E., “La filosofía en la crisis de la humanidad europea”, en *Invitación a la fenomenología*, Barcelona: Paidós, 1992, pp. 75-128

⁹¹ Cfr. CORTINA, A., *La escuela de Frankfurt: crítica y utopía*, Madrid: Síntesis, 2008.

Lippmann eran alemanes, escribían en alemán y habían admirado la cultura alemana, de la que se consideraban, en buena medida, herederos. ¿Por qué se había llegado hasta aquel extremo? ¿Qué había fallado en sociedades no hacía tiempo consideradas liberales?

En el centro del análisis encontraban el error ya descrito más arriba en el que, consideraban, había incurrido el liberalismo. Al olvidarse de la construcción jurídica del mercado y la necesidad de moldear el Estado y su código de circulación de manera funcional a aquél, el liberalismo había recaído en una ilusión iusnaturalista, tanto de los derechos como de la propia evolución del marco jurídico, que había permitido con el paso del tiempo la liberación y expansión de las fuerzas contrarias al libre mercado. Para buena parte de los autores neoliberales de posguerra, el totalitarismo se habría abierto paso a través del rechazo frontal al parlamentarismo en el plano político y al liberalismo en el plano económico, siendo el nacionalsocialismo y el comunismo estalinista las dos caras de una misma moneda.⁹² Y ahora, tras el fin de la II Guerra Mundial, se abría la oportunidad de enmendar los errores pasados y de poner en práctica el nuevo liberalismo que, desde la academia, se estaba forjando. La devastada República Federal Alemana se convertía así en un campo de pruebas para las nuevas tesis y ofrecía, además, el horizonte de la creación de un nuevo Estado y de unas nuevas relaciones (económicas, sociales, culturales...) a él inherentes.

Quince años antes del final de la guerra, precisamente en los años que vieron el auge del nazismo en Alemania, un grupo de economistas vinculados a la Universidad de Friburgo⁹³, de entre los que destacaba sobre todo la figura de Walter Eucken, había puesto los cimientos de una nueva escuela de análisis y pensamiento económicos. La obra colectiva, *Die Ordnung der Wirtschaft* (El orden económico), también conocida como “El Manifiesto de los ordoliberales”, de 1936, había sido su bautismo de fuego y primer encuentro académico.⁹⁴ Aun sin estar todavía consolidada su doctrina y tesis generales, algunos de sus miembros, como Röpke o Rüstow, acudieron al Coloquio Lippmann en el

⁹² Esta es una de las tesis principales y más distintivas de HAYEK, que logró popularizar en la ya citada obra *Camino de servidumbre*.

⁹³ Gerber alude a la situación geográfica de Friburgo, en la esquina suroccidental de Alemania, como nota condicionante. Su lejanía de los centros de poder habría permitido a la Universidad de Friburgo acoger a un grupo de “disidentes” liberales en el corazón de una Europa “antiliberal”, y más durante la Alemania Nazi. Vid. GERBER, D., “Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the “New Europe”, op. cit., p. 30.

⁹⁴ Puede verse en BÖHM, F; EUCKEN, W., y GROSSMANN-DOERTH, H., “The Ordo Manifiesto of 1936”, en PEACKOCK, A., y WILGERODT, H., (edits), *German Neoliberalism and the Social Market Economy*, London: Macmillan, 1989.

38, donde sus ideas bebieron y se enriquecieron de las aportaciones de Rougier y del propio Walter Lippmann, bajo el sempiterno aura de Mises, ayudando así al surgimiento de las categorías clave en el parteaguas que el nuevo liberalismo vendría a suponer. Al igual que el Centro Internacional de Estudios para la Renovación del Liberalismo, todo quedaría en un impasse a causa del estallido de la guerra, y aun a pesar de que algunas de las obras clave de la nueva escuela se publicarían en su transcurso, como los *Fundamentos de la Economía Nacional* de Eucken (*Grundlagen der Nationalökonomie*, 1940). Sea como fuere, el fin de la gran conflagración mundial vendría a cohesionar al grupo y a consolidar las líneas maestras de una escuela que empezaba ya a llamarse “ordoliberal”, por la importancia que sus miembros le daban al concepto y a la categoría de “orden”. En 1948, Eucken fundaría, en este sentido, la revista *Ordo*, en la que colaborarían las figuras destacadas del ordoliberalismo⁹⁵, desde las que pertenecían al núcleo del grupo de Friburgo (en torno a Eucken) a las que procedían del exilio, como Röpke y Rüstow.⁹⁶

Si el objetivo es crear las condiciones necesarias para que los elementos propios del libre mercado y las potencialidades a él inherentes se desenvuelvan de nuevo en su plenitud tras la devastación de la guerra y, al mismo tiempo, evitar que las causas de éstas no vuelvan a germinar, los ordoliberales tienen claro cuál ha de ser el instrumento para conseguir tal fin: las políticas del Estado. Son conscientes de que el orden de competencia (*Wettbewerbsordnung*) no es un orden natural ante el cual el marco jurídico ha de adaptarse, sino todo lo contrario, es un orden creado y mantenido por el propio marco jurídico. El libre mercado no es algo connatural al ser social ni a las relaciones que despliega: la devastación del conflicto y la amenaza estalinista en el Este así lo demuestran. De este modo, el argumento que la incipiente escuela neoliberal comenzó a seguir al respecto, como hemos estado viendo, alcanza uno de sus (primeros) estadios de mayor realización académico-doctrinal en el seno del ordoliberalismo, como mejor traslación del giro copernicano hacia el Estado de los análisis (neo)liberales.⁹⁷

⁹⁵ También muy importante es la figura de Leonard Miksh, cuyos aportes no pueden ser analizados dentro de los objetivos de la presente tesis.

⁹⁶ MARTÍN RODRÍGUEZ, M., “La Escuela de Friburgo y los economistas españoles (1939-1964)”, op. cit., p. 10. En las páginas siguientes de esta contribución puede verse un completo resumen de la Escuela.

⁹⁷ Como indica GERBER, D., “Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition...”, op. cit., p. 39, los ordoliberales manifiestan desde el inicio una pretensión de globalidad en la elaboración de su doctrina, que no sólo se circunscribiría a la praxis o a la materia económica, sino que intentaría rediseñar un orden social, en sentido amplio, fundado en meditados posicionamientos epistemológicos y filosóficos.

Esta interpretación “social” o “socializante” de la economía, en la medida en que no se entiende lo económico como algo independiente o superior a lo sociopolítico, ahonda la separación de los ordoliberales con las tesis marxistas. Al superponer la arquitectura institucional a las relaciones económicas, que dependerían en ese sentido de aquélla (y no al revés), el ordoliberalismo destierra la idea de que el Estado, y el Estado de Derecho, son una “simple” superestructura al servicio de la infraestructura económica. El Derecho, dicen, no sería un mero elemento justificador o legitimador de unas relaciones previas o superiores a él (en sentido axiológico), sino el elemento fundamental sin el cual tales relaciones no podrían darse.⁹⁸ Frente a la simplificación de esquemas del marxismo metodológico, Eucken complejiza la interrelación entre el orden normativo y el económico, entre Derecho y Economía:

Sería falsa la visión de acuerdo con la cual el orden económico es como la infraestructura sobre cuya base se elevarían los órdenes de la sociedad, del Estado, del derecho y los demás órdenes. La historia de los tiempos modernos nos enseña, con igual claridad que las épocas más antiguas, que los órdenes estatales o jurídicos ejercen igualmente una influencia sobre la formación del orden económico.⁹⁹

No hay, para los ordoliberales, una unilateralidad en el destino de las relaciones entre los órdenes económico y jurídico, sino una estrecha interdependencia (*Interdependenz der Ordnungen*).¹⁰⁰ Siguiendo el parteaguas del Coloquio Lippmann y las tesis de Rougier, los ordoliberales alemanes defienden la inexistencia de reglas científicas en la evolución y desarrollo del capitalismo, que no tendría un devenir automático y separado del Estado, puesto que se tendría que analizar siempre como un sistema “económico-institucional” (*Denken in Ordnungen*) y no sólo, como hace el marxismo, como un sistema perfeccionado y perfeccionable de acumulación de capital. La producción, distribución e intercambio capitalistas se producen en un escenario, el mercado, que forma parte inherente de un marco social, institucional y jurídico determinado y determinante. No se dan, por tanto, en una esfera autónoma y regida por reglas o principios naturales y consustanciales al devenir humano, como creían los liberales clásicos. Como sentencia Eucken, “la confianza en la autorrealización del orden económico natural fue excesiva”.¹⁰¹ O Böhm, otra de las grandes figuras del

⁹⁸ JACKSON, B., “At the Origins of Neo-Liberalism: The Free Economy and the Strong State”, op. cit., pp. 129 y ss.

⁹⁹ LAVAL C., y DARDOT, P., op. cit., p. 101.

¹⁰⁰ Aquí se deja notar la influencia de la fenomenología de Husserl y de la obra del propio padre de Eucken, Rudolf. Vid. GOLDSCHMIDT, N., “Walter Eucken’s place in the history of ideas”, *Austrian Economic Review*, n° 26, 2013, p. 142 y ss.

¹⁰¹ Citado en LAVAL C., y DARDOT, P., op. cit., p. 103.

ordoliberalismo: “la idea de que el sector de los negocios, con sus demandas soberanas, pudiera si fuese necesario trascender todos los límites del sistema legal aplicable, es resultado de la devastación causada por el liberalismo económico en nuestras percepciones públicas y cívicas. Este liberalismo ha oscurecido la percepción de la economía como una *institución pública del Estado*”.¹⁰²

Röpke, otro de los grandes autores ordoliberales y asistente al Coloquio Lippmann, también desarrolla con particular atención, en su obra *Civitas humana*, la artificialidad y el carácter institucional del libre mercado. Sin embargo, junto a Rüstow y a Müller-Armack (aunque con éste, más tangencialmente), da más importancia a la configuración y al marco sociales que a lo jurídico.¹⁰³ Si bien admiten, como Eucken o Rougier, que la institucionalidad es determinante de las condiciones en las que se desarrolla el libre mercado, son conscientes también de la relevancia que ha de otorgarse a lo social. Desde un punto de vista sociológico, incluso a veces antropológico,¹⁰⁴ y siguiendo la preocupación moralista por lo social del liberalismo clásico (recordemos la tesis de Rosenblatt), los tres autores se preocupan por la atomización de la vida en el capitalismo y la necesidad de una “política social” que arraigue de nuevo a los ciudadanos en sus comunidades al tiempo que se fomente la competencia (*emprendimiento*),¹⁰⁵ sin obviar la necesidad de centrarse también en lo jurídico-institucional. Desde el Estado se intervendría así en la vida misma de la gente, en lo que Rüstow llamaría *Vitalpolitik* y que nos recuerda, asombrosamente, a la línea de estudio seguida por Foucault en su *Biopolítica*, donde apuntaba ya este giro del neoliberalismo.¹⁰⁶ Como dice el filósofo francés: “la multiplicación de la forma *empresa* dentro del cuerpo social constituye, creo, el objetivo de la política neoliberal. Se trata de hacer del mercado, de la competencia y,

¹⁰² BÖHM, F., *Das Problem der privaten Macht*, Karlsruhe: C. F. Müller, 1960, p. 43, citado en ZWEYNERT, J., “The concept of Ordnungspolitik through the lens of the theory of limited and open access orders”, *Constitutional Political Economy*, vol. 26, n° 4, 2015, p. 9. El subrayado es nuestro.

¹⁰³ Sobre esta vertiente “sociológica” del ordoliberalismo, cuyo máximo exponente es Röpke, puede verse BONEFELD, W., “Freedom and Strong State: On German Ordoliberalism”, *New Political Economy*, vol. 17, n° 5, 2012, pp. 636 y ss. Este artículo es esencial para comprender el cambio de paradigma que incorpora el ordoliberalismo en la relación, más amplia, del (neo)liberalismo para con el Estado y el Derecho.

¹⁰⁴ PECK, J., *Constructions of Neoliberal Reason*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 61.

¹⁰⁵ Recordemos la importancia creciente de este concepto en las políticas públicas actuales. Sobre esta *vitalpolitik*, el análisis de BONEFELD, W., “Freedom and Strong State: On...”, op. cit., pp. 641 y ss.

¹⁰⁶ LÓPEZ ÁLVAREZ, P., “Biopolítica, liberalismo y neoliberalismo: acción política y gestión de la vida en el último Foucault”, en ARRIBAS, S., CANO, G., y UGARTE, J. (coords.), *Hacer vivir, dejar morir. Biopolítica y capitalismo*, Madrid: CSIC/La Catarata, 2010, p. 49-50.

por consiguiente, de la empresa, lo que podríamos llamar el poder informante de la sociedad”.¹⁰⁷

Este matiz del ordoliberalismo “sociológico”, si bien interesante desde el prisma teórico y con algunas conexiones con el neoconservadurismo estadounidense,¹⁰⁸ no será el centro a partir del cual se lleven a cabo las medidas económicas de la Alemania de posguerra, a pesar de que los ordoliberales de Friburgo, a cuya dirección se encontraba Eucken, influirán decisivamente en los nuevos y primeros gobiernos de la RFA,¹⁰⁹ que tendrán que enfrentarse a la devastación de los medios de producción y a una economía exánime tras casi seis años de guerra.

Viviendas, carreteras, equipamientos...tenían que ser de nuevo reconstruidos, y la tarea era ingente. Las ayudas de las potencias aliadas (Plan Marshall) podían no ser suficientes ante la escalada de desconfianza en la economía alemana y en el creciente mercado negro que contrarrestaba la planificación económica y el racionamiento impuesto por los aliados. El contexto era simplemente alarmante, y más habida cuenta de la presencia de la esfera de influencia soviética en la frontera. En este sentido, y gracias a que los ordoliberales habían conseguido mantener cierto prestigio e independencia académica aun a pesar del nazismo,¹¹⁰ las nuevas autoridades, con el canciller Adenauer a la cabeza, confiaron la gestión de la economía a uno de los más fieles seguidores y “contribuyentes”¹¹¹ de la Escuela ordoliberal de Friburgo: Ludwig Erhard.¹¹²

¹⁰⁷ FOUCAULT, M., *Nacimiento de la biopolítica*, op. cit., p. 189.

¹⁰⁸ La preocupación por la atomización social y la pérdida de referentes es una constante también en el neoconservadurismo, así como en una de sus figuras más prominentes, Leo Strauss. Puede verse HOLMES, S., *Anatomía del antiliberalismo*, Madrid: Alianza Editorial, 1999.

¹⁰⁹ NICHOLLS, A. J., *Freedom with Responsibility. The Social Market Economy in Germany 1918-1963*, Oxford: Oxford University Press, 1994.

¹¹⁰ GERBER, D., “Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism...”, op. cit. p. 31. Gerber apunta al hecho de que la Escuela de Friburgo constituía un pequeño núcleo de pensadores y economistas no contaminados por el nazismo, a diferencia de la mayor parte de la academia alemana, lo cual se ajustaría a los parámetros de desnazificación que impusieron los aliados durante la ocupación.

¹¹¹ Nicholls, uno de los mayores expertos en el origen de la Economía Social de Mercado y en las ideas adyacentes de Erhard, niega no obstante que éste estuviera adscrito formalmente a ninguna escuela de pensamiento, aun reconociendo la evidente influencia de la de Friburgo en su ideario. Cfr.: NICHOLLS, A. J., “Ludwig Erhard and German Liberalism- An Ambivalent Relationship?”, en JARAUSCH K, y JONES E., *Search of Liberal Germany: Studies in the History of German Liberalism from 1789 to the Present*, Oxford: Oxford University Press, 1990.

¹¹² Para completar y entender mejor las páginas que siguen, es esencial el minucioso estudio de VAN HOOK, J., *Rebuilding Germany: the creation of The Social Market Economy, 1945-1957*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Erhard¹¹³ se había destacado en la denuncia del totalitarismo alemán como una manifestación de la lejanía del país germano para con el liberalismo, que nunca habría tenido una importancia relevante según él en el marco del pensamiento y de la política alemanes.¹¹⁴ De ahí, defendía, que la renovación de un liberalismo de nuevo cuño que impulsara el crecimiento económico como mejor elemento legitimador, se erigiera como imperativo urgente. Aprovechando el vacío liberal de la tradición alemana, demasiado ofuscada en el idealismo hegeliano, el nuevo liberalismo podría re-legitimar las viejas ideas desde un prisma renovado y aprovechando las circunstancias, únicas, de la Alemania de posguerra.¹¹⁵ Ante sí, Erhard tenía encomendada la hercúlea tarea de reconstruir desde sus cenizas un (nuevo) país, y lo haría con una contundencia que asombraría al mundo en lo que posteriormente se conocería como “milagro económico alemán”.¹¹⁶

El contexto que rodeaba la Alemania de Erhard no era, sin embargo, el más propicio para la implementación de sus tesis. Dejando a un lado el socialismo real de la cercana RDA, los países occidentales habían empezado a entrar de lleno en la socialdemocracia y el Estado social, que se erguía como la solución óptima al eterno conflicto entre el Capital y el Trabajo. La constitucionalización del pacto entre ambas

¹¹³ Una biografía de Erhard puede encontrarse en MIERZEJEWSKI, A., *Ludwig Erhard: A Biography*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2004. El autor, si bien admira la firmeza de carácter de Erhard en la implementación de sus ideales ordoliberales contra las circunstancias del momento, afirma la ineptitud de Erhard para las grandes cuestiones políticas de la Alemania de los 60, cuando llegó a ser Canciller. Erhard no sería miembro de la CDU hasta las elecciones generales de 1949, y no alcanzaría cierto poder en el seno de la Bizona hasta la dimisión de Semler por sus desavenencias con las autoridades aliadas.

¹¹⁴ En parte ello se debe a la tradición del paternalismo estatal alemán. Cuando el país teutón se incorpora a la Revolución Industrial y al ciclo económico moderno, en la segunda mitad de siglo XIX, llega tarde al mercado competitivo mundial y al sistema imperialista de dominación, por lo que los agentes privados alemanes tienden a buscar cierto amparo en la acción expansiva del Estado, en la esperanza de que ello contrarreste la situación de asimetría de la que se parte en un inicio. La política de canciller Bismarck y de los diversos gobiernos que se dan bajo el Káiser Guillermo, da buena cuenta de ello. NICHOLLS, A., op. cit., p. 16.

¹¹⁵ Esta peculiaridad de la falta de protagonismo del liberalismo alemán es descrita en FIEDRICH, C., “The Political Thought of Neo-liberalism”, *American Political Science Review*, vol. 49, nº 2, junio 1955, pp. 509 y ss.

¹¹⁶ KERBER, W., y HARTIG, S., “The rise and fall of the German miracle”, *Critical Review*, vol. 13, nº 1, 1999, p. 337-358. Ambos autores son quizá demasiado contemporizadores de las políticas de Erhard y se alejan en determinados momentos de la neutralidad académica para defender sus previas preferencias político-ideológicas. De hecho, culpan en buena medida del inicio de la crisis de los 70 en Alemania a la llegada al poder de la coalición socialdemócrata y al supuesto abandono de algunas de las ideas nucleares del ordoliberalismo. Para una visión alternativa y más prudente, puede verse “Erhard, CDU and the free market”, VAN HOOK, *Rebuilding Germany: the creation of Social Market Economy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 139-188. Para el autor, aquí, las políticas de liberalización de los precios llevadas a cabo por Erhard, junto a su reforma monetaria, no hubieran tenido éxito de no mediar previamente (1945-1948) el esfuerzo por recuperar el núcleo de la industria pesada alemana desde el Estado. Aparte, por supuesto, del favorable marco internacional que beneficiaba a Alemania y de las ayudas norteamericanas.

esferas de intereses, a través del reconocimiento y garantía de los derechos sociales y de la importancia de los sindicatos como actores (políticos) de primer orden, además del establecimiento de fuertes mecanismos de redistribución de la riqueza, alejaba al constitucionalismo de los fundamentos liberales que lo habían creado. No obstante, el mantenimiento de la propiedad privada, aun limitada, y del libre mercado como principio estructurante de la economía, no se ponían en entredicho sino que, muy al contrario, venían también garantizados por la nueva Constitución del Estado social que, por si fuera poco, conseguía además mayor legitimidad por parte de una clase trabajadora ahora integrada en el corazón de sistema (constitucional).¹¹⁷

De ahí que el desarrollo doctrinal del ordoliberalismo y de su materialización práctica en la Alemania de posguerra fueran fuertemente influidos por el cariz socialdemócrata imperante en toda Europa, a pesar de mantener unas nítidas características propias que ya se definían desde el comienzo de la Escuela en 1930. Y es que las políticas de Erhard, seguidoras de ordoliberalismo de Eucken y Röpke,¹¹⁸ comparten con la socialdemocracia y el Estado social la idea de que el Estado puede legitimarse a través del crecimiento económico que él mismo impulsa y facilita, en un circuito bidireccional e interdependiente donde Estado y economía se retroalimentan. Tanto para los socialdemócratas como para los ordoliberales, además, en esa relación binomial el Estado es el principal motor y el elemento esencial del orden (económico y social), así como el actor que proporciona el marco necesario para el buen funcionamiento de los factores productivos. Ahora bien, el ordoliberalismo y las políticas de la Alemania de posguerra derivadas de él, no tienen por objetivo la redistribución de la riqueza o el control público-estatal de amplios sectores económicos (los estratégicos), como sí hace el Estado social. Por el contrario, los de Friburgo apuestan porque esa centralidad del papel del Estado en el orden económico sea aprovechada para fomentar e impulsar los principios que creen consustanciales al libre mercado y el de la competencia, en el marco de un Estado de Derecho firme y de la garantía de ciertos servicios sociales esenciales,

¹¹⁷ Cfr. DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid: Editorial Trotta, 2010.

¹¹⁸ Sobre la influencia de Röpke en Erhard, puede verse MIERZEJEWSKI, A., “Water in the desert? The influence of Wilhelm Röpke on Ludwig Erhard and the social market economy”, *Austrian Economic Review*, nº 19, 2006, pp. 275-287. Erhard leyó clandestinamente a Röpke durante el nazismo, cuando sus libros no estaban disponibles en las bibliotecas alemanas, y siempre reconoció públicamente la influencia del autor en sus políticas y en su pensamiento. No obstante, como dice Mierzejewski, Erhard no asumía todo el pensamiento de Röpke, rechazando particularmente sus perspectivas socio-antropológicas conservadoras y su rechazo a la Modernidad.

como la seguridad social, pero alejados en todo momento del ideal socialdemócrata y de los objetivos del Estado social. Röpke llegó a llamar al *Welfare State* la institución “del hombre masa que elude su propia responsabilidad (*Haftungsprinzip*)”.¹¹⁹

En este sentido, Erhard aplicaría las tesis del ordoliberalismo utilizando el Estado para liberalizar la economía de la Alemania occidental. Desde su puesto como Ministro de Economía, el otrora teórico, siguiendo en no pocas ocasiones las instrucciones y las recomendaciones del maestro Eucken, estimularía la competitividad de los factores de producción alemanes, reconstruyendo las infraestructuras, liberando los férreos controles de mercado y de precios que mantenían los aliados ocupantes (en la famosa “bizona”)¹²⁰ y, sobre todo, llevando a cabo una verdadera revolución monetaria, donde el antiguo *Reichsmark* quedó apartado y desterrado con inusitada rapidez para ser sustituido por una nueva moneda, el *Deutsche Mark* (reforma monetaria de junio de 1948), la única que el Estado reconocía como válida en los intercambios comerciales y en el pago de los salarios. La anulación de la antigua moneda y el control (momentáneo y transitorio) de la nueva por parte del Estado, provocó la paulatina desaparición de la economía sumergida y del mercado negro. Los alemanes, simplemente, se incorporaron al trabajo regularizado para poder cobrar en la nueva moneda, la única reconocida y amparada por la ley, que pronto fue liberalizada también de los controles monetarios para que reflejara el juego de la oferta y la demanda. Todo ello, al tiempo, reflejaba la correlación de fuerzas que se daba entre las potencias aliadas que tutelaban aún la reconstrucción. En efecto, por un lado, los británicos, gobernados por el laborismo de Atlee, eran partidarios de mayor control económico y de la estatalización de amplios sectores de la economía, siguiendo la senda abierta del Estado social en la propia Inglaterra. Por el contrario, los estadounidenses abogaban por una liberalización económica auspiciada desde el Estado, que poco a poco pudiera permitir el libre desarrollo del mercado sin la tutela directa de éste y, por tanto, eran más cercanos a las tesis de Erhard y de los ordoliberales (agrupados en torno a la CDU de Adenauer),¹²¹ de ahí que éstos no encontraran demasiado obstáculo

¹¹⁹ RÖPKE, W, A., *Human Economy*, Delaware: Wilmington ISI Books, 1998, p. 152. En esta obra no se escatiman descalificaciones hacia el Estado social, en la línea de la mayor parte de los ordoliberales sobre el particular. Cfr. BONEFELD, W., “Freedom and Strong State...”, op. cit., pp. 641 y ss. El concepto de *Haftungsprinzip* es muy importante en el núcleo del corazón ordoliberal, pues trasluce su fe en la responsabilidad personal, trasunto de la libertad individual.

¹²⁰ Sobre la ocupación, puede verse el interesante trabajo de SCHROEDER, S., “The Allied Occupation of Germany: The Refugee Crisis, Denazification and the Path of Reconstruction”, en *German History*, vol. 32, nº 4, 2014.

¹²¹ Como curiosidad, en la inmediata posguerra, la CDU y el movimiento democristiano estaban muy escorados hacia posiciones de izquierda (socialismo cristiano, alejado del marxismo ortodoxo), llegando

por parte de los aliados en la implementación de sus medidas, dado que EEUU era, con gran diferencia, la potencia más relevante y quien de verdad llevaba la batuta en el proceso de reconstrucción.¹²² Asimismo, los estadounidenses consideraban que la cartelización de la economía alemana durante la turbia e inestable etapa de Weimar había sido una de las causas de la irrupción totalitaria y del correlativo rechazo a los ideales liberales del mercado. Los ordoliberales, por su parte, veían a la República de entreguerras como un estado débil que se había dejado influir por los grupos económicos con intereses oligopolísticos y que, en consecuencia, había permitido el abandono impune de los principios de competencia.¹²³ Coincidían en este punto, por tanto, con los norteamericanos, y tenían así como uno de sus ejes centrales la lucha contra los oligopolios y los cárteles en aras de conseguir el tan ansiado orden de libre competencia, irguiéndose como los principales valedores, dentro de Alemania, de los intereses estadounidenses.¹²⁴ Las tesis de Erhard tenían vía libre.

Así las cosas, la liberalización (controlada) de la economía alemana (junto a la nada despreciable ayuda del Plan Marshall) hizo que en apenas unos años el PIB de la hasta no hacía mucho completamente devastada Alemania aumentase exponencialmente, en cifras de crecimiento interanual nunca vistas con anterioridad. El éxito de las medidas de Erhard fue rotundo y llegó a impactar sobremanera a la comunidad internacional.¹²⁵

Aparte de la influencia directa y clara de Eucken en las medidas tomadas por Erhard, el Ministro de Economía también estuvo influido en todo momento por otro de

incluso algunos de sus destacados miembros (como Kaiser, Arnold o Albers) a rechazar de plano las ideas del libre mercado. Sin embargo, la influencia de la presencia norteamericana en la Bizona, y su notable preeminencia sobre las ideas de los laboristas británicos, favorecieron poco a poco un cambio de rumbo en el ideario de la CDU, en cuyo seno, bajo el liderazgo de Adenauer, se abrieron paso las teorías de los de Friburgo, estrechamente vinculadas (como luego seguiremos indicando) con algunas características de la filosofía cristiana. La figura de Adenauer y sus maniobras políticas entre 1945-1949, son esenciales para entender este proceso de traslación hacia posiciones más (ordo)neoliberales. VAN HOOK, J., *Rebuilding Germany: the creation of Social Market Economy*, op. cit., pp. 139 y ss.

¹²² Sobre la determinante influencia de la política y los intereses estadounidenses en la reconstrucción de Alemania, DIEFENDORF, J. M., *American policy and the reconstruction of West Germany (1945-1955)*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

¹²³ PECK, J., *Constructions of Neoliberal Reason*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 59.

¹²⁴ GERBER apunta a que más de la mitad Consejo Académico Asesor de la Alemania occidental eran ordoliberales, “Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law...” op. cit., p. 59.

¹²⁵ Berghahn desarrolla en una excelente contribución la influencia de las ideas de Erhard, y de los ordoliberales, en la configuración de las primeras políticas de la RFA. BERGHAHN, V., “Ideas into Politics: The Case of Ludwig Erhard”, en BULLEN, R. J. (edit.), *Ideas into Politics*, London: Croom Helm, 1984.

los grandes teóricos ordoliberales, W. Röpke,¹²⁶ perteneciente a esa corriente del ordoliberalismo con caracteres sociológicos que apuntábamos más arriba. De hecho, según Commun, Erhard tomaría la decisión de sustituir la antigua moneda por una de nuevo cuño tras visitar a Röpke en Suiza.¹²⁷

Por su parte, Röpke desarrolló en buena medida su corpus teórico en torno a la defensa del principio de subsidiaridad, muy influido por la doctrina de la Iglesia católica¹²⁸ de cuyo seno parten las primeras elaboraciones conceptuales.¹²⁹ Este principio, aplicado al ámbito socio-institucional, implicaba que el Estado (central) no debía entrar en las esferas más próximas del individuo, como la familia o los lugares de trabajo, y debía articularse él mismo bajo el principio de descentralización, tanto administrativa como política.¹³⁰ En este sentido, Röpke aunaba la tradición liberal del miedo hacia el poder político y la defensa de su división para evitar posibles extralimitaciones (federalismo y *checks and balances*)¹³¹ con una visión social, enraizada en cierto (neo)conservadurismo,¹³² muy patente después en el *New Federalism* de Ronald Reagan.¹³³ Y si bien en la doctrina ordoliberal se muestra una preferencia por el principio federal,¹³⁴ en tanto mejor marco institucional de cara a la preservación de los elementos

¹²⁶ Es esencial para conocer la influencia de Röpke en el político alemán, el artículo de MIERZEJEWSKI, A., *Water in the desert? The influence...* op. cit.

¹²⁷ Citado en LAVAL C., y DARDOT, P., op. cit., p. 107. MIERZEJEWSKI, en el artículo citado, no sólo no apunta esta posibilidad, sino que parece negarla. En Suiza, Röpke coincidió con el político y pensador italiano Luigi Einaudi, muy estudiado luego por James Buchanan, como se apunta en ELOSEGUI ITXASO, M., “El contractualismo constitucionalista de James Buchanan”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 10, 1993, p. 37.

¹²⁸ Hay autores que señalan incluso una vinculación del ordoliberalismo con el humanismo cristiano de la Escuela de Salamanca. FRANCO, G., *Da Salamanca a Friburgo: Joseph Hoffner e l'economía sociale di mercato*, Lateran University Press, 2015.

¹²⁹ Sobre la influencia de la doctrina cristiana en Röpke, BOARMAN, P. M., “Apostle of a Humane Economy: Remembering Wilhelm Röpke”, en *Humanitas*, nº 13, 2000.

¹³⁰ Acerca de la relación entre el catolicismo y los principios de subsidiaridad y el federalismo, puede verse GOLEMBOSKI, D., *Federalism and the Catholic Principle of Subsidiarity*, en *The Journal of Federalism*, vol. 45, 4, 2015, pp. 526-551. El autor denuncia que el olvido premeditado de los fundamentos católicos que subyacen al principio de subsidiaridad está estrechamente vinculado con la concepción de éste que se intenta tremolar en la Unión Europea. Para una interpretación que aúna las ideas ordoliberales y las del catolicismo social, NEUHAUS, R., *Doing well and doing good: the challenge to the Christian capitalist*, New York: Doubleday, 1992. Una defensa del principio en DAHRENDORF, R., *El nuevo liberalismo*, Madrid: Tecnos, 1982, pp.117-118.

¹³¹ MIERZEJEWSKI, A., “Water in the desert? The influence of Wilhelm Röpke on...”, op. cit., pp. 279-280.

¹³² *Ibid.*, p. 280.

¹³³ CONLAN, T., *New Federalism: intergovernmental reform from Nixon to Reagan*, Washington: Brookings Institution, 1988.

¹³⁴ Esta preferencia por lo federal, incluso lo federal supranacional, será muy relevante a la hora de estudiar la UE. Como diría Hayek, y luego recordaremos: “la federación es la única forma de asociación de diferentes pueblos para crear un orden internacional sin poner en entredicho la legitimidad de su deseos de independencia”. Citado en BRENNETOT, A., “The geographical and ethical...”, op. cit., p. 33.

estructurantes del libre mercado,¹³⁵ no constituye el centro de sus grandes preocupaciones. Más bien, el principio de subsidiaridad que recalca Röpke inspira al ordoliberalismo en la medida en que éste entiende lo político-institucional con una potencialidad para autolimitarse y restringir su capacidad, en aras del mantenimiento de la competencia. Es una de las características principales de lo que en la tercera parte denominaremos como *modelo político fragmentado*, uno de los que convergen en la nueva *constitución económica neoliberal* europea. De ahí la importancia que aquí le damos a sus fundamentos teóricos primeros y más habida cuenta de que éstos se incardinan en una escuela mayor, la ordoliberal, con tantas repercusiones en el proceso de integración económica y en la consideración jurídico-constitucional de la estabilidad presupuestaria, como veremos.

Llegados a este punto, podemos afirmar que Röpke y Eucken, los principales autores de ordoliberalismo, influirán junto a Muller-Armack y F. Böhm, en la política económica alemana de posguerra llevada a cabo por Erhard a través de dos grandes bloques conceptuales¹³⁶, la “Economía social de mercado” y la “política de ordenamiento”. Ambos, que no podrían haberse configurado sin el parteaguas en la visión (neo)liberal del Estado que cristaliza en el Coloquio Lippmann, constituyen a su vez la base teórica sobre la que se asientan la constitución económica europea (sobre todo desde Maastricht) y la necesidad de institucionalizar en ella la estabilidad presupuestaria. Las consecuencias de esta última en el Estado social no pueden ser entendidas si previamente no conocemos el marco jurídico-económico europeo en el que opera y la visión del Estado mismo que subyace a su defensa teórica.

2.1.- El orden como competencia

La *Ordnungspolitik*, la política de “orden”, es para los nuevos liberales alemanes el eje central de su concepción de Estado y de la intervención de éste en el ámbito socioeconómico. Se refiere, en esencia, a la necesidad de que sean los instrumentos jurídico-estatales los que, con su acción, creen el marco en el que pueda desarrollarse, de la forma más óptima posible, el libre mercado y los elementos a él inherentes. La elección

¹³⁵ Cfr. LOTTIERI, C., “Ethics, Market and the Federal Order. The Political Philosophy of Wilhelm Röpke”, *Journal des Économistes et des Études Humaines*, vol. 20, nº 1, 2014, pp. 19-41.

¹³⁶ La idea de “bloque conceptual” la tomamos aquí de BOBBIO, N., *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2009.

de la raíz latina “ordo” no es algo baladí, precisamente. El “ordo” para los clásicos era el conjunto de valores y principios que regían la vida en comunidad, que presidían la sociedad...su orden. Claro que esta importancia no sólo nominativa, sino sobre todo conceptual, en la existencia de un “orden” legal determinado, no nos puede llevar a equiparar a los de Friburgo, o siquiera a ponerlos en la misma línea teórica, con los autores conservadores, estatistas o autoritarios que, en los márgenes del liberalismo, o aun dentro de él, defendían la necesidad de imponer un orden concreto a los elementos sociales desde una verticalidad jurídica que tenía como vehículo de expresión el aparato coercitivo del Estado.¹³⁷ Lejos de tales posicionamientos, los ordoliberales supeditan en todo momento la construcción jurídica del marco normativo estatal a las necesidades del libre mercado y, en concordancia, a los postulados del liberalismo político clásico. Si, siguiendo a Bobbio, el liberalismo busca un Estado restringido tanto en sus poderes (Estado de Derecho) como en sus funciones (Estado mínimo),¹³⁸ los ordoliberales no se alejarán demasiado de ambos paradigmas, pues en todo momento el “ordo” que configuran es respetuoso y está imbricado en un Estado de Derecho que consideran necesario y que, al mismo tiempo, permite el libre desenvolvimiento de los agentes económicos privados sin más intervención económica estatal que la imprescindible para asegurar las condiciones de la libertad económica, de acuerdo al principio de subsidiaridad ya mentado.¹³⁹

Antes de adentrarnos, no obstante, en la “política de ordenamiento” en sí hay que arrojar luz sobre el objetivo principal de la misma, el fundamento último que se busca con su establecimiento, que no es otro que la competencia como criterio rector. Este fin, aunque bebe del sustrato de ideas neoliberales bautizadas en el Coloquio Lippmann y sucintamente ya expuestas, necesita ser explicado con más detalle para poder situarnos en el contexto adecuado en el que la *Ordnungspolitik* se desenvuelve y poder luego, en la tercera parte de la tesis, desarrollar fielmente las características de la constitución económica europea y de la nueva *constitución económica neoliberal*.

¹³⁷ Así nos lo advierte VANBERG, V., *The Freiburg School: Walter Eucken and ordoliberalism*, Friburgo: Walter Eucken Institut, 2004, p. 6 y ss. De nuevo, para una panorámica bastante completa de los autores antiliberales, aunque un tanto parcial, puede verse HOLMES, S., *Anatomía del antiliberalismo*, op. cit.

¹³⁸ Cfr. BOBBIO, N., *Liberalismo y democracia*, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2000.

¹³⁹ A pesar de ello, Herman Heller no dudó en llamar “autoritario” al ordoliberalismo, al haber concedido tanta importancia al Estado. HELLER, H., “Autoritärer Liberalismus”, *Die Neuw Rundschau*, nº 44, pp. 289-298. Cit. en JOERGES, C., “The European economic constitution and its transformation through the financial crisis”, *ZenTra*, Working Paper in Transnational Studies, nº 47, 2015. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2560245>

Como comentábamos, la competencia se yergue en el vector principal del nuevo modelo de sociedad que los ordoliberales pretenden moldear desde la toma en conciencia del Estado. Frente al liberalismo clásico, que definía al mercado como un espacio neutro de intercambio comercial, los neoliberales pretenden hacer de este espacio no sólo una acumulación pasiva de interrelaciones e intereses, sino un motor activo de subjetividad competitiva donde los intercambios se potencien y donde los propios sujetos participantes se consideren a sí mismo piezas clave en la modulación del mercado. Ésos, y no otros, son los verdaderos fines del nuevo “ordo”.

El competitivismo (o competencialismo) como ideología y como paradigma de teorización y actuación sociales tiene un largo recorrido en el seno del propio liberalismo. Si bien ya hay trazas de ello en Malthus, Comte o Stuart Mill y otros autores secundarios, será Herbert Spencer, como indicábamos más arriba, quien de verdad enarbole la bandera de la competencia como criterio primero que ha de regir las relaciones sociales. La doctrina spenceriana hemos de enmarcarla, en este sentido, en el contexto decimonónico en el que se desenvuelve, propicio para la proliferación de concepciones competitivistas. El racismo supremacista del eurocentrismo colonialista, unido al proceso de industrialización y a la expansión de las grandes urbes en medio de una desigualdad nunca antes vista, y ello, junto al individualismo liberal como base antropológica, auspiciaban el acomodo de una teoría que tuviera por seña la lucha de los más hábiles y que, con término casi bélicos, promoviera la competencia entre los individuos. *Survival of the fittes*, la supervivencia de los más aptos, recorrerá no sólo las doctrinas sociales, sino también las científicas. El darwinismo como comprobación empírica de la competencia en tanto criterio rector de la sociedad nutrirá de elementos y de categorías las concepciones que ya previamente habían fermentado en el corazón de Europa y que ahora encontraban en el campo de la biología, de la ciencia, la argamasa teórica para muchos de sus postulados. Así, el cientificismo inundará todos los ámbitos, desde la criminología (frenología) a las teorías económicas, pasando incluso por la literatura (naturalismo) y las nuevas concepciones artísticas (el inicio de las vanguardias y, dentro de ellas, el futurismo). De este contexto, del que parte y del que se sirve el competitivismo spenceriano, se desprenderá finalmente una crisis sin precedentes de la dignidad del ser humano y de los derechos que se creían en él ínsitos. El declive de la dimensión subjetiva

de la igualdad, como la llama Noguera Fernández, sentará las bases para el posterior surgimiento de los totalitarismos y su culminación en los campos de exterminio.¹⁴⁰

Aunque por las connotaciones racistas y científicistas de las teorías de Spencer los neoliberales de posguerra no llegan nunca a reconocer la influencia de éste en ellos, es obvia su relación con el giro que introduce en el liberalismo clásico el autor inglés. Para los autores clásicos, como Ricardo o Smith, la especialización es esencial en el capitalismo y su vector principal, pues la división del trabajo provoca aumentos en la productividad que, con el paso del tiempo, beneficiarán a todos y aumentará el espacio del mercado y de los libres intercambios que en él se dan. El criterio aquí, como apuntan Laval y Dardot¹⁴¹, no es la eliminación del más débil ni la lucha por la supervivencia, sino la mejora del sistema de mercado en su conjunto para que produzca más y sus beneficios se desplieguen a todos los participantes. Por el contrario, para Spencer y el competitivismo que tremola, la lucha entre los miembros del mercado, la supervivencia del más apto, son los fundamentos de una “selección natural” donde los agentes que no sean capaces de sostener el combate competitivo, acabarán pereciendo. La competencia se yergue en el dispositivo que permite el progreso de la humanidad y de la técnica, aun admitiendo que en el camino no pocos de sus elementos deberán ser eliminados.

Estos postulados influirán sobremanera en Estados Unidos, país que a finales del siglo XIX se encontraba en plena ebullición industrial y donde el individualismo de base calvinista se sumaba a las precondiciones europeas antes descritas. Las teorías spencerianas serán acogidas con agrado en gran parte de las élites norteamericanas, y tendrán su plasmación más radical en obras como la del sociólogo, Graham Summer, *The Challenge of Facts*.¹⁴² El profesor de Yale intentará demostrar en sus aportaciones que la Historia no es más que una continua lucha por la supervivencia entre los más aptos y los menos preparados para ella, contra la naturaleza y contra nuestros semejantes. Y que, además, esta competencia agresiva no sólo está inscrita en la naturaleza humana, sino que es el fundamento primero de cualquier libertad. A la libertad le antecede y sucede la lucha de los más aptos, el afán continuo de perfeccionamiento que lleva a la diferenciación, y de esta diferenciación, a la desigualdad. No hay libertad sin desigualdad, pues al permitir

¹⁴⁰ Cfr. NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *La igualdad ante el fin del Estado social*, op. cit.

¹⁴¹ LAVAL C., y DARDOT, P., op. cit., pp. 44 y ss.

¹⁴² SUMMER, W. G., *The Challenge of Facts and Other Essays*, New Haven: Yale University Press, 1914. Para una comparación de la obra del autor con los funcionalistas, puede verse HOROWITZ, I. L., “Sociology and Politics: The Myth of Functionalism Revisited”, *The Journal of Politics*, University of Chicago Press, Vol. 25, nº 2, 1963, pp. 259-260.

aquella la competencia entre los individuos, creará necesariamente diferentes posiciones sociales y diferentes potencialidades económicas. Lo contrario, un modelo de sociedad que imponga la igualdad a toda costa, terminará coartando y eliminando cualquier atisbo de libertad, favoreciendo según este autor no la supervivencia de los más aptos, sino la de los más ineptos, que lastrarán con su “inutilidad” al resto del cuerpo social.

Estas tesis competitivistas quedarían soterradas, como ya describíamos más arriba, dentro del curso más general del liberalismo clásico que terminaría transmutando en reformismo social. De Mill a Keynes, pasando por Atkinson Hobson, el liberalismo cambiaría de faz y permitiría la intervención del Estado en la economía. Esta conversión sería vista por los neoliberales como una traición (Coloquio Lippmann), y la “restauración” de las pretendidas esencias de un liberalismo que en verdad nunca fue así, como una necesidad. De ahí que vieran en parte al competitivismo spenciariano un adelanto de la defensa del liberalismo verdadero, en tanto dique de contención frente al intervencionismo estatal tan deplorado por Spencer o Summer. Para que el competitivismo sea efectivo y funcione, el Estado no puede intervenir para imponer la igualdad o suavizar las desigualdades, pues estaría anulando la libertad de la que deriva la competencia como principio rector. Ello choca en parte con las concepciones humanistas y la preocupación social que revestían las obras de la mayoría de los liberales clásicos y aun de los propios ordoliberales, estos últimos deudores en este sentido de la democracia cristiana y de cierto conservadurismo. Esta será, de hecho, una contradicción permanente en el seno del neoliberalismo de corte alemán, por cuanto su defensa final de la competencia trae aparejada unas consecuencias nocivas para la armonía social, las cuales, no obstante, intentarán ser suavizadas a través de la proposición de ciertas políticas conducentes a una “competencia más sana”, como veremos al abordar la Economía *Social* de Mercado.

Así las cosas, el mercado ya no es un foro “neutro” de *intercambio*, sino un espacio activo de *competencia* en el que el reformismo social sólo puede existir a expensas de ésta. El rechazo a la intervención económica del Estado se yergue así como condición de necesidad de la competencia como ideología, una de las características, como analizaremos, del *modelo económico competitivo* que formularemos en la tercera parte.

Ahora bien, los neoliberales, si bien tomarán de Spencer la defensa a ultranza de la competencia, no recaerán en la ilusión naturalista de éste al no dar relevancia adecuada al Estado y a su capacidad de asegurar la propia competencia desde el Derecho. Los

neoliberales despojarán de todo naturalismo al spenciarismo, y tomando el núcleo de su tesis, lo intentarán defender mediante la toma de conciencia de la necesidad de la intervención jurídica. Como dice Bonefeld al respecto: “la misma existencia del Estado como una institución distinta de la economía implica la intervención estatal. El problema no es si el Estado debe o no debe intervenir, sino el propósito, el método y la finalidad de la intervención estatal”.¹⁴³

A esa intervención a través del marco jurídico para asegurar las condiciones en las que se desenvuelve el libre mercado y la competencia a él aparejada, los ordoliberales le otorgarán, generalmente, el nombre de “política(s) de ordenamiento”, como hemos indicado. Si partimos del hecho de que la competencia no se garantiza por sí misma (rechazo al naturalismo y al automatismo del *laissez faire*), sino que necesita una organización político-económica racional determinada, ésta ha de ser controlada y diseñada por quienes sí creen en la competencia, para hacer dicha organización funcional a su mantenimiento. Esa funcionalidad al servicio del orden de mercado, en tanto éste es orden debido a su artificialidad (el orden hay que construirlo), es lo que se canalizará a través de la política de ordenamiento, es decir, de la política encaminada a construir y preservar el mercado como orden económico garantizado por el orden político-social.

2.2.- La política de ordenamiento: hacia la construcción del marco jurídico ordoliberal

A priori, los ordoliberales distinguen entre *marco* y *proceso*, es decir, entre lo que propiamente constituiría el andamiaje jurídico previo y necesario (marco) y las actuaciones de los agentes privados en desarrollo de sus potencialidades de acuerdo al principio de competencia (proceso). El marco se refiere, por tanto, al conjunto de intervenciones jurídicas del Estado sin las cuales no podrían darse las condiciones mínimas del libre mercado, conjunto que ha de ser institucionalizado y que, con ello, manifiesta una tendencia clara a la permanencia. Este será el concepto que utilizaremos con asiduidad a lo largo de la tesis y al que recurriremos con frecuencia cuando abordemos, en la segunda parte, la juridificación de la estabilidad presupuestaria en el *marco* de la constitución económica europea. Por su parte, el proceso se referiría a las intervenciones concretas, amparadas en el marco previo, de los poderes públicos y sus

¹⁴³ BONEFELD, W., “Freedom and Strong State...”, op. cit., p. 638.

mecanismos para permitir y fomentar la libre competencia, o para frenar y modular sus externalidades negativas. Las sanciones, las directrices, las medidas concretas destinadas a paliar coyunturas determinadas... entrarían dentro de este “proceso”, de este conjunto de políticas reguladoras diarias que encuentran amparo, a su vez, en el conjunto normativo que les da cobertura. En este sentido, cuanto más perfecto, completo y funcional al mercado (o a la concepción originaria que se tiene de éste) sea la política de ordenamiento, menor necesidad existe de que se lleven a cabo las políticas o medidas concretas del poder regulador, puesto que la competencia desplegaría sus efectos de manera más efectiva y “pura”. *Mutatis mutandis*, cuanto mejor institucionalizada esté la estabilidad presupuestaria en el marco de la Unión, menos falta hará la acción política concreta de sus instituciones y de los Estados miembros para la salvaguarda, coyuntural, del principio y sus objetivos. Así resume el economista Douglass North la relevancia del marco institucional a la hora de condicionar el funcionamiento económico:

A lo largo de la historia las instituciones han sido elaboradas por los seres humanos para crear orden y reducir la incertidumbre en los intercambios. En las constricciones normales de la economía, dichas instituciones definen el conjunto de las elecciones y determinan, por lo tanto, los costes de transacción y producción, así como, por este mismo motivo, la posibilidad de obtener un provecho y la posibilidad de comprometerse en una actividad económica. Las instituciones proporcionan la estructura de estímulo de una economía. Según el modo en que evolucione esta estructura, fija la dirección del cambio económico hacia el crecimiento, el estancamiento o el declive.¹⁴⁴

Así las cosas, la fe del ordoliberalismo en la implementación de un marco jurídico adecuado que posibilite la potenciación del libre mercado hasta sus cotas más perfeccionadas, hace que se rechace de plano la concepción keynesiana de los estímulos contundentes en la demanda agregada por parte del Estado, puesto que éstos evidenciarían la falta de efectividad del marco y su defectuoso diseño.¹⁴⁵ Si se actúa previamente en éste, el libre mercado se desenvuelve en óptimas condiciones para los ordoliberales y no hace falta modificar de base la demanda agregada. El marco jurídico es, pues, el núcleo esencial de la plenitud y efectividad de una economía de competencia.¹⁴⁶ El Estado se

¹⁴⁴ NORTH, D. C., “Institutions”, *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, n° 1, 1991, pp. 97-112.

¹⁴⁵ Röpke trató la incompatibilidad del keynesianismo con el ideario ordoliberal en dos ensayos sobre el autor británico, de 1946 y 1952, que pueden verse en RÖPKE, W., *Introducción a la economía política*, Madrid: Alianza Editorial, 1966, pp. 207-215.

¹⁴⁶ Curiosamente, Hayek, el más cercano al antiestatismo de Mises de los autores neoliberales, llegará a admitir la importancia del “marco” (*framework*) jurídico en la preservación del libre mercado, en una aseveración que vale la pena reproducir: “El principio fundamental del liberalismo como ausencia de la actividad estatal necesita una política que deliberadamente adopte la competencia, el mercado, los precios y su ordenamiento y utilice el marco legal ejecutable por el Estado con la finalidad de hacer la competencia

convierte, siguiendo a Maestro Buelga, en un mero productor de normas funcionales a unos intereses del libre mercado previamente establecidos.¹⁴⁷ Nos dice Röpke:

El mercado libre y la competencia de prestaciones no nacen, sin embargo, como afirmaba la filosofía del *laissez faire* del liberalismo histórico, por generación espontánea, como fruto del comportamiento absolutamente pasivo del Estado; no son, en modo alguno, un sorprendente resultado positivo de una política económica negativa. Por el contrario, son productos artificiales extraordinariamente frágiles, muy condicionados, que presuponen no solamente la existencia de una elevada ética económica sino también de un Estado que vele continuamente por el mantenimiento de la libertad de mercado y la competencia, por medio de la legislación, la administración, la jurisprudencia, la política financiera y su tutela moral, y espiritual, así como creando el necesario marco jurídico e institucional, dictando las reglas a que ha de ajustarse la lucha económica y vigilando su cumplimiento con insobornable firmeza.¹⁴⁸

No obstante lo anterior, los ordoliberales son conscientes que por muy estudiado que esté el diseño institucional y normativo (el “*ordo*” sociopolítico), éste siempre presentará una serie de grietas o fisuras por las que los agentes privados pierdan competitividad o potencien sus ya de por sí negativas externalidades, de ahí la necesidad que en todo momento propugnan de establecer mecanismos fuertes e independientes de control de la competencia y de sanción al mercado, como son las agencias independientes con potestad reguladora o el control financiero del sistema bancario que llevan, o deberían llevar a cabo, los bancos centrales. A pesar de la defensa ordoliberal de un Estado fuerte,¹⁴⁹ (“*Strong State*” fue popularizado en este sentido por Andrew Gamble a finales de los 70),¹⁵⁰ estos “procesos”, sin embargo, distan de la contundencia en materia económica de la concepción keynesiana, para la cual las intervenciones en la economía

lo más beneficiosa posible...[...] Consideramos que la competencia puede ser más efectiva y beneficiosa si se garantiza por ciertas actividades del Gobierno que sin ellas”. HAYEK, F., *Individualism and Economic Order*, op. cit., p. 110. La cercanía de Hayek a los ordoliberales fue, con todo, manifiesta, y publicó en numerosas ocasiones en la revista *Ordo* de Eucken, al que no dudó en denominar como “el pensador alemán más importante del último siglo”, en GERBER, D., “*Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism...*”, op. cit., p. 39.

¹⁴⁷ MAESTRO BUELGA, G., “*Constitución económica e integración europea*”, op. cit., pp. 89 y ss.

¹⁴⁸ RÖPKE, W., *La crisis social de nuestro tiempo*, Revista de Occidente, Madrid, 1956, p. 293.

¹⁴⁹ Sería interesante, al respecto, ahondar en la posible influencia de Carl Schmitt en parte de los postulados ordoliberales. La defensa de un Estado fuerte, frente a la debilidad del liberalismo puro decimonónico, sería una constante en autores como Röpke y Müller-Armack, con la especificidad que desarrollamos, no obstante, en la tesis. TOENNIES, S., hace referencia a la influencia schmittiana, al menos en la acuñación de los términos, en, “*Nachwort: Die liberale Kritik des Liberalismus*”, RÜSTOW, A., *Die Religion Der Marktwirtschaft*, Berlín: LIT Verlag, pp. 194 y ss. Cit. en BONEFELD, W., “*Freedom and Strong State...*”, op. cit., p. 650.

¹⁵⁰ Anthony Nicholls ha analizado este concepto, sobre todo a la luz de las contribuciones de Röpke. Cfr. NICHOLLS, A., *Freedom with Responsibility*, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 48 y ss.

serían tan fuertes que cambiarían la misma demanda agregada.¹⁵¹ Para los ordoliberales de lo que se trata es de reforzar el Estado frente a la atomización que supondría una posible dejadez en la configuración del marco jurídico pro-mercado.

Esa serie de elementos jurídicos *ex ante* conforman la(s) política(s) de ordenamiento, uno de los núcleos esenciales de la doctrina ordoliberal, que a su vez puede dividirse en políticas formales y materiales¹⁵². Así, las formales irían destinadas a establecer las reglas del juego económico, a instaurar, siguiendo la metáfora ya manida, el código de circulación del libre mercado para que este funcione con seguridad. Las materiales, por el contrario, estarían dirigidas a proporcionar la infraestructura, *latu sensu*, necesaria para que los agentes privados desenvuelvan más y mejor sus potencialidades. Los equipamientos (redes de transporte, energía, puertos...), la educación que forma al futuro trabajador (del sector privado) o, incluso, el fomento de nuevas subjetividades (“masaje de las almas”, lo llamaba Erhard),¹⁵³ estarían dentro de estas políticas de ordenamiento materiales sin las cuales el mercado no podría operar, y que en la Alemania de posguerra cobraron especial relevancia en la *praxis* ordoliberal (no tanto en la teoría), debido a la previa devastación de los medios de producción.

La relevancia de este último tipo de políticas es obvia para el desarrollo de cualquier sistema capitalista desarrollado. Como apunta Carlos de Cabo, sin una intervención material previa del Estado en sectores donde el libre mercado no es eficaz, éste no podría siquiera existir con plenitud, pues dicha intervención es funcional a sus intereses. Los bienes que produce, por ejemplo, han de ser transportados por carreteras y redes de comunicación que el mercado por sí mismo no podría o no estaría dispuesto a afrontar, dada su naturaleza abierta e ilimitada y el coste de escala que poseen dichos canales. Los centros de enseñanza pública, que proliferaron precisamente al calor de la

¹⁵¹ GAMBLE, A., *The Free Economy and The Strong State*, London: Merlin Press, 1979. En la presente tesis preferimos no seguir esta terminología de Gamble, que puede llevar a confusión con la verdadera finalidad del ordoliberalismo y de lo que aquí se pretende explicar y analizar. En la obra de Gamble se parece deducir, además, cierto reduccionismo a la hora de entender la compleja situación de la categoría estatal en la obra intelectual del neoliberalismo. El ordoliberalismo, por ejemplo, no es sólo la defensa de un marco jurídico estable pro-mercado.

¹⁵² Röpke las llamará *konforme Sttatscingriffe* (intervenciones ordenadas del Estado).

¹⁵³ BONEFELD, W., acusa la importancia de Smith en este sentido: “La noción de Adam Smith de que la frugalidad y el carácter industrioso son fundamentales para la prosperidad de la economía liberal, es central en la postura ordoliberal y en la concepción de ésta de *la competición* como *deber público*, en “Adam Smith and ordoliberalism: on the political form of market liberty”, op. cit., p. 244.

industrialización,¹⁵⁴ son indispensables en la formación de los trabajadores, sin la cual las empresas y agentes privados no podrían desplegar sus intereses ni sus funciones más básicas. La socialización de buena parte de los costes de producción, muy por debajo de los intereses y ganancias privadas que ésta provoca, es consustancial al capitalismo.¹⁵⁵

A pesar de esta constatación, no es en las políticas de ordenamiento material donde podemos seguir el recorrido que estamos trazando en este capítulo. Las políticas formales, es decir, aquellas destinadas a establecer un marco jurídico necesario y funcional para el desarrollo de la competencia y el libre mercado, son las que aquí nos interesan. Es en la intervención jurídica del Estado para garantizar las condiciones de existencia del mercado, y no en su intervención material, donde encontramos el parámetro teórico de los presupuestos de los mecanismos de gobernanza económica de la Unión Europea y de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria, y esa intervención jurídica, ese marco pretendidamente apriorístico, el que centrará todos los análisis subsiguientes.

2.2.1.-La Economía Social de Mercado (ESM)

Si hay algo por lo que los ordoliberales son conocidos por un público más general es por ser los autores del concepto de “Economía Social de Mercado” (ESM), expresión consagrada en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE, en adelante) y, en no pocas ocasiones, verdadero mantra que se blande en debates políticos y académicos. Pero a pesar de ser un término manido, el significante no ha perdido su significado, ni su uso constante nos tiene que llevar a olvidar o a desconocer la elaboración teórica que subyace al mismo. Y si bien el artículo 3, como veremos con más detenimiento en la tercera parte de esta tesis, no desarrolla el término, su concepción puede servir de parámetro heurístico de análisis para todo el derecho originario europeo. Su inclusión literal en el articulado, y en uno de los preceptos que sirven de dintel para el derecho comunitario, pareciera así servir de reconocimiento casi histórico a la escuela de pensamiento que tanto ha influido en la construcción de la arquitectura económica comunitaria. Sobre esta cuestión

¹⁵⁴ La vinculación entre la revolución industrial, el capitalismo contemporáneo y los expedientes estatales de nacionalización como la educación o el ejército, ha sido magistralmente estudiada por GELLNER, E., *Naciones y nacionalismos*, Madrid: Alianza, 2008.

¹⁵⁵ DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, op. ct., y “Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 11, 2009, pp. 17-48.

volveremos en la tercera parte de la tesis, donde abordaremos la virtualidad de la fórmula en la constitución económica europea y su operatividad desde el TUE.

El origen del término en sí, por extraño que parezca, es algo sobre lo que la doctrina no es del todo pacífica. La génesis histórica de la *Soziale Marktwirtschaft* se difumina en los sesudos estudios académicos de la Alemania de la primera mitad del siglo XX, si bien sí parece estar claro que la primera vez que alguien utiliza en una publicación tal expresión es en 1947, cuando Müller-Armack¹⁵⁶ titula de este modo la segunda parte de su libro *Economía dirigida y economía de mercado*.¹⁵⁷ Erhard, conocedor de la obra y de la elaboración teórica que la precedía,¹⁵⁸ utilizaría este concepto como eslogan de la campaña, por parte de la CDU, de las elecciones de 1949...las primeras de la RFA.¹⁵⁹ La política económica del nuevo ministro de economía de la recién fundada república, y del partido que sería la clave, junto con el SPD, en la construcción ulterior del Estado y en su consolidación democrática, girará a partir de entonces en torno a tal concepto, elevado a los altares gracias al “milagro económico alemán”.¹⁶⁰ Otros términos, como el de “capitalismo social” acuñado por Werner Sombart o el de “liberalismo social” de Opitz, si bien constantes y presentes también en la posguerra, tendrían mucho menos éxito y al final quedarían subsumidos o soterrados por el de “Economía social de mercado” (ESM, en adelante), cuyo adjetivo “social” ayudó a amortiguar, además, al sector más socialista de la democracia cristiana.¹⁶¹

¹⁵⁶ El “primer” Müller-Armack llegó, no obstante, a ser cercano a las ideas económicas del III Reich. Vid. ZWEYNERT, J., op. cit., p. 13. Así lo prueba su publicación, *Staatsidee und Wirtschaftsordnung im neuen Reich*. Berlin: Jucnker and Duennhaupt, 1933. En el Max Planck de Heidelberg puede encontrarse un ejemplar.

¹⁵⁷ GOLDSCHMIDT, N., *Alfred Müller-Armack and Ludwig Erhard: Social Market Liberalism*, Friburgo: Walter Eucken Institut, 2004, p. 3 y ss. MÜLLER-ARMACK, A., *Economía dirigida y economía de mercado*, Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1963.

¹⁵⁸ Existe un relato, rayano en el mito y que en la actualidad no es considerado riguroso o convincente, según el cual Erhard habría elaborado antes de la Guerra el término y el concepto teórico de la “Economía social de mercado”, y que habría guardado toda la documentación al respecto para, tras la guerra, entregársela a Müller-Armack renunciando a su autoría. Así lo defiende, al menos, Günter Weiss en su autobiografía. Sobre el particular, GOLDSCHMIDT, N., op. cit., p. 4.

¹⁵⁹ Interesante al respecto el capítulo “Ludwig Erhard, The CDU and The Free Market”, p. 139 y ss, de VAN HOOK, J., *Rebuilding Germany: the creation of...* op. cit.

¹⁶⁰ ANDRES BOEHMLER, A. *El ideal cultural del liberalismo: la filosofía política del ordo-liberalismo*, Madrid: Unión Editorial, 1998, p. 32 y ss. Como ya hemos podido comprobar al citar a Hayek, esta editorial en España ha sido la que más promoción y apoyo ha otorgado a los autores neoliberales, ya sean los austro-americanos ya los ordoliberales alemanes.

¹⁶¹ Sobre la lucha en el seno de la CDU entre el sector conservador democristiano liderado por Adenauer, que apoyaba las ideas ordoliberales de Erhard, y el sector más izquierdista de los socialistas cristianos, puede verse VAN HOOK, J., *Rebuilding Germany: the creation of...* op. cit., pp. 146 y ss. Esta tensión se podía ya ver inscrita en el Programa de Ahlen de 1947, uno de los primeros ejes programáticos del histórico partido alemán.

Huelga decir, a fuerza de no caer en el puro nominalismo, que el concepto de la ESM no debe su contenido a la invención del término, sino que éste más bien viene a bautizar el corpus teórico-doctrinal anterior de la Escuela de Friburgo, de Röpke, Eucken...que, a su vez, hemos de enmarcar en el giro (neo)liberal de los seguidores de Rougier y Lippmann que se cristalizó en el famoso coloquio de París antes de la guerra.¹⁶² Armack le otorga una envoltura como nombre, siguiendo la línea de algunos amagos anteriores, y Erhard, simplemente, recoge el testigo para utilizar la ESM como lema en la famosa campaña electoral de 1949 que dará la victoria a la CDU. Y aquí se nos presenta de nuevo la necesidad de llevar a cabo otra diferenciación. Si bien para el público más general y para ámbitos no especializados la ESM histórica se suele identificar con las políticas alemanas de posguerra, con la “era Erhard”, ello constituye en sí una reducción significativa no sólo en el ámbito de aplicación, sino sobre todo, en el ámbito de conocimiento teórico. Al restringir la ESM a las materializaciones económicas de Erhard se olvida la construcción doctrinal del ordoliberalismo en torno al concepto, acotando lo teórico a lo fáctico y desconociendo la propia deuda de Erhard respecto a las formulaciones doctrinales previas, como él mismo reconocía.¹⁶³ Así pues, las características teóricas de la ESM distan de su posible materialización o no en la Alemania de posguerra, y han de analizarse de acuerdo con las formulaciones doctrinales de la escuela ordoliberal que tanto influyeron en la construcción de las bases sobre la que se asienta buena parte de la arquitectura de la Unión Europea, en especial desde Maastricht, y de los nuevos mecanismos de gobernanza económica, incluido, cómo no, el principio de estabilidad presupuestaria.¹⁶⁴

Las preocupaciones ordoliberales por el orden social, por las posibles consecuencias de una competencia descontrolada en la armonía de la *societas* y esta fe en aquella como mejor vehículo de la libertad y la dignidad humana, será lo que imponga el adjetivo de Social a la ESM,¹⁶⁵ y no, como a veces se tiende a creer, una concepción

¹⁶² Cfr. TRIBE, K., “Ordoliberalism and the Social Market Economy”, *The History of Economic Thought*, vol. 49, nº 1, 2007, pp. 155-156.

¹⁶³ ERHARD, L., *La economía social de mercado*, Barcelona: Omega, 1964, p. 295.

¹⁶⁴ Maestro Buelga comenta cómo en sí la ESM y sus caracteres teóricos no tuvieron el éxito esperado en la Alemania de posguerra, aunque sí en la construcción del proceso de integración europeo. En “Constitución económica e integración europea”, op. cit., p. 60. Hemos de recordar la importancia del ideario socialdemócrata en la época, encarnado en el ámbito alemán por el SPD, que se erigía como baluarte frente a las políticas ordo-neoliberales.

¹⁶⁵ BONEFELD, W., “Freedom and Strong State...”, op. cit., pp. 644-645.

socialdemócrata tendente al establecimiento de un sólido Estado Social interventor.¹⁶⁶ La ESM es, ante todo, Economía de Mercado en un orden de competencia establecido y protegido por el Estado.¹⁶⁷ Más que una “tercera vía” entre socialismo y capitalismo, la ESM del ordoliberalismo ha de ser entendida como un nuevo y diferente liberalismo, como una manifestación concreta del neoliberalismo iniciado con el giro conceptual, copernicano, del Coloquio Lippmann.¹⁶⁸

Siguiendo a Bonefeld, “el elemento social de la economía de mercado tiene un significado distinto. Este vincula la libertad de mercado con la responsabilidad individual, establecido para reconciliar a los trabajadores con la ley de la propiedad privada, promover el emprendimiento y salvar a la sociedad de sus estructuras proletarizadas. El significado del término social en la concepción de la economía social de mercado no se refiere entonces a la política de justicia social asociada con el Estado de bienestar. La política social tiene aquí el significado de permitir y alentar a los individuos a ser emprendedores auto-responsables”.¹⁶⁹ Lo Social queda subordinado en todo momento al Mercado, al que apenas otorga fuerza adjetiva. Las intervenciones del Estado en la economía no se derivarán, para los ordoliberales, de ese carácter social nominativo, sino de las necesidades de garantizar el orden de mercado.

Así pues, el ordoliberalismo de posguerra girará en torno a dos grandes ejes, indistinguibles entre sí, como son la asunción de la necesidad de las(s) política(s) de ordenamiento y su encuadramiento en un contexto de Economía Social de Mercado (ESM) donde se proteja a la competencia desde el marco jurídico prediseñado en el seno del Estado frente a tendencias “colectivistas” o prácticas colusorias que ahoguen la

¹⁶⁶ Este error persiste en algunos análisis académicos, quizá por la extensión y poca delimitación que ha alcanzado el concepto de Estado social, en sentido fuerte, en nuestros días. El equívoco puede verse, por ejemplo, en la interpretación un tanto *sui generis* que hace WAGENKNECHT, S., *Freiheit statt Kapitalismus* (“Libertad en lugar de capitalismo”), Frankfurt: Eichborn, 2011. Autores como TRIBE han advertido de la necesidad de explicar el significado real de la ESM lejos de las interpretaciones comunes que se han impuesto al calor de la consolidación de la UE y que asemejan aquella a la llamada “tercera vía” de Giddens. Vid., TRIBE, K., *Strategies of Economic Order: German Economic Discourse, 1750-1950*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 205. Por nuestra parte, hemos intentado aclarar el concepto para la doctrina Española, en MORENO GONZÁLEZ, G., “La Economía Social de Mercado: el polémico concepto de la constitución económica europea”, en GARCÍA GUERRERO, J. L., (Coord.), *Constitucionalizando la globalización*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 791-810.

¹⁶⁷ La reforma de las pensiones de 1957, que caminó con el apoyo de los sindicatos y de la socialdemocracia hacia un modelo más cercano al Estado social, y contra la que Erhard se opuso, supuso para éste un gran ataque a la idea de ESM. Para ZWEYNERT fue, de hecho, el principio del fin de la coherencia ordoliberal ideales-praxis, ZWEYNERT, J., “The concept of Ordnungspolitik through the lens...”, op. cit., p. 14.

¹⁶⁸ VATIERO, M., “The Ordoliberal Notion of Market Power: An Institutional Reassessment”, *European Competition Journal*, nº 6, 2010, pp. 689-707.

¹⁶⁹ BONEFELD, W., “Freedom and Strong State”, op. cit., pp. 646 y 647.

competencia misma. Como diría Foucault, siguiendo su clarividente intuición, el cambio (neo)ordoliberal supone la “fundación legítima del Estado sobre el ejercicio garantizado de la libertad económica”.¹⁷⁰

2.3.-Los principios constituyentes: de lo contingente a lo necesario, o la *elevación a la indisponibilidad*

Como decimos, las políticas formales del ordoliberalismo han de establecer las condiciones jurídicas propicias para el desarrollo de una competencia lo más perfecta posible dentro de una economía de libre mercado. Sin embargo, a los ordoliberales se les planteaba la cuestión, nada trivial, de qué criterios utilizar para conseguir dicha funcionalidad y tales objetivos. La importancia que le daban a la institucionalidad y al Estado podía volverse en su contra de no mediar una serie de principios pretendidamente inalterables que toda concepción política debiera cumplir en cada momento. Porque, y de ello son conscientes, la idealidad del *ordo* neoliberal, del diseño jurídico-estatal en su relación con el mercado, no es irreversible, y menos en sistemas democráticos donde la alternancia es, *per se*, la sustancia legitimadora. De ahí que intenten asegurarse de que dichas condiciones aparezcan protegidas al más alto nivel jurídico, sin especificar aún el texto constitucional, aunque con claras referencias a ello. Los de Friburgo llamarían al conjunto de la constitución económica ordoliberal, es decir, al conjunto de las políticas formales de ordenamiento tendentes a crear un sistema de competencia económica, la “decisión base”, “decisión fundamental” e, incluso, “decisión total”, en una reminiscencia a Schmitt, suponemos inconsciente,¹⁷¹ que no deja de advertirnos de la relevancia dada a este aspecto.¹⁷² En la configuración del concepto serían especialmente determinantes las aportaciones de Franz Böhm, que definiría esa “decisión fundamental”, al referirse a la elección de la “constitución económica” (concepto sobre el que ya hemos hablado en la

¹⁷⁰ FOUCAULT, M., *Nacimiento de la biopolítica...* op. cit., p. 105.

¹⁷¹ Sobre la posible conexión entre algunas de las ideas de Carl Schmitt y los ordoliberales, puede verse HASELBACH, D., *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft*, Baden Baden: Nomos Verlag, 1991. Creemos no obstante infundada la relación, así como el intento de Haselbach de ligar ordoliberalismo con autoritarismo a través del concepto de “Estado fuerte”. Seguimos aquí lo defendido por ZWEYNERT, Z., op. cit., p. 7.

¹⁷² LAVAL C. y DARDOT, P., op. cit., p. 111. El término schmittiano “decisión total” puede encontrarse en EUCKEN, W., *Cuestiones fundamentales de la Economía Política*, Revista de Occidente, Madrid, 1947, p. 79.

introducción), como “una exhaustiva decisión (*Gesamtentscheidung*) acerca de la naturaleza y forma del proceso de cooperación socio-económica”.¹⁷³

Pero esa “decisión fundamental” que recoge el marco jurídico ordoliberal, para que sea funcional a los intereses de éste y, por ende, a los del libre mercado, ha de cumplir, respetar y hasta maximizar una serie de apriorismos sin los cuales el sistema mismo no cumpliría las condiciones mínimas que reúne todo orden de competencia. Es decir, existen una serie de principios sin los cuales un sistema jurídico dado, aun a pesar de sus buenas intenciones para con el libre mercado, no sería funcional a éste y no alcanzaría siquiera a existir como sistema de libre competencia. A estos apriorismos, a estas precondiciones inalterables, los ordoliberales les otorgan el revelador nombre de “principios constituyentes” (*konstituierende Prinzipien*). Cuanto menos curioso, se observará, ya que precisamente son los ordoliberales quienes proyectan cierto desdén, incluso teórico, para con la constitución formal. Al usar el término “constituyente” lo que pretenden es imponer una terminología propia de la constitución democrática pero que no se adecúa a la misma desde el marco ordoliberal, sino que es producto de una pura deducción de los autores de la escuela que esconde una opción ideológica y que es, por ende, eminentemente elitista.

¿Y cuáles serían esos principios sin los cuales no se daría un libre mercado basado en el orden de competencia? Siguiendo la división de Broyer,¹⁷⁴ serían seis: el principio de la propiedad privada, la libertad contractual, la responsabilidad de los agentes económicos, la estabilidad monetaria, la apertura de los mercados y...la estabilidad de la política económico-presupuestaria.¹⁷⁵

Éste sería el “núcleo indisponible”, tomando como referencia el concepto de Ferrajoli, en torno al cual debe girar toda economía ordoliberal de libre mercado y, por supuesto, las políticas de ordenamientos que se den en el seno de la ESM. El paralelismo con la construcción de jurista italiano no es baladí. Si para Ferrajoli, los derechos fundamentales o el respeto a la regla de la mayoría constituyen principios inmutables para cualquier sistema democrático, descartando que puedan ser incluso modificados en su

¹⁷³ Cit. en GERBER, D., “Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law”, op. cit., p. 44.

¹⁷⁴ Cit. en LAVAL, C., y DARDOT, P., op. cit., p. 111.

¹⁷⁵ Sobre tales principios, encuadrados en el marco general del concepto de “constitución económica”, puede verse GERBER, D., “Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law”, op. cit., pp. 47-48.

esencia por los propios medios democráticos (procedimentalmente hablando), para los ordoliberales, y en el campo de la economía, para que un sistema pueda llamarse de libre mercado y responda a sus características principales, los principios arriba expuestos deben estar al margen de cualquier vaivén político o económico, encontrando en su respeto absoluto la esencia del libre mercado. La correspondencia entre ambas visiones, la de la constitución política de la democracia constitucional y la de la constitución económica de la ESM del ordoliberalismo, es notoria. Siguiendo a Gerber cuando analiza este punto del pensamiento ordoliberal:

Si se está legitimado para preguntar si un gobierno en concreto actúa conforme a la constitución política, se está también para preguntar si dicha actuación es conforme a la constitución económica. Decisiones acerca del contexto legal del mercado deberían estar sujetas a la constitución económica del mismo modo que las decisiones políticas están sujetas a la constitución política. Como tales, ellas no podrían “interferir” en las operaciones del sistema de competencia porque son, por definición, consistentes con dicho sistema.¹⁷⁶

“Las reglas del juego”, para ser tales, han de estar fuera del propio juego y de las decisiones ordinarias de sus participantes. Han de situarse en un marco estable, que puede ser profundizado y perfeccionado mediante la “política de ordenamiento”, pero que debe siempre contener en sí los “principios constituyentes” como criterios rectores. Es más, cuanto mejor está construida la política de ordenamiento, es decir, cuanto más adecuado es el marco jurídico del “núcleo indisponible”, menos hacen falta las “políticas reguladoras” concretas o de coyuntura (*proceso*). Recordando la distinción hecha más arriba, éstas tendrían por fin corregir los mecanismos del mercado para ajustarlos a la competencia, mediante la intervención de autoridades reguladoras del mercado o de los propios gobiernos (anti-trust,¹⁷⁷ políticas anti-inflación, aplicación de las normas de competencia desleal, etc.), y operarían dentro de la política de ordenamiento (el marco jurídico estable donde se incrustan los principios indisponibles). Su utilización, aunque necesaria, no es permanentemente deseable, pues manifiesta las fallas en la eficiencia de

¹⁷⁶ Ibid., pp. 46 y 47.

¹⁷⁷ Las políticas anti-cartel, piedra clave de la Alemania ordoliberal de posguerra, se han de encuadrar en la arraigada tradición alemana de cartelización de la economía, que ya había comenzado con el régimen bismarckiano y que continuó en la República de Weimar con formas semi-públicas de control. Vid. GERBER, D., “Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism...”, op. cit., p. 28. El mayor especialista teórico dentro del ordoliberalismo en este sentido fue F. Böhm.

la política de ordenamiento, en la medida en que ésta ha dejado márgenes suficientes de actuación a través de los cuales los agentes económicos o sociales han podido intentar subvertir el “ordo” de la competencia y el mercado. El diseño jurídico de marco normativo-institucional que proyecta los principios constituyentes, la política de ordenamiento y el núcleo indisponible que protege, se yergue así como el baluarte de la economía de libre mercado. Como dice Röpke, mostrando todavía el tono moralizante que siempre lo caracterizó: “Un ordenamiento de competencia verdadera, justa, flexible en su funcionamiento, no puede funcionar sin un marco moral y jurídico bien concebido, sin una vigilancia constante de las condiciones que permitan a la competencia producir sus efectos como verdadera competencia de rendimiento”.¹⁷⁸

Así, siguiendo el interesante análisis de Foucault ya mentado al principio, el neoliberalismo cambiaría como criterio esencial el *intercambio*, que presidía las relaciones entre iguales en el seno del liberalismo clásico, por la *competencia*, cuyas condiciones de existencia han de ser garantizadas por el orden estatal. De este modo, según López Álvarez, “la cesura entre los ámbitos del mercado y del Estado es difuminada por una concepción que reconoce que la competencia surge sólo como efecto de una gubernamentalidad activa, base necesaria de la economía de mercado.”¹⁷⁹ La distinción entre Estado y Economía y, en lo que nos interesa, entre Derecho (constitucional) y economía de libre mercado, se flexibiliza. La convergencia de ambos binomios es ya asumida por un temprano ordoliberalismo y conscientemente estudiada por la Economía constitucional de Buchanan (segundo capítulo), de ahí la necesidad que apuntábamos en la Introducción de superar también nosotros, desde la disciplina constitucional, el temor a acercarnos a la regulación económica y no dejar la teorización jurídica de ésta al albur de las escuelas neoliberales y sus intereses.

En este sentido, la lógica de aplicación de los “principios constituyente”s ordoliberales es eminentemente jurídica. Los neoliberales alemanes dejan poco espacio para márgenes de apreciación políticos, pues son conscientes de que la construcción y salvaguarda de su edificio “ordo-económico” depende del cumplimiento de la política de ordenamiento, de su resguardo de los vaivenes cambiantes de las mayorías de turno, y de una siempre adecuada y funcional política reguladora concreta que adecúe las

¹⁷⁸ RÖPKE, W., *Civitas Humana*, p. 66. Cit. en LAVAL C., y DARDOT, P., op. cit., p. 113.

¹⁷⁹ LÓPEZ ÁLVAREZ, P., “Biopolítica, liberalismo y neoliberalismo: acción política...”, op. cit., p. 9, sobre el cambio producido en el seno del neoliberalismo según la teoría de Foucault.

condiciones económicas a los principios de competencia. Y todo ello, siempre, bajo la debida adecuación de los “principios constituyentes” que han sido establecidos para configurar un determinado modelo económico, y sobre los cuales tampoco cabe la discrecionalidad basada en criterios políticos. La juridificación de ámbitos otrora reservados a la política económica o su petrificación en normas que requieren procedimientos complejos, respondería adecuadamente así a los deseos ordoliberales, algo que con la Unión Económica y Monetaria europea podrá materializarse con relativo éxito, como veremos. Como diría F. Böhm, “el cuerpo de la doctrina de la filosofía económica clásica ha de ser traducido desde el lenguaje económico al lenguaje de la ciencia legal”.¹⁸⁰ Cuanto menores posibilidades de actuación y de modificación de la política marco por parte de los poderes constituidos, mejor. De lo políticamente contingente a lo jurídicamente indisponible, es decir, de lo democráticamente mutable a lo legalmente petrificado. Esta pretensión operativa es la que se desprende de buena parte del neoliberalismo y la que subyace a los planteamientos jurídico-constitucionales del ordoliberalismo alemán, de la Economía constitucional estadounidense y del monetarismo de Friedman, precisamente las tres grandes corrientes teóricas que apoyan y nutren académicamente la constitución económica europea. A tal pretensión la iremos denominando a lo largo de la tesis, y para los efectos que se deriven de la institucionalización de la estabilidad presupuestaria en Europa, como *elevación a la indisponibilidad*. Ya estudiaremos cómo los Gobiernos de los Estados, enmascarados detrás de las instituciones de la Unión, pueden impulsar junto a ésta procesos de “huida jurídica” que eleven a marcos de difícil control democrático los principios y mecanismos que rodean a la estabilidad presupuestaria como dogma neoliberal, de lo que se desprenderá una de las principales tensiones y fallas democrático-constitucionales de la juridificación de dicho principio.

Así, caso de una coyuntura económica desfavorable, de una crisis... ¿tienen cabida en el “ordo” neoliberal las políticas anticíclicas de corte keynesiano democráticamente adoptadas? Podríamos pensar, en un primer momento, que éstas se canalizarían a través de las políticas reguladoras, pero hemos de ser conscientes siempre que tales políticas han de estar permanentemente subordinadas al cumplimiento (jurídico) del marco indisponible, por lo que no podrían entrar bajo ningún concepto en conflicto

¹⁸⁰ Cit. en GERBER, D., “Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition...”, op. cit., pp. 45 y 46.

con éste, algo a lo que Böhm llamaría *Marktkonform*, “conformidad de mercado”, concepto también usado por Erhard.¹⁸¹ Como ya habíamos apuntado, el keynesianismo del Estado social, en sentido fuerte, no cabe en el marco conceptual del ordoliberalismo. Y como quiera que la intervención expansiva del Estado en la economía para garantizar la recuperación del ciclo económico, propia del Estado social de posguerra, choca abiertamente con la estabilidad monetaria y la presupuestaria al aumentar las tasas de inflación y el gasto público, la petrificación jurídica del núcleo indisponible ordoliberal la impide de manera clara y rotunda mediante la consagración del control presupuestario como uno de los principios rectores, algo en lo que Röpke hacía especialmente énfasis.¹⁸² No obstante, se evidencia aquí la similitud de la creencia ordoliberal en la salvaguarda a ultranza de una serie de principios económicos con la defensa contundente que de los principios mínimos político-democráticos lleva a cabo la construcción teórica de la democracia constitucional.¹⁸³ Si para Ferrajoli, la regla de la mayoría y el respeto de las minorías, o el conjunto de los derechos (más) fundamentales, no pueden sucumbir ni siquiera con el objetivo de su propia protección, para los ordoliberales, el núcleo indisponible de “principios constituyentes” de la política económica deben también ser respetados (jurídicamente) aun cuando su misma existencia se ponga en entredicho y cuando medidas contrarias a ellos pretendan, teleológicamente, restaurarlos en su esencia. Romper la ortodoxia para volver a ella no es asumible. Al contrario que en Gracián, el fin no justifica los medios.

Los ordoliberales alemanes confiaban, pues, en el diseño institucional y en el marco jurídico, presidido por lo que denominaban “principios constituyentes”, como las mejores herramientas para garantizar *sine die* el sistema de libre mercado. La política de ordenamiento, que a tal fin se configura, intentaría con ello revestir de la más alta indisponibilidad al marco jurídico y proteger aquellos criterios desde su petrificación a través de la juridificación por encima del vaivén de la política económica diaria. *Constituyentes* son en la medida, por tanto, en que no sólo inspiran e informan toda la actividad de los poderes constituidos, sino que se sitúan en una realidad apriorística por encima de éstos para dotarles, incluso, de la propia legitimidad de existencia que necesitan. Es decir, todo el entramado constitucional, toda la arquitectura institucional,

¹⁸¹ MIERZEJEWSKI, A., “Water in the desert? The influence...”, op. cit., p. 282.

¹⁸² *Ibid.*, p. 279.

¹⁸³ Cfr. SALAZAR UGARTE, P., *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2007.

deriva de su “adecuación” y funcionalidad a los principios constituyentes, que se alzan en el dogma infalible de cualquier institucionalidad. Pero no son constituyentes en tanto, como decíamos, no responden a una concepción democrática en su origen y existencia, sino a una mera elucubración teórica de una escuela de autores. La fe en su trascendencia se aleja de las ideas platónicas o del iusnaturalismo dieciochesco sólo en la medida en que la confección de los “principios constituyentes” responde a un acto deliberado y consciente (“la decisión fundamental”), no a un reconocimiento pasivo o inane de una realidad inmaterial previa a la existencia de los propios sujetos pensantes. Erhard, Röpke, Eucken o Müller-Armack se erigen en los demiurgos elitistas de un sistema sobre el que previamente meditan y que construyen con categorías que renuevan el liberalismo o que, directamente, lo reconfiguran. Y es que, en la senda liberal, los ordoliberales de posguerra entienden que hay materias sobre las que no se debe decidir en el curso ordinario de la democracia. Si el liberalismo es en teoría, y en gran medida, la doctrina de la limitación del poder desde unos apriorismos dados, los derechos del individuo y la propiedad privada, el ordoliberalismo seguirá su senda aunque concretando y petrificando aún más, con consciencia y voluntad explícita de ello, una serie de principios que no son susceptibles de ser debatidos o decididos por la mayoría democrática. Hay que tener en cuenta que en la época en la que los ordoliberales llevan a cabo su reflexión teórica las ideas socialdemócratas comenzaban a ser hegemónicas, y que la relevancia de algunos partidos como el SPD suponía, al tiempo, un baluarte frente a las pretensiones más neoliberales de los de Friburgo. De aquí podemos inferir parte de este miedo hacia la democracia que subyace a toda la construcción ordoliberal y, sobre todo, a sus terminológicamente paradójicos “principios constituyentes”. Sustraer del debate político ordinario determinadas materias para colocarlas en los altares inasibles de lo jurídico-técnico es su objetivo, sobre el que además apenas realizan una posible defensa de un poder constituyente democrático que lo establezca... este podría, simplemente, no ser del color o del ideario político tremolado por los ordoliberales. Así se expresaba Röpke:

La democracia debe estar cubierta por tales limitaciones y salvaguardas así como prevenir que el liberalismo sea devorado por la democracia. El hombre masa lucha contra la democracia liberal con el objetivo de reemplazar por la democracia iliberal.¹⁸⁴

¹⁸⁴ RÖPKE, W., *Against the Tide*, Viena: Ludwig von Mises Institut, 1969, p 97.

Objetivo que además se complementa y viene a perfeccionar, según sus propias creencias, el credo del liberalismo clásico. Todas las decisiones en materia económica tomadas por el gobierno deben respetar y adecuarse al marco jurídico presidido por los “principios constituyentes”, por lo que toda política económica ha de entenderse dependiente de una constitución económica, de unas reglas previas de difícil alteración *ab initio* para los propios gobernantes y para el mismísimo poder constituyente democrático, que son la mejor garantía del libre mercado. Como dice de nuevo Gerber:

Implementar el programa ordoliberal requiere una visión comprensiva de los sistemas legales, políticos y económico. Para los ordoliberales, todas las decisiones gubernamentales que puedan afectar a la economía deben proceder de la constitución económica. Enfatizan con asiduidad la necesidad de una “perspectiva política integral” (*Ganzheitsbetrachtung*) en la que cada decisión individual debe ser entendida como parte de un todo mayor desde el que recibe su significado y efecto.¹⁸⁵

El neoliberalismo de corte ordoliberal vendría de este modo a cerrar el espacio abierto por el Coloquio Lippmann y a superar al liberalismo clásico, por la perfección del nuevo modelo y por la mayor garantía y eficacia de los elementos que lo configuraban. Ahora, dirán, los postulados liberales están mejor garantizados, puesto que los derechos individuales sólo pueden desenvolverse en el clima de estabilidad que el marco jurídico ordoliberal proporciona con garantías suficientes de perdurabilidad. En esto coincidirán en parte con algunos de los postulados menos conocidos de la Escuela de Chicago que abandera una doctrina neoliberal más anglosajona y menos constructivista, seguidora en cierta medida de la división en el seno de Lippmann producida por los seguidores de Mises. Aunque los de Chicago centrarán sus esfuerzos en la reducción del papel del Estado en la discrecionalidad de la política monetaria y su constreñimiento a un ámbito inofensivo para el libre mercado, podemos llegar a leer en uno de sus más conspicuos representantes, Milton Friedman, lo siguiente:

El neoliberalismo aceptaría el énfasis liberal del siglo XIX en la importancia fundamental del individuo, pero sustituiría el objetivo decimonónico del *laissez faire* como medio para dicho fin, por el objetivo de un orden de competitivo (o de competencia). Ello buscaría usar la competencia entre productores para proteger a los consumidores de la explotación, la competición entre empleadores para proteger a los trabajadores y propietarios, y la competición entre consumidores para proteger los propios emprendimientos. El Estado garantizaría el sistema, establecería las condiciones favorables para la

¹⁸⁵ GERBER, D., “Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition...”, op. cit., p. 48.

competencia y prevendría el monopolio, proveyendo un marco monetario estable y aliviando así la miseria y la angustia.¹⁸⁶

Aunque luego los de Chicago replantearán sus esquemas teóricos y llegarán a admitir la bondad de ciertos monopolios para el libre mercado, distinguiéndose así de los ordoliberales, la concepción de la importancia de un marco jurídico indisponible por las mayorías políticas ordinarias, sostenido por el Estado y favorable a las pretensiones capitalistas, siempre será potenciada.

Siguiendo el ideario ordoliberal, éste podría venir a ser el corolario de la tensión permanente, por retomar el término que utiliza Pedro Salazar,¹⁸⁷ que existió a lo largo de siglo XIX (y aún después) entre el constitucionalismo y la democracia. El primero intentaría imponer a la democracia un “coto vedado”¹⁸⁸ o “núcleo indisponible” (si seguimos a Ferrajoli), que giraría en torno a los derechos fundamentales y el respeto de la propiedad privada y de la regla de la mayoría en la toma de decisiones, que constituirían así las precondiciones básicas de la democracia en un sistema constitucional (democrático). Ahora bien, la amplitud de ese coto vedado, de ese conjunto de elementos no susceptibles de decisión democrática, genera una serie de “tensiones” con la voluntad de la mayoría o con la posible pretensión teórica de ésta. En la medida en que existen una serie de materias vedadas y vetadas al juego democrático, éste, por su propia naturaleza expansiva, tiende a ponerlas en cuestión, cuando no a subvertirlas directamente. El conflicto paradigmático en este sentido es el de la naturaleza contra-mayoritaria de los órganos jurisdiccionales de control de constitucionalidad. Siguiendo a Waldron, desde el punto de vista puramente democrático es difícil imaginar que un órgano judicial o con naturaleza jurisdiccional pueda anular y corregir decisiones tomadas en los parlamentos, a veces con un gran respaldo social, cuando no directamente sancionadas por el cuerpo electoral.¹⁸⁹ El radicalismo democrático es, de acuerdo a la línea marcada por el propio Jefferson, adversario de la juridificación excesiva o de la petrificación constitucional que

¹⁸⁶ FRIEDMAN, M., “Nyliberalismen og dens Muligheter”, *Farmand*, n° 17, 1951. Cit. en BRENNETOT, A., “The geographical and ethical...op. cit., p. 37.

¹⁸⁷ SALAZAR UGARTE, P., *La democracia constitucional...op. ct.*

¹⁸⁸ Es la conocida y ya famosa expresión del profesor Ernesto GARZÓN VALDÉS. Puede verse “Algo más acerca del coto vedado”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, n° 6, 1989, pp. 209-218.

¹⁸⁹ *Inter alia*, WALDRON, J., “¿Puede haber una teoría del Derecho democrática?”, en MORA SIFUENTES, F. M. (Coord.), *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica*, México: Fontanara, 2017, pp. 237-284.

tanto gusta a un liberalismo centrado en la salvaguarda, a toda costa, de sus intereses o de los que pretende proteger. El constitucionalismo, como freno al poder de las mayorías y sus excesos, entra en conflicto con el principio democrático como medio a través del cual la ciudadanía ejerce soberanía. Ahora bien, que existan tensiones no quiere decir que sean en todo momento perjudiciales, pues como ya defendiera Bobbio, el conflicto y lo irresoluble, la tensión continua, es consustancial a cualquier sistema democrático. El constitucionalismo necesita de la democracia para legitimarse y dar cobertura a sus propios principios, y la democracia precisa de un marco en el que poder desenvolver su fuerza centrífuga sin deshacerse en el intento o en su propia materialización. La democracia constitucional como conjunto de dos bloques conceptuales complejos y antagónicos, pero necesarios e interdependientes, se erige en la respuesta conceptual a tamaño dilema. Como magistralmente expone Pedro de Vega:

El giro copernicano que en el constitucionalismo supone la ruptura histórica del formalismo burgués, se traducirá, entre otras cosas, en el hecho de que sean las propias Constituciones quienes, en un mundo social fragmentado en intereses irreconciliables, definan y establezcan los propios supuestos en que descansa su legitimidad. La normativa constitucional deja de ser entonces una normativa políticamente neutral. A partir de ese momento se abre el camino para que las Constituciones asuman la difícil misión de consagrar en un orden social descompuesto y con contradictorias pretensiones, los principios básicos en que el acuerdo común resulta obligado para poder establecer un mínimo orden de convivencia. Se configurarán de este modo zonas exentas a la discusión social y a la acción de cualquier poder constituido...¹⁹⁰

Empero, como en la lucha y el juego de contrarios de Anaxágoras, en ningún momento uno de los bloques conceptuales, una de las partes en juego y en conflicto, puede rebasar a la otra y ahogarla. El constitucionalismo no puede extenderse de tal forma que coarte o reduzca el margen de lo decidible y, al contrario, el elemento democrático no puede subvertir las reglas básicas de la Constitución en la que se desarrolla y vive.

Tal y como estamos exponiendo, el ordoliberalismo alemán viene a preestablecer jurídicamente una serie de condicionamientos económicos tales que limitan excesivamente el margen de disponibilidad política desde apriorismos artificiales e interesados. Como dice Maestro Buelga, con el ordoliberalismo se “produce una funcionalización de la política en esta nueva relación que invierte la que más tarde se

¹⁹⁰ DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Tecnos, 2000, p. 254.

construirá en el constitucionalismo social”.¹⁹¹ Que por encima de todo premie el respeto a la estabilidad monetaria o a la estabilidad presupuestaria, y dichos principios sean los que presidan toda la construcción política desde el inicio o, mejor dicho, antes incluso del comienzo, puede no ser compatible con la idea de una democracia avanzada donde opere en su más prístina expresión el pluralismo político.¹⁹² Siguiendo a Megay, Rüstow consideraba en este sentido el concepto de estado democrático como una competición entre intereses por el poder político y económico, que siempre tienden a subordinar el verdadero interés público.¹⁹³ Conscientes de la erosión que provocaban los cárteles en las funciones tradicionales del Estado, debilitándolo, los ordoliberalistas expanden ese temor no sólo al campo económico (donde pueda darse la concentración excesiva de capital), sino también al político.¹⁹⁴ Los grupos de intereses diversos y en ocasiones contrapuestos que pugnan en el seno del Estado democrático pueden llevar a éste a extremos intolerables que no permitan el libre desenvolvimiento de las funciones que el marco jurídico desplegado tiene encomendadas. Si, por ejemplo, los trabajadores industriales organizados en torno a sindicatos y partidos políticos no cesan de demandar mayor intervención al Estado en aras de proporcionar mejores condiciones laborales y sociales, el Estado mismo se desliga de su función de control y de mantenimiento de las condiciones de mercado, interviniendo en éste hasta hacerlo irreconocible y acabando con la libertad ínsita a sus mecanismos.

La pulsión (ordo)neoliberal por la garantía de la estabilidad a través de un marco predefinido que atenúe el conflicto político, cuando no directamente lo anule, responde a lo que con clarividencia Nils Gilman ha analizado bajo el concepto de “mandarines del futuro”. Partiendo de la teoría de la modernización, Gimán estudia cómo una intelectualidad (los mandarines), defendieron un proyecto pretendidamente tecnopolítico durante la posguerra y la Guerra Fría, con el objetivo de suavizar los conflictos políticos

¹⁹¹ MAESTRO BUELGA, G., “Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 8, 2007, p. 46.

¹⁹² MEGAY, E. N., “Anti-Pluralist Liberalism: The German Neoliberals”, *Political Science Quarterly*, vol. 85, nº 3, 1970, pp. 442 y ss. Como ahondaremos en la tercera parte, puede ser de utilidad la conclusión final de Megay: “el liberalismo no es necesariamente pluralista, y el pluralismo como doctrina normativa no es necesariamente liberal”, p. 442.

¹⁹³ *Ibid*, p. 434.

¹⁹⁴ La superposición del interés público, predefinido, sobre los intereses parciales de la sociedad que pudieran expresarse (por definir), se asemeja a lo que Glendon Schubert ha definido como “Teoría idealista del interés público”, que encuentra reminiscencias en la teoría de Estado de Rousseau. Vid. SCHUBERT, G., *The Public Interest*, Glencoe, III, 1960.

inherentes al perfeccionamiento de los mecanismos democráticos que se dieron en el seno del Estado social y sus demandas.¹⁹⁵

Uno de estos mandarines, Rüstow, afirmó transparentemente que “la tarea y el arte de las políticas democráticas constitucionales consiste en hacer que el pluralismo converja por debajo sin opresión y dentro de la unidad superior”.¹⁹⁶ Es en esa unidad superior donde la artillería conceptual de la teoría ordoliberal opera; es en su diseño donde encontramos la salvaguarda de los “principios constituyentes” que informan y nutren las políticas de ordenamiento, y es en esa unidad superior donde la estabilidad presupuestaria encontrará acomodo en el programa de la Economía constitucional, como tendremos oportunidad de ver en el siguiente capítulo. Una unidad superior que, adelantándonos a las conclusiones de la tercera parte, intentará anular la lucha de contrarios apuntada, las tensiones ínsitas en la democracia constitucional, a través de su exceso de juridificación mediante la *elevación a la inmutabilidad* de la política económica y presupuestaria.

La imposición dogmática y casi trascendente de los axiomas ordoliberales, realizada con anterioridad al poder constituyente y sobre éste, obligándole a consagrar sus principios y circunscribiendo todo el poder constituido al respeto *Deo optimo maximo* de tales reglas, choca frontalmente con la teoría democrática del poder constituyente y aun la del poder constituido. Y es que no sólo estaría en juego la capacidad soberana del pueblo de dotarse a sí mismo de las reglas que han de guiar su actuar político, sino el propio actuar de las instituciones que estatuyen en virtud de una limitación jurídica *ex ante* e indisponible *ex post*. Foucault no podría haber resumido mejor el giro copernicano que supone la irrupción del neoliberalismo y su variante ordoliberal en el análisis de la realidad jurídica y estatal, en la exégesis de la sociedad y de la institución del mercado pretendidamente aparejada a aquella: “Uno debe gobernar para el mercado, más que gobernar como consecuencia del mercado.”¹⁹⁷ Y es que para los ordoliberales, ante todo, la economía de libre mercado es una “práctica de gobierno”.¹⁹⁸ El giro (neo)liberal hacia el Estado se ha completado, la posibilidad de focalizarlo hacia la Constitución como norma ha comenzado.

¹⁹⁵ GILMAN, N., *Mandarins of the Future: Modernization Theory in Cold War America*, Johns Hopkins University Press, 2003.

¹⁹⁶ Cit. en MEGAY, E. N., “Anti-Pluralist Liberalism: The German Neoliberals”, op. cit., p. 436.

¹⁹⁷ FOUCAULT, M., FOUCAULT, M., *The Birth of Biopolitics: Lectures...op. cit.*, p. 121. 2008.

¹⁹⁸ BONEFELD, W., “Freedom and Strong State”, op. cit., p. 635.

CAPÍTULO II: EL GIRO DE BUCHANAN HACIA LA CONSTITUCIÓN

Antes de intentar remodelar la sociedad,
debemos adquirir conciencia de su funcionamiento.

Friedrich Hayek

1-El mercado como orden constitucional: hacia un nuevo paradigma contractualista

El profesor del Instituto Walter Eucken de Friburgo, Víktor Vanberg, ha llegado a definir el movimiento ordoliberal que acabamos de analizar como la búsqueda de “un orden económico deseable que pueda ser generado al crear una constitución económica apropiada”.¹⁹⁹ Efectivamente, el rechazo a la ilusión naturalista del liberalismo clásico y a su dejadez para con la configuración jurídico-estatal de los mecanismos del Estado que intervienen en el proceso económico, hace de los ordoliberales la primera escuela que, de manera integral, analiza el fenómeno del poder político desde parámetros economicistas o con la pretensión teórica, subyacente a todo su ideario, de subordinar éste a las necesidades e intereses preconcebidos del libre mercado, considerado como necesario en cualquier sociedad que se desee, pero no suficiente *per se* para su propia autorrealización. Derivados de esta toma de conciencia del papel que desempeña el marco jurídico, lo que aquí llamamos “el giro hacia el Estado”, se despliegan una serie de constructos teóricos que refuerzan la idea central de la importancia del adecuado diseño de lo jurídico, como las políticas de ordenamiento, la Economía Social de Mercado o los principios constituyentes que presiden holísticamente todas las elaboraciones intelectuales de los de Friburgo. La necesidad de un Estado fuerte que establezca las condiciones en las cuales el libre mercado pueda crecer y consolidarse desde el fomento de la responsabilidad individual y la competencia, no es óbice, como hemos comprobado, para la incorporación de férreos apriorismos que limiten su acción, siguiendo la tendencia del liberalismo por

¹⁹⁹ VANBERG, V., “The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism”, *Walter Eucken Institut*, Freiburg, 2004, p. 7.

la preocupación sobre la extensión del poder político. Así, las acciones del Estado en la economía sólo son válidas en la medida en que sean funcionales a las necesidades del mercado y de la competencia, y ello es además reforzado por la insistencia en los principios de estabilidad monetaria, de la propiedad privada y la subsidiaridad frente a las incursiones del Estado, o del de la estabilidad presupuestaria. El rechazo de los planteamientos keynesianos que emana del corazón de la doctrina ordoliberal coadyuva así a la *elevación hacia la indisponibilidad* de principios teóricos juridificados y pretendidamente inalterables que, lejos de las decisiones políticas diarias, puedan otorgar “solidez” al sistema y garantías suficientes de su funcionamiento.

De ahí que no extrañe la presencia continua del concepto de “constitución económica” en el ordoliberalismo, como ya hemos indicado, pues la construcción teórica de éste se basa precisamente en la configuración de aquélla como mejor salvaguarda para la existencia misma del libre mercado. No obstante esta insistencia en tal categoría, los de Friburgo nunca supieron centrar el objeto de la misma. Aunque hablaban continuamente de “constitución económica”, entendían ésta como un conjunto de órdenes, un tanto difuso, donde el *marco* jurídico era el actor principal, sí, pero donde al mismo tiempo la Constitución como concreta norma fundamental de un Estado pareciera estar ausente. Esa falta de referencias explícitas a la Constitución y al Derecho Constitucional que la envuelve, la explica y la interpreta, puede deberse, como apunta el mismo Vanberg, a la paradoja e incluso a la contradicción que recorre todo el ordoliberalismo, a saber: su preocupación por la limitación del poder político, pero la defensa al mismo tiempo de su fortaleza para implementar y consolidar el libre mercado.²⁰⁰ A este temor por trasladar sus propias tensiones doctrinales al seno de la Constitución como norma habría que añadir, quizá, la escasa formación constitucionalista que tenían la mayor parte de los integrantes de la escuela ordoliberal, mucho más proclives a análisis sociológicos, económicos e incluso antropológicos que a propiamente jurídicos, a pesar de su preocupación (desde la economía como disciplina, claro) por el Estado. Además, hemos de tener en cuenta las especiales circunstancias que siempre rodearon a la Ley Fundamental de Bonn desde su nacimiento, producto de una fuerte condicionalidad por parte de los Aliados y no dimanada, en este sentido, de una pura y democrática expresión del poder constituyente del pueblo alemán, podrían también

²⁰⁰ VANBERG, V., “Ordnungstheorie”, as Constitutional Economics- The German Conception of a “Social Market Economy”, en *Ordo: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, vol. 39, 1988, p. 24.

contextualizar esta dejadez ordoliberal a la hora de enfocar el blanco jurídico de sus construcciones. Por último, se ha de recalcar nuevamente que el ideario socialdemócrata propio del Estado social comenzaba a ser hegemónico en la posguerra, con partidos como el SPD que se erigían en verdaderos diques frente a los proyectos neoliberales, por lo que desde Friburgo se tendría también una fuerte consciencia de la imposibilidad de que tales proyectos gozaran de un potencial democrático suficiente como para verse defendidos en sede constitucional por la mayoría del pueblo alemán.

Sea como fuere, esta ausencia del análisis concreto de la Constitución como norma que se da en el seno del primer neoliberalismo, y más específicamente el que lleva a cabo el “giro hacia el Estado” que aquí nos interesa, será “rápidamente” suplida por la irrupción de una nueva vertiente neoliberal de estudios económicos, conocida como “Economía constitucional” (en adelante, EC) que, con el referente indiscutible y permanente del premio Nobel de Economía James M. Buchanan, recogerá el testigo de ese giro copernicano y lo centrará, ahora sí, en el análisis determinado de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico de un Estado. Para la EC la Constitución es el conjunto de reglas que “constituyen la organización del Estado y definen los límites dentro los que opera”²⁰¹, y entre los cuales, como veremos, destacan aquellos que se refieren a la intervención estatal en la economía. La EC centrará su análisis en el *marco constitucional* en la medida en que, como los ordoliberales, entienden que éste es indispensable a la hora de garantizar un determinado sistema o modelo económico (precisamente, el defendido en sustancia por los ordoliberales: el libre mercado y la competencia) que sea trasunto, a su vez, de una concepción holística de la sociedad y de los individuos (como los ordoliberales, la competencia como traducción de la libertad humana). De nuevo, siguiendo a Vanberg, tanto los de Friburgo como los que engrosarán las filas de la EC de Buchanan coincidirán, en esencia, en los puntos cardinales de sus respectivas construcciones.²⁰² Un enfoque constructivista de cómo ha de diseñarse el marco institucional más apropiado para el libre mercado lo comparten en sus ideas clave, aunque el ordoliberalismo sea al respecto menos sistemático y sin llegar nunca a focalizarse, como decimos, en el marco jurídico concreto de la Constitución normativa-estatal. De este “constructivismo” y de esta predisposición económica, se desplegarán en el seno de la EC las primeras defensas, y las más elaboradas dentro del neoliberalismo,

²⁰¹ *Ibid.*, 23.

²⁰² *Ibid.*, p. 27. Indica aquí Vanberg la revitalización que parece que ambos llevan a cabo de ciertas ideas de Adam Smith.

de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como límite jurídico a la expansión de la intervención (económica) del Estado. La influencia del giro copernicano ordoliberal es clara incluso en las propias palabras que usa Buchanan, que podrían ser perfectamente de Röpke o Eucken:

Entre nuestros miembros, hay algunos que son capaces de imaginar una sociedad viable sin el Estado... para la mayoría de nuestros compañeros, sin embargo, el *orden social* sin el Estado no es posible siquiera imaginarlo, al menos en un sentido normativo.²⁰³

La exégesis que realizamos aquí, más sucinta de lo deseada, no sólo es funcional a los objetivos de la presente parte de la tesis, es decir, la clarificación de los fundamentos teórico-constitucionales de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria, sino que además se considera también necesaria en la medida en que existe en el ámbito académico español una cierta dejadez a la hora de analizar el programa de la EC de James M. Buchanan y sus implicaciones en la teoría actual de la Constitución económica desde una renovada perspectiva individualista. A fortiori, la EC, tal y como aquí defendemos, se caracteriza por una pretensión de globalidad a la hora de explicar el orden social cuyo holismo implica, en cualquier análisis que se pretenda de sus postulados, un acercamiento a la totalidad de su teoría, desde los fundamentos mismos de los que parte hasta los presupuestos doctrinales que la acompañan. Así podremos ver, más nítidamente, las raíces teóricas de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria desde el interior mismo de la primera escuela de pensamiento que abierta y decididamente apostó por ella.

²⁰³ Cit. en MIROWSKI, P., y PLEHWE, D., *The Road from Mont Pèlerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective*, op. cit., p. 5. La cursiva es nuestra.

1.2.-El modelo contractualista de Buchanan: el miedo hacia el Estado desde la Constitución²⁰⁴

Si, como hemos desarrollado hasta ahora, el neoliberalismo implica un giro copernicano radical en la consideración del Estado desde su irrupción en el partaguas del Coloquio Lippmann, no ha de extrañar que el mismo no sea ajeno al renovado interés que despierta en los años 70, y al calor de la obra “Teoría de la Justicia” de John Rawls, el neocontractualismo.²⁰⁵ En la medida en que cualquier concepción holística de la realidad social que se pretenda necesita de una explicación (y una justificación) coherente, desde su interior, del origen mismo de la sociedad y el poder político que la articula, la EC necesitó dotarse también de una hipótesis fundacional de partida y lo hizo, en medio de las críticas suscitadas por la obra de Rawls, desde el contractualismo, teoría que presupone siempre un pacto fundante de la sociedad entre los miembros que la componen en un momento previo al establecimiento del poder político. Este pacto, no obstante, no se predica nunca de una realidad dada y fehacientemente descrita, sino de una hipótesis que sirve para proyectar, desde su apriorismo en cierta medida ahistórico, proposiciones normativas (“una mera idea de la razón”, en términos kantianos).²⁰⁶ De aquí se desprenden algunas de sus más destacadas críticas, como la que enarbola, creemos que convincentemente, el filósofo conservador Julian Freund, crítica que recoge Gambiesca: “En vez de fundar lo político en la sociedad, según su intención primaria, fundan la sociedad en el modelo de lo político o, más bien, en una cierta concepción política; con otras palabras, esas teorías toman como fundamento aquello que justamente debe ser fundado.”²⁰⁷

Las teorías contractualistas sirven así de parapeto teórico-abstracto para la defensa de modelos alternativos de sociedad, como ya sirvieron de tal modo en los autores del contractualismo clásico (Thomas Hobbes, Kant o Locke), donde se partía siempre del

²⁰⁴ Hemos analizado más detenidamente la teoría filosófica que subyace a los planteamientos constitucionales y jurídicos de Buchanan en MORENO GONZÁLEZ, G., “La teoría de la constitución en James Buchanan: hacia un modelo de Economía constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 177, 2017, pp. 57-88.

²⁰⁵ Cfr. VALLESPÍN, F., *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Madrid: Alianza Editorial, 1985.

²⁰⁶ BRENNAN, G. y BUCHANAN, J. M., *El poder fiscal. Fundamentos analíticos de una constitución fiscal*, Madrid: Unión Editorial, 1987.

²⁰⁷ GAMBIESCA, C., *Liberalismo triste*, op. cit. 87 y 88. FREUND, J., *La esencia de lo político*, Madrid: Editorial Nacional, 1968. Gambiesca, que clasifica a los contractualistas como macro-árquicos, se olvida por completo de James Buchanan, que podría ser catalogado, según la clasificación del propio italiano, como contractualista micro-árquico. *Ibid.*, p. 112.

abandono voluntario del “estado de naturaleza” (momento previo al *Kratos*) por mor de una mayor seguridad o bienestar de los individuos que lo integraban y que ahora, conscientes de su decisión, establecían unas reglas mínimas de convivencia y una unidad/comunidad política bajo la cual aquéllas debían regirse. El fundamento del nuevo poder descansaba así en el consenso de los futuros gobernados en torno a unas líneas que ni los propios gobernantes podían atravesar o conculcar.²⁰⁸

Estas características mínimas las comparte el neocontractualismo de los 70 en el que se incardinará Buchanan y que es inaugurado, como decimos, por la obra de Rawls en 1971. En su caso, el marco teórico contractual le sirve de justificación en el intento de construir un modelo donde los ideales de libertad e igualdad alcancen un equilibrio a partir de una ilusoria situación de elección previa (*posición original*), en la que los individuos decidirían los fundamentos del orden político a través del desconocimiento sobre su propio futuro (*velo de la ignorancia*). La inseguridad de esta ignorancia conllevaría así la aceptación consensuada de mecanismos de redistribución de la riqueza al tiempo que permitiría consolidar las instituciones de defensa y protección de los derechos individuales.²⁰⁹

A esta aportación de Rawls, tendente a la justificación contractualista de un *Welfare state* nada ambicioso, le siguió la contestación pseudo-libertaria de Robert Nozick con su *Anarquía, Estado y Utopía* apenas tres años después, donde se defiende un contrato social fundado en las libertades individuales lockeanas sin margen alguno para la redistribución de la riqueza y donde el Estado es reducido a su mínima expresión.²¹⁰ Esta apuesta minarquista se produjo, además, en un contexto de inusitado interés teórico por el anarquismo en Estados Unidos²¹¹, donde tendrían cabida construcciones tan arriesgadas como las anarcocapitalistas de Rothbard.²¹²

²⁰⁸ PASTORE, M., “Neocontractualismo y liberalismo político: el acuerdo racional y sus críticas”, *Colección*, nº 17, 2012.

²⁰⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., *La teoría de la justicia de Justicia en John Rawls*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

²¹⁰ NOZICK, R., *Anarquía, Estado y utopía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

²¹¹ HOGARTY, T., “Cases in anarchy”, en G. Tullock (ed.). *Explorations in the theory of anarchy*, Virginia: Center for Study of Public Choice, 1972, pp. 51-64.

²¹² ROTHBARD, M., *For a new liberty*. New York: Macmillan, 1973. Un análisis comparativo del libertarismo de Rothbard y los planteamientos neocontractualistas de Buchanan, en VANBERG, V., “James M. Buchanan’s contractarianism and modern liberalism”, en *Const Polit Econ*, 25, 2014, pp. 18-38.

Por su parte, Buchanan, que siempre se consideró a sí mismo, en su fuero interno, como un “nostálgico anarquista” consciente de las limitaciones reales de la teoría,²¹³ se incorporó a la arena del debate académico neocontractualista en 1975 con la publicación de *Entre la Anarquía y el Leviatán*, obra de sugerente título cuya elaboración contractualista ofrece el paraguas teórico de toda su doctrina y la justificación axiológica última de su defensa a ultranza de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria. Su visión, aunque comparta algunos puntos con la de Nozick y Rawls, se alejará decididamente en su elaboración final tanto de la socialdemocracia rawlsiana como del pseudo-anarquismo del primero, y entroncará en el giro neoliberal iniciado en el Coloquio Lippmann, seguido y perfeccionado por los ordoliberales, haciéndolo además desde una compleja elaboración teórica con pretensión de globalidad. El propio Buchanan, poco dado a los reconocimientos de bagajes o antecedentes, deja entrever algunas referencias indirectas a la obra de Lippmann en su obra.²¹⁴

El estado de naturaleza en el obra buchanaiana parte de los mismos presupuestos que los de Hobbes, de los pocos autores a los que el norteamericano sí le reconoce su influencia directa. La negación de derechos individuales previos a la existencia del Estado, es decir, anteriores al momento constituyente-convencional (pre-contractuales, por ende), se debe al reconocimiento de una “selva hobbesiana” donde la “anarquía” y la guerra de todos contra todos (*Homo homini lupus*), reinan por doquier. Ello le aleja de Locke y de Nozick, para quienes la existencia de un núcleo indisponible de derechos individuales es anterior al Estado y éste no ha de ser más que el instrumento funcional para su defensa. En cambio, en el estado de naturaleza de Buchanan, los individuos alternan sus funciones productoras, predatorias y defensivas con un coste elevado dada la inseguridad generalizada por la falta de *Kratos*, lo que a su vez deriva en una insatisfacción tal que sólo puede ser canalizada y superada a través de un pacto que acabe con la violencia y que posibilite, en consecuencia, que los individuos concentren sus esfuerzos en las funciones productoras y en los intercambios cooperativos y pacíficos.²¹⁵ Para Buchanan no obstante, y a diferencia de Hobbes, el contrato no crea la sociedad civil,

²¹³ BUCHANAN, J. M., “The machinery of freedom: guide to a radical capitalism, de David Friedman”, *Journal of Economic Literature*, 12, 1974, p. 915.

²¹⁴ BUCHANAN, J. M., *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, Madrid: Katz Editores, 2009, p. 238.

²¹⁵ PUY FRAGA, P., *Economía política del Estado constitucional. Fundamentos de la Economía constitucional*, Barcelona: Cedecs Editorial, 1996, pp. 84 y ss.

pues ésta ya existe previamente en la “selva” a través de un marco inestable donde son posibles los intercambios y donde, en ocasiones, los individuos pueden llegar a desplegar eficientemente sus potencialidades. Este matiz no es baladí, pues posibilita que Buchanan traslade en su teoría las situaciones y las posiciones previas al momento contractual al objeto mismo de éste: las tendencias cooperativas que sobreviven a duras penas en el estado de naturaleza y que han podido crear una serie de privilegios, tendrán su incidencia en el diseño constitucional. De lo que se trataría sería de que el nuevo marco normativo nacido con la convención potencie las tensiones cooperativas que subyacen en el individuo durante su estadía en la “selva” y las traslade al objeto del acuerdo, creando con ello un marco jurídico que las proteja y donde puedan potenciarse los intercambios (competencia) sin necesidad de recurrir a la violencia y, directamente, proscribiendo comportamientos no cooperativos.²¹⁶

Si este reconocimiento de la situación previa al momento constituyente lo aleja de Hobbes, y su falta del mismo respecto a la existencia de derechos fundamentales lo separa de Locke y Nozick, la búsqueda de un ideal de justicia en la formulación del contrato, desde postulados individualistas,²¹⁷ lo acercará a Rawls.²¹⁸ Al mismo tiempo, y como veremos a continuación, la obsesión buchanaiana por la limitación de un Estado considerado siempre como un Leviatán al que hay que atar y constreñir dada su tendencia irredenta a la expansión, hacen de él en cierta manera un minarquista nozickeano. La extralimitación del Estado, piensa Buchanan, deviene siempre en tiranía y en conculcación de las libertades individuales protegidas en el contrato que emerge del momento constituyente, de ahí la centralidad del constitucionalismo a la hora de limitar la intervención estatal.²¹⁹

1.2.1.-El momento constituyente

Los altos costes que la inseguridad provoca en el estado de naturaleza buchanaiano y que impiden, como veíamos, que los esfuerzos individuales se centren en la producción y el

²¹⁶ PÉREZ BERMEJO, J. M., “Diferencias internas en la teoría moral de la justicia como acuerdo: Hobbes y Buchanan a propósito de la igualdad”, *Revista de Filosofía*, nº 24, 2000, pp. 217-245.

²¹⁷ Buchanan siempre intentó que su modelo estuviera exento de consideraciones valorativas ajenas a los procedimientos de decisión misma, de ahí su rechazo de los ideales-tipo y del constructivismo, algo que comparte con Hayek.

²¹⁸ BUCHANAN, J. M., *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, op. cit., pp. 253-254.

²¹⁹ Cfr. BUCHANAN, J. M., *La razón de las normas*, Madrid: Unión Editorial, 1987.

intercambio, con lo que ello aumentaría el bienestar, provoca que la masa de individuos precontractuales se vean impelidos a llegar a un pacto de desarme por el que renuncian a la violencia y a la guerra de todos contra todos. El momento constituyente que crea un nuevo orden normativo de convivencia se ve como necesario para potenciar las habilidades individuales y los deseos de intercambios cooperativos que ya se daban con esfuerzo en la “selva”. De esta última realidad se desprende el hecho de que las negociaciones durante ese momento constituyente no se den entre iguales, ficción que sí contemplan Hobbes o Rawls, ya que el “estado de naturaleza” ha permitido, en cierta medida, que los individuos desplieguen sus capacidades y éstas son, *per se*, diferentes en alcance y entidad.²²⁰ Las aptitudes naturales de cada uno han podido desarrollar mejor una u otra función (la predatoria mejor que la productora, o viceversa) y ello ha creado una cierta “sociedad civil” cuyos miembros pueden manifestar intereses contrapuestos dadas sus diferentes situaciones de partida. La igualdad sólo podría ser impuesta, entonces, por el acuerdo constituyente de manera artificial. Como dice el economista norteamericano: “vivimos en una sociedad de individuos, no de iguales”²²¹.

Es más, y esto es esencial en el planteamiento buchaniiano, como quiera que existen esas diferencias naturales de partida consolidadas durante el “estado de naturaleza” y que ahora se muestran en la mesa del momento constituyente, éste nunca podrá nivelar a los individuos hacia la igualdad a menos que rompa con el consenso y que fuerce a los más privilegiados a renunciar a sus beneficiosas posiciones. Pero si se rompiera el consenso, el momento constituyente se convertiría en un acto de opresión de las mayorías de desfavorecidos contra las minorías de privilegiados, y ello atentaría contra la esencia misma de la libertad individual. La “distribución natural” de capacidades, siguiendo a Bush y Mayer,²²² desplegada en el juego de la selva hobbesiana mediante la cooperación o la coacción, imposibilita de este modo cualquier acuerdo redistributivo de alcance.²²³ Pero si ambas partes, los que por un lado quieren cambiar la situación de partida por considerarla injusta al no estar ellos mismos incluidos entre los beneficiados, y los que, por otra parte, desean mantener el *statu quo* en aras de la salvaguarda de sus

²²⁰ Razonamiento parecido al de Buchanan lo lleva a cabo ACKERMAN, B., *La Justicia Social en el Estado Liberal*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 37 y ss.

²²¹ BUCHANAN, J. M., *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, op. cit., p. 30.

²²² BUSH, W. y MAYER, L., *Some implications of anarchy for the distribution of property*, Virginia: Center for Study of Public Choice, 1973.

²²³ BUCHANAN, J. M., “Utopia, the Minimal State, and entitlement”, *Public Choice*, 23 (1), 1975, pp. 121-126.

privilegios, no cesan en sus demandas, la situación de desarme que se desea y pretende con la salida de la selva hobbesiana nunca se daría y la inseguridad continuaría. ¿Cómo, por tanto, desbloquear este juego de intereses? A través de la cesión y el acuerdo en el seno del consenso.²²⁴

No obstante, y para evitar paradojas como las del *dilema del prisionero*²²⁵, donde individuos se nieguen a ceder en sus pretensiones y deseen continuar con su predisposición destructiva al margen de lo acordado, el pacto debe ser lo más inclusivo que sea posible y basarse en la unanimidad. En aras de incluir en el pacto a los más desfavorecidos en la posición inicial, aquellos que querrían ver en él el instrumento de transformación social necesario de cara a una nueva igualdad, los más privilegiados se ven en la necesidad de ceder parte de sus pretensiones, admitiendo incluso la existencia de mecanismos de redistribución de la riqueza que, no obstante, nunca ni en ningún momento supondrían la reversión total de sus privilegios. Es más, al contrario, podría robustecerlos. Y es que en efecto, no sólo los elementos más disconformes se integrarían en el pacto sin dudar de su legitimidad, abandonando los medios violentos de depredación, sino que el reparto de la riqueza aumentaría el bienestar general y mejoraría la posición relativa de todos los individuos, incluidos, claro están, los que se mantendrían en las altas posiciones, al conservarse la desigualdad inicial pero sobre un eje de renovadas y ampliadas magnitudes.²²⁶

Este reconocimiento contractual de mecanismos de redistribución (débiles y muy limitados, como veremos) provoca la necesidad de abordar un problema ulterior: la gestión de los bienes públicos resultantes de la redistribución misma. Además, para Buchanan, no sólo ésta provocaría bienes públicos que habrían de ser administrados, sino también algunos monopolios naturales y las mismas funciones de protección y salvaguarda de los términos del contrato (aquí sí, Nozick coincidiría). La gestión de estos bienes sólo puede darse, por razones evidentes, en el momento postcontractual, una vez que el acuerdo ha establecido los medios y los cauces a través de los cuales han de ser

²²⁴ BUCHANAN, J. M., *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, op. cit., p. 38.

²²⁵ PUY FRAGA, P., op. cit., p. 107.

²²⁶ Se ha apuntado en numerosas ocasiones la funcionalidad del Estado social para con el aumento de los beneficios capitalistas, en la medida en que éstos no deben cubrir en el seno de aquellas necesidades básicas de los ciudadanos, como la salud o la educación, pero en cambio tales beneficios se derivan en buena parte de ellos. Cfr. DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, op. cit.

producidos. Y aquí surge el peligro: la necesidad de crear instrumentos de decisión sobre la producción y gestión de los bienes públicos puede hacer de éstos los medios a través de los cuales se revierta el equilibrio contractual mediante la extralimitación del Estado gestor. Tal es la preocupación de Buchanan sobre el diseño de los mecanismos de decisión post-contractuales desde el momento mismo constituyente fundado en la unanimidad, pues la expansión estatal podría conllevar nada más y nada menos que la reversión del acuerdo y de las posiciones de equilibrio mantenidas en él y, por consiguiente, la rapiña de las mayorías y la postergación de la libertad individual.²²⁷

1.2.2.-La unanimidad frente a la tiranía de las mayorías

Haciendo un pequeño excurso en el hilo argumentativo y anticipándonos brevemente a algunos de los planteamientos subsiguientes, podemos afirmar que Buchanan se sitúa indefectiblemente en la línea liberal y (ordo)neoliberal de la preocupación, casi patológica en ocasiones, por la posibilidad de extralimitación del Estado en sus funciones. Y en este caso, en las funciones que le son asignadas desde el “giro hacia el Estado”: la de ser garante de las condiciones del libre mercado en un orden de competencia. Aquí Buchanan coincidirá plenamente con los ordoliberales en tal subordinación del papel de Estado, pero llegará a ella a través de un camino teórico diferente, y diferente en la medida en que es necesario para la coherencia de su propio sistema de pensamiento. Mientras los ordoliberales defenderán una serie de apriorismos que, desde concepciones valorativas propias, tendrán que presidir por completo la nueva construcción teórico-práctica (como los principios constituyentes y las acciones conformes al mercado, *Marktkonform*), Buchanan intentará llegar a similares pretensiones pero desde el interior mismo del proceso de decisión del proceso constituyente y atendiendo a la Constitución como norma fundante, política y jurídicamente ordenadora.

En este sentido, en el seno de la EC el análisis del *decision making* será uno de sus campos de análisis más relevantes. La obra *El cálculo del consenso*, que Buchanan escribe junto a Gordon Tullock,²²⁸ y que presentará como objetivo la elaboración de una teoría individualista de la decisión colectiva (*an individualist theory of collective choice*), tendrá un gran impacto en las escuelas de economía y aún hoy se la reconoce como la

²²⁷ PUY FRAGA, P., op. cit., pp. 114 y ss.

²²⁸ BUCHANAN, J. M., y TULLOCK, G., *El cálculo del consenso*, Madrid: Aranzadi, 2015.

obra más relevante de la también conocida como *Public Choice*. En ella podemos encontrar, de hecho, la más prístina concepción de lo que la unanimidad supone para la EC. La esencia de la democracia, parafraseando a Kelsen, no residiría en el triunfo de las decisiones de la mayoría frente a las minorías, sino en el respeto *ad summum* de la voluntad de todos y cada uno de los miembros de la colectividad, pues sólo la unanimidad protege y respalda para los autores de la EC la libertad y los derechos del individuo. Aunque sólo sea una persona la que pudiera estar afectada por una decisión mayoritaria, si ésta fuera en contra de sus deseos y aspiraciones. la libertad, aparejada a sus derechos individuales, quedaría conculcada. La unanimidad es así el mejor freno frente a la clásica “tiranía de las mayorías”, temor que recorre todo el liberalismo y muy especialmente el norteamericano. Pero Buchanan va más allá y denuncia que la capacidad de las mayorías para decidir sin necesidad de consenso puede devenir en el regreso, aunque sea juridificado y postcontractual, a la selva hobbesiana. “Los más” pueden aprovechar su situación mayoritaria para, utilizando los mecanismos de decisión, arrebatar los bienes y los derechos a “los menos” y subvertir con ello el equilibrio alcanzado en el momento constituyente. Siguiendo al propio autor: “[las mayorías] le quitan bienes al individuo en contra de su deseo expreso. Se ejerce aparentemente sobre él una coacción similar a la que ejerce el matón que se lleva su billetera en Central Park”.²²⁹

Siguiendo esta lógica, el momento pre-contractual en el que se decide el pacto fundante de la sociedad ha de descansar en la unanimidad, y no sólo por favorecer el carácter inclusivo, y por ende legitimador, del nuevo orden normativo, sino también en aras de proteger los derechos y las libertades individuales. Este papel central de la unanimidad en la EC, que Buchanan reconoce debérselo en gran medida al teórico sueco Knut Wiksell,²³⁰ sirve además para desde el seno del *decision making* alejar la posibilidad de instauración constitucional de mecanismos de redistribución de la riqueza en sentido fuerte (elevada presión impositiva, vg.), en la medida en que éstos serían entendidos por los privilegiados que acuden al momento constituyente como técnicas coercitivas e ilegítimas de “rapiña”.²³¹ Al basarse el pacto en la unanimidad podrían, simplemente,

²²⁹ BUCHANAN, J. M., *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, op. cit., p. 74.

²³⁰ BRENNAN, G. y BUCHANAN, J. M., *El poder fiscal. Fundamentos analíticos...*, op. cit., p. 29, y BUCHANAN, J. M., *ibid.*, p. 68.

²³¹ De nuevo Spencer, por ejemplo, critica a los impuestos como mecanismos de expropiación injusta, como auténticos robos del trabajo individual y de los rendimientos que éste produce. SPENCER, H., *El individuo contra el Estado*, op. cit., p. 28.

vetar cualquier acuerdo en dicho sentido y salvaguardar con ello no sólo sus bienes, sino también en la perspectiva del individualismo metodológico de la EC,²³² su propia libertad.

Aquí podríamos seguir la famosa metáfora de Elster.²³³ La constitución de Buchanan se asemeja al Ulises atado en la medida en que la convención por la que se abandona la selva hobbesiana cristaliza el precompromiso de, efectivamente, alejarse de tal situación de caos, inseguridad e incertidumbre a través del respeto de los derechos de cada uno de los integrantes de la sociedad. Siguiendo a Buchanan y Brennan: “la condición necesaria para garantizar al individuo que el Estado nunca le originará perjuicios o daños, a la vez que esta garantía incluye a todos los ciudadanos en igual manera, es el requisito de que todas las decisiones del Estado se tomen mediante la regla de la unanimidad”.²³⁴ Claro que, aun siendo un criterio de referencia con pretensiones puramente teóricas para reforzar su hipótesis, no deja de constituir un absurdo el creer en la existencia misma de la unanimidad en cualquier circunstancia, pues el carácter conflictivo de lo político y de la democracia evita su conformación absoluta y pacífica. La unanimidad política del momento constituyente es un absurdo teórico, pero a Buchanan le sirve internamente como axioma para poder derivar la serie de silogismos y derivaciones que estamos explicando.

Como ocurre con Ulises en su famoso episodio de las sirenas, la supuesta unanimidad constituyente decide atarse a sí misma desde el inicio fundante a través de una nueva normatividad que anticipe los incumplimientos en tanto en cuanto éstos, de darse, pueden crear una nueva “selva” donde la ley se convierta en el nuevo instrumento de rapiña de “los más”, contra “los menos”. Siguiendo al propio Buchanan bajo el epígrafe de por sí sugerente y elsteriano de “La democracia desencadenada”: “la democracia puede convertirse en su propio Leviatán a menos que se impongan límites constitucionales y se los haga cumplir”.²³⁵ Límites desde la Constitución, férreos, indisponibles para el devenir político diario y, sobre todo, límites que han de ser aplicados

²³² Sobre el individualismo metodológico en la EC y en el pensamiento buchaniiano, puede verse VANBERG, V., “Methodological and normative individualism in The Calculus”, en *Public Choice*, nº 152, 2012, pp. 381-388.

²³³ ELSTER, J., *Ulises desatado: estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Barcelona: Gedisa, 2009.

²³⁴ BUCHANAN, J. M., *La razón de las normas*, Madrid: Unión Editorial, 1987.

²³⁵ BUCHANAN, J. M., *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, op. cit., 235.

y cumplidos en cualquiera circunstancia. Los “principios constituyentes” del ordoliberalismo resuenan aquí...

La tendencia inherente a la estabilidad y a la permanencia que la Constitución presenta, como norma misma ordenadora de la sociedad, la reviste de una eficacia y contundencia jurídicas que no se dan en otro tipo de instrumentos normativos, en la medida, además, en que cualquiera de éstos está subordinado a la misma Constitución. Así, la protección de los principios constituyentes que los ordoliberales deseaban llevar a cabo a través de su inmutable blindaje puede encontrar en el modelo constitucional buchaniense de la EC su mejor asidero, con la diferencia, como apuntábamos, de que la legitimidad de tal opción no se predica de valores externos al proceso de decisión, sino pretendidamente del proceso de decisión mismo. Y decimos bien, pretendidamente, pues la predilección a priori de la unanimidad como criterio de decisión... ¿no es en sí una externalidad al mismo proceso de decisión? De ahí que algunos autores, pertenecientes con mayor o menos intensidad a la EC como Musgrave, hayan visto en este planteamiento de Buchanan un carácter excesivamente conservador, al defender, a ultranza, la estabilidad de la *norma normarum* bajo tales parámetros.²³⁶

1.2.3.-Del *homo economicus* a la Administración despilfarradora

La elección de la unanimidad como criterio apriorístico, que aquí consideramos más valorativa que meramente descriptiva del *decision making*,²³⁷ descansa en efecto en una toma de posición que realiza toda la EC en favor del individualismo metodológico y, a fortiori, en favor también de una concepción *concreta* del comportamiento humano. El acercamiento a la praxeología no es extraño, de hecho, a los grandes autores neoliberales. Ya vimos sucintamente las férreas convicciones que sobre el particular tenían algunos ordoliberales desde postulados cristianos o, simplemente, ético-morales, algo que se notará también en la construcción de la categoría de la “catalaxia” en el universo hayekiano.²³⁸ No obstante, en el caso de la *Public Choice* la elección de cierto modelo de

²³⁶ MUSGRAVE, R. A., “Comentario a Brennan”, *Hacienda Pública Española*, nº 124, 1993, pp. 201-205.

²³⁷ Buchanan y Tullock, en *El cálculo*, reconocen ellos mismos que su análisis no está exento de posicionamientos valorativos. Vid. VANBERG, V., *Methodological*, op. cit., p. 382.

²³⁸ Bajo este término Hayek y Mises engloban el comportamiento de los elementos económicos bajo un orden espontáneo de mercado y libertad en el que, en ningún caso, se da la interferencia o la coacción pública.

explicación conductual será determinante en la configuración de todo el sistema, en tanto los individuos y su comportamiento no dejan de ser el objeto mismo en el que la teoría jurídico-económica de la EC se proyecta, y sobre el cual se erigirá el edificio constitucional.

Así, la EC seguirá el modelo de *homo economicus*, ya presente en buena medida en la escuela económica clásica, y lo trasladará al análisis constitucional desde el mismo paradigma contractual descrito, operación que no estará exenta de críticas.²³⁹ La idea de que el individuo se conduce únicamente y en toda ocasión por la maximización continua de sus intereses y beneficios y que, al mismo tiempo, se constituye en sí en un sujeto autónomo portador de la racionalidad necesaria²⁴⁰ para perseguir tales metas maximizadoras, no es ni mucho menos propia de la EC, pero será la EC quien más la potencie y quien la vincule a la dimensión de lo constitucional.

El ente autónomo y racional que es el individuo realiza, en consecuencia, una “función de preferencias” en la que éstas son sopesadas al albur de las posibilidades que ofrece la realidad circundante y realizadas en el interior, y bajo la protección, del marco normativo estable que las envuelve. A ello hay que añadir, además, que las proyecciones individuales que hacen los sujetos de sus “preferencias” son analizadas a la luz de la “concepción subjetiva del valor”,²⁴¹ donde el intercambio mismo es determinado por la valoración individual que de los bienes intercambiables o intercambiados se hace. Frente al “valor de uso”, utilizando la terminología del marxismo clásico, en el modelo de intercambio buchaniense se da el “valor de cambio” de manera continua. La función de preferencias se expande al valor mismo del objeto preferido y ello sume a la sociedad, en tanto acumulación de tales individuos y tales preferencias, en una complejidad difícil siquiera de analizar desde el prisma puramente teórico. Ello impediría, en consecuencia, cualquier dirigismo o planificación económica, en tanto en cuanto ningún ente sería capaz de conocer en tiempo real el valor subjetivo y la función que los individuos despliegan sobre sus propias demandas, acercándonos así²⁴² al modelo cataláctico que defendiera

²³⁹ PUY FRAGA P., op. cit., pp. 37 y ss. MITCHER, W. C., “The Calculus of Consent: Notes in retrospection”, en ROWLE, C. K., (comp.), *Democracy and Public Choice*, Oxford: Basil Blackwell, 1987.

²⁴⁰ En esta imputación automática de racionalidad apriorística Buchanan coincide con Rawls, que no deja de ser en el fondo también un individualista, a pesar de que parta del individualismo para llegar a objetivos y conclusiones diferentes de la de Buchanan y la EC.

²⁴¹ BUCHANAN, J. M., *Economía constitucional*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1993.

²⁴² Sobre las similitudes entre los planteamientos de Hayek y los de Buchanan, en análisis comparativo, Cfr. VANBERG, V. J., “James Buchanan’s contractarianism and modern liberalism”...op. cit.

Hayek frente al intervencionismo económico.²⁴³ No obstante, al contrario que la filosofía política de Hayek, Buchanan sí considera que pueden inferirse conscientemente, incluso constructivamente, un conjunto de normas constitucionales que regulen la sociedad, las cuales no tienen por qué darse como resultado involuntario de la acumulación de experiencias históricas, sino como elección consensuada que permita el establecimiento de un marco jurídico funcional a las preferencias del *homo economicus*.²⁴⁴

Pero, al igual que ocurre con su contractualismo, Buchanan y la EC tampoco consideran el modelo de *homo economicus* como descripción exacta de la realidad (¿dónde cabría, por ejemplo, la caridad de Francisco de Asís?), sino como hipótesis abstracta que, aproximándose a esa realidad, lejos de cualquier constatación empírica individuo a individuo, sirve de base sobre la que fundamentar sus postulados normativos.²⁴⁵ Todo mecanismo que, imponiéndose a los individuos (incluidas las minorías) les haga cambiar coercitivamente de preferencias y del valor subjetivo que proyectarían en un escenario de “libertad” sobre los bienes que desean intercambiar, sería un mecanismo antidemocrático y rechazable desde la EC. De ahí que el momento constitucional, donde se decide el marco de convivencia y, sobre todo, los medios a través de los cuales se tomarán las decisiones postcontractuales sobre los bienes públicos, necesite de la unanimidad como terapia contramayoritaria y como paraguas que legitime un marco jurídico potenciador de la maximización individual. Y es que, en tanto el Estado es incapaz de administrar las preferencias de los individuos, complejas, múltiples y diversas (ni siquiera podría un déspota bondadoso),²⁴⁶ el marco constitucional debe dejar a los individuos que sean ellos, de acuerdo a sus respectivas funciones e intereses, quienes establezcan los medios e instrumentos de cooperación voluntaria y maximicen ésta. El marco jurídico es funcional a la potenciación de los intereses individuales que libremente se intercambian en el mercado, como en el ordoliberalismo era funcional al orden de competencia. Buchanan, sin ser tan “constructivista”, no deja de tremolar el mismo objetivo y de defender el mismo sistema económico y, por ende, jurídico. De entre los conjuntos alternativos de contextos normativos, el norteamericano elige los que, de acuerdo con su modelo teórico contractual, mejor se adaptan a las exigencias de un

²⁴³ HAYECK, F., *Los fundamentos de la libertad*, op. cit., 85-90.

²⁴⁴ VANBERG, V. J., “James M. Buchanan’s contractarianism and modern liberalism”, *Constitutional Political Economy*, nº 25, 2014, pp. 24 y ss.

²⁴⁵ PUY FRAGA, P., op. cit., p. 43.

²⁴⁶ BUCHANAN, J. M., *Economía constitucional*, op. cit., pp. 121-125.

mercado de individuos autónomos, racionales y maximizadores de sus beneficios.²⁴⁷ Un Estado, y una Constitución, para y por el *homo econonimus* y la filosofía que lo envuelve, “dentro de los límites de reglas de acción generales”.²⁴⁸ Recordando a Herbert Spencer:

Las actividades sociales son el resultado colectivo de los deseos individuales, que procura cada cual satisfacer siguiendo el camino que le parece más fácil, según su hábito y pensamiento preexistentes, esto es, siguiendo la línea de menor resistencia. Las verdades de la Economía Política son simple corolario de esta ley.²⁴⁹

El contexto menos invasivo elegido, el menos interventor en la economía, no quiere decir que se acerque al minarquista de Nozick.²⁵⁰ La EC y Buchanan son muy conscientes de la importancia del Estado y la Constitución y de la necesidad de su existencia, y reconocen y hasta amparan la necesidad de que existan al tiempo mecanismos (débiles) de redistribución, funcionales a la legitimidad del momento constituyente y al aumento del bienestar social. Pero lo que propugnan, desde una óptica muy semejante a la ordoliberal, es un *Estado limitado en lo económico desde lo jurídico*, que asegure las condiciones en las que se desenvuelve el *homo economicus* (la competencia, en términos ordoliberales), las proteja y, al mismo tiempo, las blinde frente a alternaciones “arbitrarias” de las mayorías, aun (o especialmente) de las democráticas. Aquí no se distancian en exceso del liberalismo clásico en su preocupación por la limitación jurídica del poder político del Estado, pero incorporan el nuevo parámetro del fundamento económico de toda la operación, como hacían los ordoliberales; añadiéndole, por si fuera poco, un sustrato praxeológico. La lejanía de la “ilusión naturalista” del liberalismo clásico es aquí un hecho irrefutable, y “el giro hacia el Estado” del primer neo-ordoliberalismo, una consecución plena. La imposibilidad de que el reformismo social aparejado a la histórica dejadez liberal para con el Estado y la posible modulación integral de su constitución económica, se juridifica en la construcción buchaniana, irguiéndose la Constitución misma en la propia toma en conciencia de tales peligros gracias al parapeto de la unanimidad constituyente que aleja los peligros de la ingenua

²⁴⁷ PUY FRAGA, P., op. cit., p.170.

²⁴⁸ BUCHANAN, J. M., y TULLOCK, G., *El cálculo del consenso*, op. cit. p. 23.

²⁴⁹ SPENCER, H., *El individuo contra el Estado*, op. cit., p. 92.

²⁵⁰ Muy al contrario: “La lucha social puede surgir hasta en el Paraíso. [...] En cualquier mundo que podamos imaginarnos estará presente la posibilidad de conflicto interpersonal, y por ello existirá la necesidad de definir y hacer cumplir los derechos individuales” (BUCHANAN, J. M., *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, op. cit., pp. 46-47).

creencia en el *laissez faire*. Siguiendo al propio Buchanan: “En alguna medida, la reacción contra esta visión se debió al celo de aquellos que defendieron con demasiado entusiasmo el precepto central del *laissez faire*”.²⁵¹

El código de circulación, las reglas del juego,²⁵² vienen establecidas aquí en una Constitución que, como resultado de un proceso de decisión colectiva, proyecta el temor contramayoritario de la unanimidad originaria sobre todo el aparato estatal y sobre los mecanismos que permitirían a éste, en el devenir político diario, subvertir redistributivamente el equilibrio contractual.²⁵³ Ya vamos a ver que ello será la clave y fundamento primero de la defensa que la EC hará, desde pretendidos postulados teórico-jurídicos, de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como mejor remedo frente a la temida expansión del Estado en la economía.

Temor que además se amplía como consecuencia de la aplicación del modelo de *homo economicus* a la Administración pública, brazo ejecutor del Estado. Esta expansión del modelo, una de las operaciones teóricas más famosas de la EC y de la *Public Choice*, se efectúa en aras de salvaguardar el individualismo metodológico en el análisis del funcionamiento mismo del aparato estatal y de sus articulaciones.²⁵⁴ Lo que podríamos llamar como inmanentismo administrativo, que ya tenía una tradición arraigada²⁵⁵ como consecuencia de la expansión sin igual de la burocracia estatal en el siglo XX, viene a defender que, al igual que los individuos, las Administraciones persiguen maximizar sus intereses y beneficios. Y como quiera que las Administraciones están formadas, precisamente, de individuos, éstos tenderán a aumentar sus esferas de influencia con el fin de aumentar, al mismo tiempo, la protección y expansión de sus intereses, por lo que harán que la Administración siempre busque la superación de sus propios límites y tienda a una continua expansión presupuestaria y de gasto. La ampliación permanente de los recursos es lo que distingue al individuo que está al mando de la Administración, al

²⁵¹ Tras elogiar a un idílico primer constitucionalismo liberal que Buchanan siempre encuentra en las obras de los *Founding Fathers* federalistas, especialmente Madison antes de su conversión, o Adams y Hamilton, el Premio Nobel arremete contra el devenir liberal que acabó abrazando teóricamente la ilusión del *laissez faire*. En ese primer liberalismo ahora reinterpretado, Buchanan hace constante referencia, no obstante, a Adam Smith y la asunción por parte de éste de la necesidad de proporcionar un marco jurídico funcional al mercado y sus fuerzas, consideración ésta que venimos repitiendo respecto a la figura del economista escocés.

²⁵² VANBERG, V., “Buchanan’s contractualism...”, op. cit., p. 25.

²⁵³ BRENNAN, G. y BUCHANAN, J. M., *El poder fiscal. Fundamentos analíticos*, op. cit., p. 25.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 14.

²⁵⁵ TULLOCK, G., *The politics of bureaucracy*, Washington: Public Affairs Press, 1965. El crecimiento imparable del Estado es denunciado también desde la filosofía política por figuras como DE JOUVENEL en *Sobre el poder: historia natural de su crecimiento*, Madrid: Unión Editorial, 2011.

burócrata racional y maximizador, y ello siempre en tanto en cuanto refuerza sus propios intereses personales. Cuanto más presupuesto, más poder ostenta el burócrata, y las capacidades de satisfacer sus intereses personales (económicos, simbólicos o, incluso, ideológicos) se ven aumentadas. La Administración, el Estado, convertidos para Buchanan y sus correligionarios teóricos en una máquina permanente que tiende indefectiblemente a su propia expansión.²⁵⁶

A ello hemos de sumar la asunción que la EC hace de las teorías que defienden la propensión continua de los legisladores y gobernantes al aumento del gasto para así complacer a los electores,²⁵⁷ lo que conllevaría a su vez una mayor expansión de la Administración. Como de nuevo dice Spencer desde el corazón del liberalismo clásico: “es evidente que, a medida que aumenta la intervención gubernativa, más se robustece el pensamiento de su necesidad y con más insistencia se pide su extensión”.²⁵⁸ Para los teóricos de Virginia, los gobernantes, además, se dejan influir por los deseos del *establishment* burócrata gracias a la permanencia de éste en el tiempo y a su supuesto conocimiento de los resortes del Estado.

Se produce así la tormenta perfecta: por un lado la Administración está guiada por la maximización de los intereses del *homo economicus* que la dirige desde su interior y que se cristalizan en un aumento de su esfera de discrecionalidad a través de la expansión presupuestaria; y por otro, los gobernantes y legisladores que permanecen en lo alto de la pirámide administrativa o se ven tentados de aumentar los recursos de la Administración para contentar a los cambiantes intereses de sus electores o, directamente, son influidos (o incluso engañados) por la “clase” burócrata.²⁵⁹

¿Cómo, entonces, limitar desde el momento constituyente unánime la tendencia inherente de la Administración, necesaria *per se* para gestionar los bienes públicos de la redistribución consensuada, con el objetivo de evitar que ésta vaya más lejos de lo acordado? Buchanan reconoce que los instrumentos de restricción electorales, es decir, las elecciones, pueden servir para limitar la tendencia expansionista de la Administración a través de la sanción política de los gobernantes y su renovación. Pero, no obstante, son absolutamente insuficientes por dos motivos principales. En primer lugar, porque son los

²⁵⁶ ATKINSON, A. B., (1987). “James M. Buchanan’s contributions to economics”, *Scandinavian Journal of Economics*, 89 (1), 1987, p. 13, y PUY FRAGA, P., op. cit., pp. 273 y ss.

²⁵⁷ NISKANEN, W., *Bureaucracy and representative government*, Chicago: Aldine Transaction, 2007.

²⁵⁸ SPENCER, H., op. cit., p. 47. Y otra referencia en el mismo sentido, p. 65

²⁵⁹ DOWNS, A., *Inside bureaucracy*, Boston: Little Brown, 1967.

propios electores quienes, formando mayorías, pueden subvertir con sus deseos de redistribución la convención fundante y el equilibrio contractual inicial, llevando hasta el extremo los mecanismos de redistribución en su propio beneficio y poniendo en tela de juicio, con ello, la libertad y los derechos individuales ínsitos en el respeto de tal convención unánime. En segundo lugar, la propia institución de la elección periódica no favorece la moderación en el gasto y la correlativa expansión administrativa, por cuanto los plazos electorales son siempre (por exigencias democráticas básicas) excesivamente cortos y los gobernantes tienden a no velar por las consecuencias macroeconómicas a largo plazo de sus decisiones, en la medida en que los resultados de éstas pueden darse en otros periodos electorales con diferentes responsabilidades políticas mediante.²⁶⁰ La garantía de los derechos individuales, amparados bajo la (para nosotros inexistente) regla de la unanimidad, no estaría exenta de ser conculcada por mor de las mayorías sociales, que podrían poner “impunemente” a la Administración al servicio de sus intereses. De acuerdo con John Stuart Mill: “El interés del Estado está en una elevada presión fiscal; el de la comunidad, en pagar tan pocos impuestos como permita la cobertura de los gastos que necesita un buen gobierno”²⁶¹.

Por tanto, se necesita otro mecanismo que supere la paradoja de tener que gestionar unos bienes públicos a través de una Administración que tiende a su extralimitación y, al tiempo, garantizar la esfera de libertad individual que, según la EC, sólo alcanza su efectividad a través de la no intervención (abusiva) del Estado en la economía y la propiedad privada. Y ese mecanismo Buchanan lo encuentra en el diseño institucional de los instrumentos decisionales que administran esos bienes públicos a través de la capacidad del propio marco constitucional para desplegarlos desde su origen consensual. El camino para la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como dogma elevado a un espacio de indisponibilidad para la política ordinaria... está abierto.

²⁶⁰ BUCHANAN, J. M., *Economía constitucional*, op. cit., p. 199.

²⁶¹ STUART MILL, J., *Sobre la libertad*, Madrid: Edaf, 2001, p. 215.

2.-La limitación del poder presupuestario desde la Constitución en la EC

Una vez establecidas las bases conceptuales sobre las que ha de versar el objeto del proceso constituyente donde se vierte la unanimidad wickselliana, queda la tarea pendiente en la construcción de Buchanan de concretar las previsiones que, desde ese hipotético momento de respeto *ad summum* de la libertad individual y de la propiedad aneja a la misma, se proyectan sobre los mecanismos postconstitucionales de decisión política y de gestión de los bienes públicos.

Si, como sucintamente vimos, para autores como Carlos de Cabo la Constitución (del Estado Social) era el resultado de la integración del conflicto (de clase) en su texto,²⁶² y, para otros como Bobbio no era sino la plasmación del equilibrio de las seculares tensiones entre liberalismo y democracia,²⁶³ para Buchanan la norma suprema seguirá siendo un elemento de superación e integración de antagonismos binomiales, pero de naturaleza diferente. La tensión entre la necesidad de articular espacios de decisión postconstitucionales que pueden condicionar, influir y determinar la producción y administración de bienes públicos a través de una extralimitación de los mecanismos (administrativo-estatales) de redistribución, por un lado, y la de evitar a toda costa esta última por ser un ataque directo al equilibrio consensual del momento constituyente, por otro lado, convergen en el producto mismo de la decisión convencional originaria gracias a la instauración *ex ante* de instrumentos limitadores de la acción postconstitucional desde el propio seno de la norma constitucional.

Para ello Buchanan parte de una concepción muy similar a la de Rawls, en tanto los individuos, en la posición originaria y sin saber cómo se verían ellos mismos afectados tras la instauración de la autoridad política y el abandono de la “selva hobbesiana”, intentan por todos los medios que el pacto resultante neutralice los riesgos de su propio desconocimiento sobre el futuro, en una situación idéntica a la descrita por Rawls en su famoso concepto del “velo de la ignorancia” y que Buchanan denomina, quizá incluso con más acierto, “velo de la incertidumbre”. ¿Y cuáles son, precisamente, esos riesgos? Pues los derivados de la posibilidad de que el Estado, en el momento postconstitucional, revierta el pacto fundante, acabe con el consenso unánime y a través de la tiranía de las mayorías, lleve a cabo arbitrarios procesos de redistribución y “rapiña”. La instauración

²⁶² DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, op. cit.

²⁶³ BOBBIO, N., *Teoría general de la política*, op. cit., pp. 383-398.

de límites apriorísticos ante tal posibilidad se convierte así en una necesidad para los individuos privilegiados económicamente durante el proceso constituyente, de ahí que se recalque nuevamente la importancia que para el conjunto del modelo contractual tiene la consideración buchaniana de la existencia, previa al acuerdo originario, de la sociedad y del conjunto de relaciones a ella inherentes. La virtualidad de tal reconocimiento se extiende al texto constitucional en tanto éste intenta recoger, a fuerza de ser unánime su legitimidad, garantías para las diferentes situaciones individuales en juego.

La consagración constitucional de “cadenas” o “ataduras” para las futuras o futuras decisiones políticas postconstitucionales, siguiendo la metáfora elsteriana, se fundamenta de este modo en la operatividad del velo de incertidumbre y de la proyección que desde éste se realiza, *homo economicus* mediante, sobre los mecanismos que han de regir la administración de los bienes públicos y de los débiles instrumentos de redistribución necesarios, como vimos, para alcanzar el consenso. Ahora bien... ¿cuál ha de ser el alcance de tal proyección y, por ende, de los límites jurídico-constitucionales que se impongan al Estado y sus tentáculos administrativos?

2.1.-La “hipótesis Leviatán”

Lo que aquí vamos a llamar como “hipótesis Leviatán” no es más que la denominación de una perspectiva ínsita en el liberalismo clásico, desde Hume a Stuart Mill. En los prolegómenos de la Revolución Francesa, ante la posible aprobación de la Constitución de los Estados Unidos, *Publius* (¿Madison?) escribía algo que Buchanan siempre recordaría y que sobrevuela toda la teorización de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria²⁶⁴:

¿Pero qué es el gobierno sino el mayor de los reproches a la naturaleza humana? Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernarán a los hombres, sobrarían de igual modo los controles externos e internos al Gobierno. Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres para hombres, la gran dificultad reside en eso: primeramente, que hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados; pero la experiencia ha demostrado a la humanidad, no obstante, que se necesitan precauciones auxiliares.²⁶⁵

²⁶⁴ Como por ejemplo, puede verse BUCHANAN, J., “Notes on the liberal constitution”, *Cato Journal*, vol. 14, nº 1, 1994, p. 3.

²⁶⁵ *Federalist Papers*, nº 51.

O Stuart Mill, cuando el liberalismo alcanzaba su cota de madurez a mediados del siglo XIX:

El verdadero principio de un gobierno constitucional exige que se presuma que se abusará del poder político para alcanzar los objetivos particulares de quien lo detenta, no porque siempre sea así, sino porque ésa es la tendencia natural de las cosas, y en la protección contra esto radica la utilidad específica de las instituciones libres.²⁶⁶

Es decir, el Estado ha de ser diseñado presuponiendo previamente el abuso de sus mecanismos, y la sola naturaleza del Gobierno no es suficiente. Se necesitan esas “precauciones auxiliares” de las que nos hablaban los federalistas, sobre las cuales, Buchanan, dos siglos después pero con el mismo espíritu (neo)liberal de controlar el poder político, erigirá sus límites constitucionales. Límites que han de ser pensados sobre la posibilidad de que la “peor de las situaciones posibles”, de abuso y desvirtuación de la “esencia” mismo del poder, se den. Más prosaico, así se expresa: “Al restringir cualquier sistema de gobierno y fijar diversos frenos y controles de la Constitución, debe suponerse que todo hombre es un bribón y que sus acciones no tienen otro objetivo que el interés privado.”²⁶⁷

La Constitución ha de prever, ex ante, los *worst cases* y anticiparse a sus consecuencias con sólidos mecanismos tanto preventivos como sancionadores. La extralimitación del Estado, tendente posiblemente a la interferencia en el marco de la cooperación voluntaria que permite la potenciación de las libertades con las que opera el *homo economicus*, ha de merecer en todo momento un castigo que, previsto normativamente, evite indeseables desvirtuaciones en los libres intercambios contractuales (la competencia ordoliberal), en tanto en cuanto éstas devendrían en posibles constreñimientos de la libertad individual misma garantizada en el unánime momento constituyente.

Siguiendo el título de una de sus más famosas obras, entre la Anarquía y el Leviatán cabría una “tercera vía”: la instauración desde el momento máximo de libertad (entendida en su ideal wickselliano) de mecanismos que constriñan la futura libertad a través de la Constitución. Impedir desde el precompromiso constituyente que el Leviatán dormido se despierte y triunfe.²⁶⁸

²⁶⁶ Cit. en BRENNAN, G. y BUCHANAN, J. M., *El poder fiscal. Fundamentos analíticos*, op. cit., p. 38.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 40.

²⁶⁸ BUCHANAN, J. M., *Economía constitucional*, op. cit., p. 109.

No obstante, si esos límites son pensados desde situaciones *worst case* (hipótesis leviatán), se admite al menos que los costos políticos y hasta económicos no son baladí. En este sentido, la EC es consciente de que los límites constitucionales pueden impedir la potenciación de correctas actuaciones (pro-mercado) por parte del Estado, que sí podrían darse ante la ausencia de tales diques de contención. Pero, como existe la probabilidad, aunque sea ínfima, de que el Estado y la Administración a él aparejada sí se extralimite, los límites, a pesar de sus posibles costes, quedan justificados. Como explica metafóricamente el propio Buchanan:

Puede ser empíricamente difícil contrastar la hipótesis de que habrá una riada, en una determinada localidad, con una probabilidad de 0,01 cada año. Sin embargo, la teoría de la que se desprende tal hipótesis de predicción puede ser utilizada como la base normativa para tomar las precauciones encaminadas a evitar el desastroso daño de la riada.²⁶⁹

Y es que, además, los costes aparejados a la ausencia de límites y a la consiguiente posibilidad de desviación del comportamiento postconstitucional del Estado y sus mecanismos, son más que proporcionales a los del establecimiento de restricciones constitucionales, aun admitiendo la posibilidad de largos periodos de idílicos gobiernos. Se sigue así, de nuevo, el pesimismo antropológico de Hobbes, aunque volcando ahora éste en la configuración de claros y férreos límites al poder, no en la omnipotencia de éste.²⁷⁰ Como resume Puy Fraga: “las eventuales pérdidas de eficacia por un control riguroso de la autoridad pública se compensan con creces ante la eventualidad de que la propia autoridad explote su posición en contra de los deseos y preferencias del conjunto de los ciudadanos”.²⁷¹

2.2.-La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como límite

Como hemos visto, la existencia misma del Estado desde el nuevo paradigma contractualista que se defiende en la EC depende de la funcionalidad que despliegue en la salvaguarda y protección de los derechos individuales, considerados éstos como las esferas de acción voluntaria que se dan en el seno de los intercambios cooperativos. La

²⁶⁹ BRENNAN, G. y BUCHANAN, J. M., *El poder fiscal. Fundamentos analíticos*, op. cit., p. 40.

²⁷⁰ PÉREZ BERMEJO, J. M., “Diferencias internas en la teoría moral...”, op. cit.

²⁷¹ PUY FRAGA, P., op. cit., pp. 181-182.

propiedad privada en sí se considera por ende uno de los principales valores, puesto que su respeto por parte de los mecanismos postconstitucionales de decisión y gestión de los bienes públicos es la mejor plasmación de la garantía misma de la libertad individual, amparada, recordemos, desde la unanimidad consensual a través de la Constitución como dique.

Para evitar que esa esfera, la de los libres intercambios individuales, se vea afectada por la interferencia del Estado y la Administración a su servicio (y al de las mayorías sociales), los límites jurídicos al poder presupuestario han de erigirse en las principales restricciones a la acción postcontractual. El poder que más podría distorsionar al mercado, trasunto de la libertad buchana y cristalización del equilibrio originario garante de la libertad, sería el fiscal, por cuanto la expansión y extralimitación administrativa se da principalmente a través del aumento de la capacidad presupuestaria.²⁷²

Para garantizar que no se produzca la extralimitación del Estado que coarte o condicione el libre juego que se produce en el mercado como consecuencia de la voluntaria concurrencia de las funciones de intereses particulares (*homo economicus*), su poder presupuestario, el medio a través del cual dicha extralimitación puede producirse, ha de ser limitado *ex ante* y jurídicamente desde la Constitución como norma. La hipótesis hobbesiana, las situaciones de *worst case*, han de aplicarse ante todo y sobre todo a la capacidad presupuestaria del Estado, pues limitando ésta, se conseguirá limitar en gran medida, o eso creen desde la *Public Choice*, el peligro de su tendencia innata a la expansión.

Los límites, para ser además efectivos, han de ser vinculantes y con tendencia a la permanencia, características ambas que la norma constitucional puede cumplir con suficiencia, y añadiéndole además una tercera: la supralegalidad. En efecto, como vimos al analizar la “constitución económica” del ordoliberalismo que consagraba en lo alto de la pirámide los denominados “principios constituyentes”, materializados a través de la aplicación de las políticas de ordenamiento, se precisaba de cierta garantía de que los vaivenes cambiantes de las mayorías sociales y políticas no alteraran la substancia de los criterios apriorísticamente defendidos. La Constitución, desde su altura normativa,

²⁷² BUCHANAN, J. M., *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, op. cit., 82 y ss.

garantiza esa “inmutabilidad” respecto de la política diaria y puede así incorporar a su “núcleo indisponible” (de nuevo, tomando prestada la terminología de Ferrajoli) los límites a la extensión presupuestaria del Estado, lejos de las “mayorías parlamentarias democráticamente elegidas e imbuidas con ideas socialistas y visiones que pueden destruir el valor potencial proveniente de una economía de mercado sin restricciones tanto, o más, que las actividades de un régimen autoritario”.²⁷³

El miedo a que el Leviatán durmiente (o dormido) se despierte es así canalizado a través de la reducción de incertidumbre (recordemos el velo rawlsiano) que supondría constitucionalizar una serie de mecanismos destinados a atarlo económicamente. La estabilidad presupuestaria (*balanced budget*) que implica la imposibilidad por parte del Estado de gastar más de lo que ingresa, no garantiza *per se*, no obstante, el objetivo propuesto, por cuanto un aumento de la presión impositiva siempre podría reequilibrar la balanza a favor de mayor gasto público (aun cumpliendo con la regla de estabilidad). De este modo, la capacidad impositiva del Estado es también parte inseparable de la limitación constitucional *ex ante* que se modela desde la EC, de ahí que la Constitución económica ocupe una extensión considerable en los análisis de Buchanan, Tullock o Brennan. Pero no sólo esa extensión es académica, sino también normativa en sí misma, por cuanto el conjunto de disposiciones constitucionales que se defendería desde la EC conllevaría una “constitución económica” (en sentido normativo estricto) invasiva, en la medida en que intentaría regular y anticipar a priori la gestión y administración de los bienes públicos y aun el objeto mismo de determinados procedimientos de decisión postcontractuales, como los que versaran sobre la aprobación, o no, de nuevas figuras fiscales. Incluso, Buchanan llega a plantear en este sentido la necesidad de constitucionalizar las relaciones monetarias.²⁷⁴

Se incurre aquí, de nuevo, en otra aparente paradoja. Si lo que se pretende en el fondo es no interferir desde el Estado en el libre juego de las potencialidades aparejadas

²⁷³ BUCHANAN, J. M., “Notes on the liberal constitution”, op. cit., p. 8.

²⁷⁴ BUCHANAN, “The constitutionalization of the money”, *Cato Journal*, vol. 30, n° 2, 2010. Esta propuesta la hace además, y explícitamente, sobre el paradigma hobbesiano y sobre una reinterpretación de los deseos y temores de los *Founding Fathers*, p. 252. También incorpora reflexiones sobre la necesidad de constitucionalizar la independencia de los Bancos Centrales para dotarles de estabilidad normativa en su configuración. Pues “el valor del dinero debe ser entendido como algo fuera y lejos de la oportunidad de cualquier participante en la economía, incluyendo a los miembros de las coaliciones política que toman las decisiones presupuestarias”, p. 257.

al mercado donde opera el *homo economicus*, la Constitución, como expresión misma de la virtualidad estatal, es invasiva y regula su parte económica con gran exhaustividad con el objeto (¡curioso!) de garantizar la no interferencia estatal. La Constitución en el modelo de la EC abarcaría todos los rincones del poder fiscal y presupuestario, llegándose incluso a defender que las figuras tributarias más importantes, como los impuestos sobre la renta de las personas físicas, estén constitucionalizadas al detalle, incluido no sólo su hecho imponible, sino también límites particulares a la subida impositiva.²⁷⁵

Claro que, antes de plantear tales innovaciones constitucionales, la EC ya se encuentra ante sí con un amplio abanico de mecanismos tendentes a eliminar o por lo menos suavizar la arbitrariedad fiscal, que vienen dados por la propia tradición del clásico Estado de Derecho liberal y sus expedientes jurídicos sobre la materia. Los principios de igualdad, legalidad o generalidad en materia impositiva no son ajenos a la EC. Siguiendo el ideario liberal, existe una estrecha vinculación entre los deseos de limitar constantemente la discrecionalidad fiscal y el surgimiento mismo del *rule of law* y el Estado Constitucional, como ocurre con la íntima conexión que se dio entre ambos, por ejemplo, en los inicios de la Revolución estadounidense (*No Taxation Without Representation*).²⁷⁶ Empero, al mismo tiempo que se consideran necesarios, estos límites clásicos son insuficientes, como ocurría con la también clásica institución de las elecciones periódicas. De aquí la búsqueda de mecanismos más eficaces, permanentes y directos para controlar el poder fiscal y presupuestario del Estado; búsqueda que encontrará sus resultados en torno a tres ejes principales de constitucionalización: los límites expresos al déficit y la deuda pública, el federalismo fiscal como bálsamo frente al jacobinismo recaudatorio y la asunción de instrumentos de democracia semidirecta en la aprobación de las bases impositivas.²⁷⁷

Como quiera que el objeto central de la presente tesis es el estudio del primer mecanismo, analizaremos a continuación los dos últimos de manera sucinta y dejaremos

²⁷⁵ BRENNETOT, A., “The geographical and ethical origins of neoliberalism...”, op. cit., pp. 30-39.

²⁷⁶ Algunos historiadores consideran que una de las principales causas de las revoluciones inglesa, americana y francesa fue el alto nivel de deuda. Cfr.: CRANE BRINTON, *The Anatomy of Revolution*, Vintage, 1965, pp. 28-39.

²⁷⁷ Cfr. BUCHANAN, J. y WAGNER, R., *Democracy in Deficit: The Political Legacy of Lord Keynes*, New York: Academic Press, 1977.

para el siguiente epígrafe el estudio más pormenorizado de la constitucionalización de límites al déficit y a la deuda pública desde el seno de la EC.

No nos debe extrañar, antes de nada, el desarrollo de ambos en el planteamiento holístico buchaliano. La defensa a ultranza del individualismo metodológico no está reñida con los mecanismos de democracia semidirecta, como el revocatorio o los referenda en materia fiscal, por cuanto pueden ser medios a través de los cuales los individuos protejan su función de intereses frente al poder pretendidamente ilimitado del Estado y sus gobernantes. Como ejemplo, la “revuelta del contribuyente” que se produjo en California en 1978,²⁷⁸ y que entusiasmó sobremanera a Buchanan y a otros miembros de la EC en la medida en que venía a sancionar políticamente sus postulados teóricos.²⁷⁹

En esa fecha, el cuerpo electoral del Estado de California aprobó la famosa Proposición 13 a través de un referéndum, amparado en la tradición de democracia semidirecta de dicho Estado, que consistía en la limitación constitucional (desde la Constitución del Estado) de ulteriores subidas de impuestos a un tanto por ciento del valor del hecho imponible, incorporando al mismo tiempo a la norma constitucional la necesidad de que sean mayorías cualificadas las que modulen las figuras impositivas. Aunque, evidentemente, no se requiera la unanimidad para ello dado el coste político inasumible de ésta en el proceso democrático, lo más cercano a ella, wicksellianamente, sí serían la cualificación de la mayoría ahora constitucionalizada. Buchanan, en este sentido, aplaudió la reforma, por cuanto acercaba la toma de decisiones postcontractuales en materia fiscal al ficticio momento del consenso unánime, lejos de las meras mayorías simples que se alternan en el poder y favoreciendo así, con ello, la permanencia de las estructuras impositivas y el menor riesgo de extralimitaciones tendentes a la “rapiña”.²⁸⁰

Por su parte, la defensa del federalismo no es ajena a la tradición neo(ordoliberal). Como vimos, el ideal federal y el cercano principio de subsidiaridad fueron dos elementos clave en la construcción teórica de no pocos liberales, que venían en esta configuración

²⁷⁸ Sobre la revuelta en el contexto californiano, vide CAIN B., y NOLL, R., “Institutional causes of California’s Budget Problem”, *Stanford Institute for Economic Policy Research*, nº 10, 2010. En el momento de cierre de esta tesis, el artículo “Más allá de la regla de oro: las otras restricciones constitucionales al poder fiscal y presupuestario”, donde abordo con más detalle esta temática, ha sido aceptado para su publicación en la Revista Española de Derecho Constitucional (REDC).

²⁷⁹ BRENNAN, G. y BUCHANAN, J. M., *El poder fiscal. Fundamentos analíticos*, op. cit., p. 51 y ss.

²⁸⁰ BUCHANAN, J. M., *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, op. cit., 134 y ss.

del poder político una de las mejores garantías en la subordinación del marco jurídico a las condiciones de existencia del libre mercado. El federalismo, además de ser una doctrina y una teoría que integra la diversidad territorial y que garantiza, quizá, una mejor administración de lo público con una más óptima adecuación de las unidades que se gobiernan, no deja de ser también un mecanismo de limitación del poder político al dividirlo en múltiples niveles que tienden, inevitablemente, al auto-freno. En los inicios de los Estados Unidos, precisamente el pionero del federalismo, podemos ver férreas defensas de dicho principio en tal sentido: la división interna del poder, horizontal pero también vertical, es un freno frente a su tendencia expansionista. Aparte, si el federalismo es aplicado con rotundidad en materia fiscal y presupuestaria, como se defiende especialmente por parte de la EC, se aleja con ello el “fantasma” del jacobinismo que, desde la centralidad de la acumulación de los recursos, puede devenir en rupturas y cambios intensos que no respeten el equilibrio consensual originario. En palabras del propio Nobel de Economía: “las pérdidas de oportunidad individuales aumentan a medida que se incrementa la centralización en el sector público”.²⁸¹ La EC se reconcilia así con una de las tradiciones más arraigadas del país que la ve nacer, el federalismo, en una tendencia quizá poco estudiada a centrarse en demasía en la propia experiencia norteamericana de gobierno. Todo ello nos podrá servir de parámetro, no obstante, en la tercera parte de la tesis para la elaboración conceptual de la categoría del *modelo político fragmentado*, el cual, aplicado a la Unión Europea, responderá teóricamente al diseño buchaniiano aquí esbozado.

Por si fuera poco, la EC encuentra otro argumento en la defensa del federalismo fiscal que, aun teniendo menos carga jurídica, sus consecuencias políticas en el corto y largo plazo lo hacen merecedor de no poca atención por parte de Buchanan y otros autores asociados a Virginia. Y es que, así como el marco institucional que la Constitución proporciona para el libre desenvolvimiento de las fuerzas de mercado (como dirían los ordoliberalistas) es proclive a la competencia entre sus componentes (el *homo economicus* a través de mecanismos de cooperación voluntaria), el federalismo fiscal puede ser también entendido como un marco funcional a la competencia en materia fiscal por parte de los Estados que componen la totalidad. Es decir, el federalismo no sólo divide el poder impidiendo la ruptura en su seno de los “principios constituyentes” o del “consenso”

²⁸¹ *Ibid.*, p. 155.

originario, no sólo supone un modo de gobierno más eficaz al acercar la administración y la toma de decisiones a los ciudadanos, sino que para la EC también puede convertirse en el mejor acicate para que modelos fiscales alternativos compitan. Y que compitan, además, a la baja, pues en un modelo como el federal norteamericano, donde el poder político-tributario queda dividido en múltiples unidades pero donde al mismo tiempo existe la libertad de establecimiento y de capitales, éstos tenderán irremediablemente a moverse a aquel territorio, a aquel Estado, donde la carga fiscal sea menor, iniciando así una carrera “fiscal a la baja” en el seno de la Federación.²⁸² No es de extrañar así que esta garantía jurídica del *dumping* fiscal sea propia del *New Federalism* que se blandiría desde la praxis neoliberal con Reagan. Algo que, como analizaremos también en la tercera parte, guarda no pocas similitudes con la actual estructura y configuración de la Unión Europea en materia fiscal y presupuestaria en lo que hemos venido en denominar como *modelo económico competitivo*.

2.3.-La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como bálsamo “democrático” en la EC: el predominio del elemento Capital y Liberal en la Constitución

La limitación constitucional de la capacidad de endeudamiento de un Estado soberano así como la restricción del margen de déficit que posea, siguen la misma lógica ya descrita de la EC en cuanto a la naturaleza constitucional de los límites y la conveniencia de éstos a la hora de frenar un expansionismo de la Administración que se cree inmanente al Estado contemporáneo. No obstante, en cuanto a estos límites en concreto la EC suma un argumento más pretendidamente democrático que tiende a reforzar la óptica contractualista ya expuesta. Como vimos, uno de los problemas que presentaban las elecciones periódicas para la EC como mecanismo de restricción política era su temporalidad misma, es decir, la falta de incentivos que los “cortos” periodos electorales muestran para con las previsiones a largo plazo, en tanto en cuanto los gobernantes (y aun los electores) sólo piensan en la próxima y cercana cita electoral, olvidándose de que las decisiones tomadas en un periodo pueden proyectar sus consecuencias a ulteriores y lejanos en el tiempo. La restricción del gasto público no sólo ayudaría así a evitar la

²⁸² BRENNAN, G. y BUCHANAN, J. M., *El poder fiscal. Fundamentos analíticos*, op. cit., p. 231.

expansión sin límites de la Administración y el Estado en la economía con lo que supone ello de garantía para el mercado y sus “libres” potencialidades, sino que facilitaría el ajuste entre las decisiones y el ciclo temporal. En la lógica de la EC, las decisiones que sobre deuda pública toman los gobernantes en un periodo electoral pueden coartar la libertad tanto de los gobernantes como de los electores de futuros periodos y/o generaciones, por cuanto las deudas incurridas tendrán que ser pagadas también (y quizá principalmente) en el futuro, por sujetos que, sin embargo, no decidieron sobre la validez, legitimidad o conveniencia de las mismas. La excesiva deuda pública se convierte así en una “cadena” elsteriana negativa, pues su función no es la de atar al Estado en su expansión, sino el de su fomento a través de la “irresponsabilidad” temporal que supone dejar para las futuras generaciones los efectos de la obligación tomada con anterioridad. Luchar contra los altos niveles de deuda pública que no sólo amparan la expansión presupuestaria del Estado sino que diluyen la responsabilidad del Leviatán en el futuro coartando la libertad misma de los individuos, se convierte de este modo en uno de los ejes centrales de la EC y de los esfuerzos teóricos de la escuela de Buchanan.²⁸³ Siguiendo al propio Premio Nobel junto a Brennan: “el poder de endeudamiento implica que el gobierno maximizador de los ingresos, con el poder en sus manos pero sin la previsión de su continuidad en él, puede, a través del endeudamiento, apropiarse del valor total de los ingresos impositivos de todos los periodos futuros, incluidos aquellos en los que tal Leviatán no gobierne”.²⁸⁴

La constitucionalización de tales límites ha de ser “particularmente severa” para que sea eficaz y pueda introducir un criterio corrector sobre las cambiantes y volubles voluntades políticas desde lo jurídico-constitucional que expresa el momento unánime constituyente; momento sobre el que Buchanan construye todo su edificio teórico y que nosotros consideramos como pura ficción y absurdo. La juridificación de la estabilidad presupuestaria, de la prohibición de incurrir en déficits excesivos para así alcanzar una situación ideal de déficit cero, y que ha recibido también la denominación de *golden rule*, se yergue así en el planteamiento de la EC como una de las mayores salvaguardas constitucionales no sólo de la libertad individual cristalizada en el equilibrio originario, sino frente a la temida expansión e intervención del Estado en la economía, protegiendo con ello el libre juego de las fuerzas del mercado que permite el intercambio voluntario

²⁸³ BUCHANAN, J. M., *Economía constitucional*, op. cit., pp. 191-197. Por ejemplo.

²⁸⁴ BRENNAN, G. y BUCHANAN, J. M., *El poder fiscal. Fundamentos analíticos*, op. cit., p 141.

de preferencias por parte del *homo economicus*. El mercado cataláctico de Hayek asegurado desde la Constitución a través de la imposición de férreos límites a la expansión intervencionista del Estado y la subordinación del mismo, por ende, a las condiciones de existencia del *orden de competencia*, que es protegido al más alto nivel y lejos de la mutabilidad política gracias a la virtualidad del *orden jurídico*, como deseaba el ordoliberalismo. El *giro neoliberal*, en fin, hacia la Constitución como norma...se ha completado.

Ello comporta, además, dos consideraciones en cuanto a la naturaleza de dicho giro copernicano sobre las que ahondaremos con mayor profundidad, no obstante, en la tercera parte de la tesis; consideraciones que siguen la propuesta aquí adoptada de constitucionalismo crítico. Por un lado, si la Constitución (del Estado social) podía ser entendida como integración del conflicto entre Capital y Trabajo, el planteamiento contractual-constitucional de la EC se decanta en sus conclusiones *por el predominio del Capital*. La unanimidad constituyente como mejor protección de la desigualdad inicial que cristaliza la propia libertad individual en tanto proyección de las potencialidades del *homo economicus* en un contexto cooperativo, al proyectarse en la Constitución a través de la instauración de un federalismo fiscal que ampara la competencia tributaria a la baja y de férreos límites a los mecanismos redistributivos que aquélla podría amparar, aleja desde lo jurídico la posibilidad política de, en efecto, una mayor redistribución y de un cambio sustancial, por tanto, de las condiciones de desigualdad sobre las que se parte. El paradigma valorativo es diferente: para la EC la redistribución *stricto sensu*, si se aleja de la timidez inicial que la caracterizaba como elemento inclusivo del pacto originario, deviene en “rapiña” ilegítima y en destrucción de la esfera de libertad individual que se protege desde la unanimidad; mientras que para planteamientos más progresistas o cercanos a un ideal de justicia social, ésta es precisamente la guía de las políticas de las mayorías sociales hacia un más equitativo reparto de la riqueza, en la confianza de que tal redistribución es la materialización más aproximada del ideal democrático. La crítica de Buchanan al Estado social es cristalina: “Las políticas económicas de bienestar amenazan los valores individuales”.²⁸⁵ En la línea ordoliberal, además, añade: “si toda la economía está abierta para el control y la regulación de cara al interés general, puede haber, por definición, poca o ninguna limitación constitucional sobre la definición misma

²⁸⁵ BUCHANAN J. M., “Social choice, democracy and free markets”, en *The collected works of James M. Buchanan. The logical foundations of constitutional liberty*, Indianapolis: Liberty Fund, 1954/1999, p. 97.

de lo que es ese interés por aquellos agentes y agencias encargados de la responsabilidad de redistribuir los resultados.”²⁸⁶

De nuevo, por tanto, las consideraciones apriorísticas sobre el valor del individuo y de la sociedad, y sobre el comportamiento de ambos (praxeología), son esenciales a la hora de comprender la inclinación de la balanza (Capital-Trabajo) de un lado o de otro, algo que hemos de develar aquí para mostrar la opción *política* consciente realmente subyacente.

Por otro lado, la Constitución normativa es entendida por algunos autores como la integración de dos tradiciones, la liberal y la democrática, hasta cierto punto antagónicas entre sí pero, paradójicamente, complementarias. La democracia necesita de un marco jurídico estable que le dé cobertura para poder desenvolverse, al igual que en el planteamiento ordoliberal lo necesitaba el mercado, pero ese marco es *per se* limitativo del ideal democrático al constreñirlo en una serie de apriorismos elevados a la categoría de principios inmutables. Ya sea en la visión clásica de Bobbio, donde el Estado de Derecho enmarca y a la vez limita a la democracia, o en la perspectiva ya célebre de Ferrajoli, donde lo “constitucional” cumple la misma función al tiempo que vincula (positiva y negativamente) a la democracia en su elemento político, liberalismo y democracia y democracia y liberalismo son interdependientes sobre la base de una serie de tensiones pretendidamente irresolubles. El Estado de Derecho o el Estado Constitucional, los apriorismos juridificados y elitistamente determinados como principios superiores a la política democrática, necesitan de ésta para su propia legitimación y eficacia normativa ulterior, pero la democracia a su vez precisa de una serie de reglas que la conduzcan y canalicen, no pudiendo ella misma decidir sobre tal marco superior.

La analogía con los planteamientos ordoliberales es clara: “las reglas del juego” bobbiano que opera sobre el binomio liberalismo/democracia se transmutan en la construcción ordoliberal en el “código de circulación” que preside el orden de competencia y que sólo puede ser garantizado en su eficacia por el marco jurídico de un

²⁸⁶ BUCHANAN, J. M., “Notes on the liberal constitution”, op. cit., p. 6.

“Estado fuerte”. La opción aquí es claramente a favor del elemento liberal frente al democrático, o, en otras palabras, del elemento de orden apriorísticamente inmutable (los “principios constituyentes”, v.g.) frente a los deseos cambiantes de las mayorías tendentes a desvirtuar el orden de competencia. En este sentido, la EC y Buchanan siguen la misma lógica, pero centrada en el texto mismo de la Constitución, donde ésta se convierte en el muro o dique de contención de las fuerzas políticas postcontractuales que, aun teniendo legitimidad mayoritaria para ello, se verían impedidas por el propio marco de limitaciones constitucionales a llevar a cabo efectivas medidas de redistribución de la riqueza sobre ideales de justicia. El *predominio del elemento liberal* frente al democrático se evidencia en la predilección que, tras la operación intelectual de construcción de todo el edificio del contractualismo, la EC hace sobre los límites jurídico-constitucionales como mejores y más eficaces restricciones de la voluntad de las mayorías. Subyace aquí la pretensión última del liberalismo que algunos autores como Gambiesca han indicado consistente, precisamente, en la pretensión de globalidad de la norma jurídica en su empeño de negar lo político.²⁸⁷ La hipertrofia de los límites constitucionales, al fin y al cabo, como mejor protección de los ideales (neo)liberales. O, como dice Burke, el gran teórico del conservadurismo político, y que es perfectamente aplicable a las pretensiones teóricas (y prácticas) de la EC y de su pretensión de constitucionalizar la política presupuestaria:

La sociedad no sólo requiere que se sujeten las pasiones de los individuos, sino someter en su conjunto, como si se tratara de particulares, las inclinaciones colectivas, controlar su voluntad y frenar sus pasiones. Esto no se puede realizar sino mediante un poder superior a ella misma, el cual, en el ejercicio de sus funciones, no está sujeto a la voluntad y a las pasiones que tiene por misión refrenar y subyugar. En este sentido, las limitaciones impuestas al hombre, lo mismo que sus libertades, tienen que considerarse sus derechos.²⁸⁸

El ejemplo paradigmático lo encontramos aquí, nuevamente, en la defensa a ultranza de contundentes limitaciones *ex ante* de la capacidad presupuestaria del Estado, constitucionalizando tanto los tipos impositivos como restricciones a la deuda y al déficit públicos, limitando así tanto “por abajo” como “por arriba” el margen de movimiento político-económico y, sobre todo, haciéndolo desde expedientes jurídicos que pretenden ser revestidos como necesarios. No es de extrañar, por tanto, que Buchanan se queje

²⁸⁷ GAMBIESCIA, P., op. cit., p. 74.

²⁸⁸ BURKE, *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, Madrid: Rialp, 1989, pp. 89-90.

amargamente de la inexistencia de verdaderas constituciones *liberales* por no haber ninguna que recoja tales previsiones en sentido estricto en un artículo, además, que lleva por título *Notes on the Liberal Constitution*:

No existe ni se ha propuesto una constitución política que contenga suficientes límites o restricciones sobre la autoridad de las agencias gubernamentales en las actividades de los individuos y grupos y, más notablemente, sobre sus actividades económicas. No hay una constitución liberal existente así, o en perspectiva.²⁸⁹

Capital frente a Trabajo y Liberalismo frente a Democracia: la elección en cada caso de uno de los dos componentes del binomio es juridificada al más alto nivel normativo. La distinción de Croce entre liberalismo y “liberismo”, siendo este la expresión más acabada de las fuerzas pro-mercado, es integrada en una concepción unitaria neoliberal del Derecho (de la Constitución) y la Economía (el orden de competencia)²⁹⁰ que constituye, a su vez, una nueva concepción del constitucionalismo económico, que aquí denominaremos en su modelo acabado como *constitución económica neoliberal*. La conexión en la Constitución de ambas elecciones bimoniales tras el parapeto de una construcción contractualista garantizaría así la hegemonía normativa del ideario neoliberal a favor del orden de competencia como criterio rector de las relaciones sociales. Tanto este nuevo concepto como las consecuencias derivadas de la unión del (nuevo) federalismo fiscal (*modelo político fragmentado*) y de la constitucionalización de límites de deuda y déficit públicos que materializará dichas elecciones teóricas y que se proyectará en el corazón del proceso de integración europea, serán abordados tanto en la segunda como en la tercera parte de la tesis con mayor profundidad.

Antes, no obstante, de adentrarnos en ella y de analizar los mecanismos de gobernanza económica en la Unión, hemos de estudiar uno de los antecedentes factuales más relevantes a la hora de hacer cualquier exégesis sobre la materia, como fue el extendido debate que hubo a finales de los años setenta en los Estados Unidos en torno a la posibilidad de aprobar, o no, una enmienda a la Constitución Federal para limitar, jurídicamente, la deuda y el déficit públicos y elevar así la *golden rule* a la pirámide del

²⁸⁹ BUCHANAN, J. M., “Notes on the liberal constitution”, op. cit., p. 1.

²⁹⁰ CROCE, B., “Liberismo e Liberalismo”, en *La Mia Filosofia*, Milano: Adepfi Edizioni, 1993.

ordenamiento a través de una proyección, quizá paradójica pero no por ello menos buchaniana, del *We the people*. No por nada el mismo premio Nobel tendría un papel destacado en el corazón de la discusión, posicionándose explícitamente a favor de restringir constitucionalmente la expansión presupuestaria del Gobierno federal. Este acercamiento a la experiencia estadounidense, como indicamos en la Introducción, nos servirá de parámetro comparativo cuando analicemos las problemáticas particulares de la institucionalización de la estabilidad presupuestaria en el marco comunitario europeo.

3.-La Golden Rule: hacia la Balanced Budget Amendment en Estados Unidos

Francis Fukuyama, en su célebre obra *El final de la Historia y el último hombre*,²⁹¹ cree predecir que un futuro no muy cercano el viraje definitivo hacia los ideales liberales será consagrado en el seno de las democracias constitucionales a través de las reformas de sus propios marcos normativo-institucionales, algo con lo que, además, estaría de acuerdo siguiendo su propia argumentación ulterior. No obstante, el camino de esa “constitucionalización”, además de haber sido teorizado desde el giro ordoliberal a la concreción normativa de Buchanan, ya se había iniciado años antes en el campo de la *praxis* con los intentos, finalmente inconclusos y fallidos, de enmendar la propia Constitución Federal de los Estados Unidos para garantizar, *ex constitutione*, la estabilidad presupuestaria.

Y es que, si bien el debate sobre la necesidad de constitucionalizar límites sobre el gasto y la deuda públicas se retrotrae a los *Founding Fathers* y su extenso recorrido práctico podemos encontrarlo ya, con intensidad, en las experiencias estatales del siglo XIX, será sólo en los años 70 con el *renacimiento* de las ideas neoliberales cuando el debate alcance proporciones constituyentes sobre la base de la racionalidad neoliberal. Jefferson, el principal autor de la Declaración de Independencia, escribiría: “Desearía que fuera posible obtener una enmienda singular en nuestra Constitución [...] para la

²⁹¹ FUKUYAMA, F., *The end of History and the Last Man*, New York: The Free Press, 1992

reducción de la Administración de nuestro Gobierno; es decir, un artículo adicional que sustraiga del Gobierno Federal el poder de endeudamiento.”²⁹²

Lo que hizo que Jefferson abogara por una enmienda constitucional que recogiera límites al poder de gasto federal no era su creencia en que un mejor y más conciso constreñimiento jurídico de la acción estatal redundaría en mayores garantías para el orden de mercado, ni, por supuesto, era su mayor preocupación las teorías modernas del Leviatán administrativo asociado al Estado social. En los primeros años de la democracia constitucional norteamericana el Estado contemporáneo mismo tal y como nosotros lo entendemos era el que estaba naciendo sobre el eje de innovadoras categorías, como el federalismo o la *judicial review*, y los miedos eran aún más primigenios en su expresión. Lo que Jefferson y sus “republicanos” temían era que los “federalistas”, agrupados en torno a Hamilton²⁹³ y Adams (a pesar de la enemistad de ambos), utilizaran los recursos federales para ampliar sus poderes políticos y reconfigurar la propia Federación y el autogobierno de los Estados.²⁹⁴ La preocupación misma por los asuntos fiscales está, de hecho, en la base de la independencia de los Estados Unidos y en los inicios de su, a veces complicada, consolidación.²⁹⁵

No obstante, la mayoría las limitaciones constitucionales *estatales* en materia de estabilidad presupuestaria proceden de la crisis financiera de 1837, también conocida como El Pánico. Las primeras décadas de los nuevos Estados Unidos habían supuesto un desarrollo económico espectacular gracias a la llegada de inmigrantes, los recursos de un país con, entonces, ilimitadas fronteras al oeste, y la consolidación de la burguesía mercantil y financiera del noreste. La expansión económica en una Nación de dimensiones continentales tenía como obstáculo, sin embargo, la inexistencia o ineficiencia de las infraestructuras de transporte, de ahí que los Estados y los propios municipios se volcaran a principios del siglo XIX en crearlas o mejorarlas. El éxito de la construcción del Canal del Eire en Nueva York, además, constituyó un importante

²⁹² JEFFERSON, T., “Letter to John Taylor of Caroline”, November 26, 1798, en *The Writings of Thomas Jefferson*, Memorial Edition, vol. 10, Washington DC.

²⁹³ NEEDELMAN, J. A., “Deconstructing the Balanced Budget Amendment: Fiscal Folly, Monetary Madness”, *UCLA Law Review*, nº 44, 1997, p. 1293, recuerda la importancia que para Hamilton tuvo desde el inicio el marco jurídico en la salvaguarda de la estabilidad financiera y, sobre todo, monetaria. No es de extrañar el entusiasmo de Buchanan por algunas de sus ideas, por tanto.

²⁹⁴ NEEDELMAN, J. A., op. cit., 1289 y ss.

²⁹⁵ Véase, por todos, la excepcional obra de ELLIS, J., *Founding Brothers*, Boston: Vintage Books, 2002. Este estudio hizo que el autor ganara el Premio Pulitzer.

referente que animó aún más la inversión directa desde las administraciones. Así, en la década de los 30, Estados y ciudades emitieron más de 150 millones de dólares en deuda pública, con los que financiaron canales, caminos, desviaciones de ríos, etc.²⁹⁶ Los títulos de deuda, en una incipiente globalización que aún no conocía apenas las restricciones legales, se compraron y vendieron por el viejo continente entre los grandes inversores europeos, principalmente holandeses y británicos.²⁹⁷ El auge de esta temprana financiarización en un país recién nacido creó un caldo de cultivo propicio para los movimientos especulativos, que en 1837 estallaron en una crisis que hundiría durante años la economía norteamericana. El estallido de la burbuja, la huida de capitales, la pérdida de confianza de los inversores, el aumento del desempleo...provocaron una espiral dañina que pronto se cebó con las altas deudas que los Estados y los municipios habían contraído, obligando en no pocas ocasiones a la suspensión de pagos de éstos, en uno de los grandes *defaults* de la historia de EEUU. En algunos casos, además, los bonos emitidos para financiar los grandes proyectos se pensaban financiar con los beneficios que la consecución de éstos conllevaría, en un contexto en el que los sistemas fiscales de los Estados no estaban perfeccionados, por lo que su interrupción debido a la crisis provocó impagos generalizados.

La pérdida de confianza de los mercados financieros en Estados Unidos y sus instituciones, y la crisis económica subyacente, fueron tales que impulsaron la constitucionalización en muchos Estados de límites al endeudamiento y de previsiones jurídicas que obligaran a los Estados al pago de las deudas contraídas (*full faith and credit*), en un intento de ganar de nuevo la confianza de los inversores. Fue entonces, además, cuando se popularizó el uso de las “deudas garantizadas”, bonos emitidos por los Estados o los municipios cuyo pago está *garantizado* por los ingresos de los emisores, incluso, si fuera necesario, elevando o creando nuevos impuestos.

Desde ese momento hasta ahora, la mayoría de los Estados han incorporado algunas de las siguientes previsiones constitucionales: el principio de estabilidad presupuestaria; el requerimiento de que la emisión de nuevos bonos sea aprobada por

²⁹⁶ DAVIS L., y CULL R., “International Capital Movements and American Economic Growth 1820-1914”, en ENGERMAN, S., y GALLMAN, R., eds., *The Cambridge Economic History of the United States*, Nueva York: Cambridge University Press, 1993.

²⁹⁷ KIEWIET D. R., y SZAKALY, K., “Constitutional Limitations on Borrowing: An Analysis of State Bonded Indebtedness”, *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 12, nº 1, p. 64-65.

referéndum; que sean aprobados por mayorías cualificadas (generalmente 3/5); o limitaciones sobre deuda garantizada.²⁹⁸ Sobre la rica experiencia en la materia, desde la realidad de los Estados federados norteamericanos, hemos dedicado un estudio completo y diferenciado, al que remitimos si el lector quiere profundizar en su conocimiento y comprensión.²⁹⁹ Es más, y de acuerdo con los datos de Hou y Smith, en la actualidad 48 de los 50 Estados de Estados Unidos tienen algún tipo de restricción constitucional sobre el poder presupuestario.³⁰⁰

En cuanto al Gobierno Federal, como explica la profesora Krishnakumar, la constante antes del *New Deal* fue la estabilidad presupuestaria, que sólo era abandonada durante las guerras o crisis momentáneas, pero que en seguida era restablecida como objetivo prioritario.³⁰¹ Los niveles de déficit y deuda pública no fueron casi nunca, por tanto, excesivamente elevados, y cuando así fueron (sobre todo, durante y tras las Guerra de Secesión), las deudas eran saciadas con cierta rapidez y el déficit reequilibrado. Como el mismo Buchanan dice: “el primer siglo y medio de nuestra historia política nacional encarnó una norma de estabilidad presupuestaria [*balanced budget*]. Esta norma no estaba escrita en el documento constitucional como tal, pero era parte de un conjunto de actitudes aceptadas acerca de cómo el gobierno debía gestionar sus asuntos fiscales”.³⁰²

Ello se debe sobre todo al reducido tamaño de la administración federal y a las pocas funciones que tenía encomendada, en un tiempo en que Estados Unidos estaba lejos de los grandes conflictos europeos y transcontinentales en los que luego se vería involucrado. El grueso de la administración descansaba así en los Estados, a pesar del esfuerzo de algunos presidentes por ampliar los ámbitos de actuación de la Federación. Además, se daba la paradoja de que una parte sustancial de los ingresos federales

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 65.

²⁹⁹ MORENO GONZÁLEZ, G., “La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria en los Estados Unidos: lecciones de un debate inacabado”, *Estudios de Deusto*, vol. 65, nº 2, pp. 247-288.

³⁰⁰ HOU, Y. y SMITH, D., “Framework for Understanding State Balanced Budget Requirement Systems: Reexamining Distinctive Features and an Operational Definition”, *Public Budgeting and Finance*, vol. 26, nº 3, 2006, pp. 33-44.

³⁰¹ KRISHNAKUMAR, A., “In defense of the debt limit statute”, *Harvard Journal on Legislation*, vol. 42, nº 71, 2005, pp. 140-145. Las guerras que provocaron ciertas subidas en el nivel de deuda federal fueron, por este orden, la Anglo-Estadounidense de 1812, la invasión de México en 1847, la Guerra de Secesión en los 60 (donde por primera vez se emitieron bonos de guerra), y ya en el siglo XX, la Primera Guerra Mundial a partir de la entrada del país norteamericano en el tablero europeo (1917).

³⁰² BUCHANAN, J., “Clarifying confusion about the Balanced Budget Amendment”, en *National Tax Journal*, vol. XLVIII, nº 3, p. 347.

provenían de los aranceles exteriores que protegían el mercado interno norteamericano y que gozaban de una alta popularidad entre la ciudadanía, de ahí, en parte, la buena recepción que tuvo el posterior aumento de ingresos y gastos públicos de la primera mitad del siglo XX.³⁰³

El Estado social y la intervención de la Administración en la economía no harían verdadero acto de presencia hasta el *New Deal* de Roosevelt en los años 30,³⁰⁴ que elevó hasta niveles sin precedentes el endeudamiento federal, a su vez incrementado años después como consecuencia de la inversión extraordinaria que hubo de producirse durante la II Guerra Mundial. Para entonces, no obstante, las teorías fiscales de Lord Keynes ya se habían asentado y eran en ocasiones tan hegemónicas que la deuda pública se había naturalizado como un instrumento corriente de políticas anticíclicas. El aumento del gasto federal en los Estados Unidos tras la Guerra, acompañado del desarrollo en este país de un *sui generis* Estado de Bienestar y de un crecimiento económico que parecía imparable, parecía despertar pocos temores a la desvirtuación misma de la naturaleza compuesta de los Estados Unidos.³⁰⁵ Los temores de Jefferson pasaban así desapercibidos ante la “edad dorada” (*Golden Age*) del capitalismo (estadounidense) donde el pleno empleo se erguía en tanto objetivo primordial de los aumentos de gasto público.³⁰⁶ Como dice Saturno, “esta idea estaba basada en la premisa de que los gobiernos debían estabilizar la economía, no simplemente el presupuesto”.³⁰⁷

Ese olvido constante de la estabilidad presupuestaria desde el *New Deal* tendría, además, sólo tímidos e insuficientes cuestionamientos a nivel jurídico-constitucional. En tal sentido, en plena era de Roosevelt, en 1935 el senador Millard Tydings propuso una limitación de la capacidad de endeudamiento del gobierno Federal para que ajustara el ciclo a las necesidades presentes, pero sin llegar a referirse explícitamente a la

³⁰³ SETO, T., “Drafting a Federal Balanced Budget Amendment That Does What It Is Supposed To Do (And No more)”, *The Yale Law Journal*, vol. 106, nº 5, 1997, p. 1467.

³⁰⁴ En verdad, como indica de nuevo KRISHNAKUMAR, hubo una cierta tendencia desde la I Guerra Mundial, con la aprobación de las *Liberty Bonds Acts*, a ceder cada vez más poder presupuestario al Gobierno Federal desde el Congreso. Éste, desde 1917, dejó de ser el único protagonista en la emisión de deuda pública, *ibid.*, pp. 147-160.

³⁰⁵ Sobre los límites del Estado social en el contexto jurídico-constitucional estadounidense, es esencial la reciente obra del profesor VÁZQUEZ ALONSO, V., *Derechos, federalismo y justicia constitucional en USA a la luz del Obamacare*, Granada: Comares, 2018.

³⁰⁶ SATURNO, J. y MEGANE, L., “A Balanced Budget Constitutional Amendment: Background and Congressional Options”, *Congressional Research Service*, nº 20, 2011.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 2.

Constitución; y al año siguiente, ahora sí, se presentó el primer intento (serio) de enmienda constitucional (*constitutional amendment*)³⁰⁸ para juridificar la estabilidad presupuestaria (*balanced budget*). El Representante republicano de Minnesota Harold Knutson propuso que en la Constitución Federal se recogiera un límite específico al endeudamiento del Gobierno de Washington, para tiempo de paz, sobre el parámetro de la evolución del PIB per cápita.³⁰⁹ Ambas iniciativas serían descartadas, pero aprovechando el clima abierto por las mismas, en 1938 la *American Taxpayers Association* presentó un proyecto de enmienda constitucional que indexaba los impuestos estatales al crecimiento económico estadounidense. Al no contar con el respaldo del Congreso, la Asociación miró por primera vez al olvidado mecanismo de la Convención Constitucional del artículo V, intentando que los Estados elevaran peticiones para convocarla.³¹⁰ Sin embargo, su escaso éxito se vio empeorado aún más por el estallido de la II Guerra Mundial, y el movimiento apenas suscitó debate en un clima de fervor keynesiano,³¹¹ pasando desapercibidas totalmente para el gran público.³¹²

Desde entonces, numerosas medidas de este tipo se presentaron por parte de los Representantes o Senadores a lo largo de la *Golden Age* (1945-1975), hasta el punto de llegar otra proposición de enmienda constitucional en 1947 a una de las Comisiones del Congreso que ni siquiera, no obstante, tuvo la deferencia de admitirla a trámite.³¹³ No será hasta la segunda mitad de los años setenta cuando el debate consiga de verdad cobrar importancia y la posibilidad misma de reformar la Constitución para introducir una *Balanced Budget Rule* (BBR, en adelante) se presente en el escenario político estadounidense.

³⁰⁸ Sobre la historia de las enmiendas constitucionales en EEUU, es imprescindible la obra de BERSTEIN, R., y AGEL, J., *Amending America*, Kansas: University Press of Kansas, 1995.

³⁰⁹ Sobre tales propuestas, y en general, para un sucinto análisis de las que posteriormente se presentarían hasta principios de los 80, Cfr. SAVAGE, J. D., *Balanced Budgets and American Politics*, New York: Cornell University Press, 1988.

³¹⁰ KYVIK, D., "Refining or Resisting Modern Government? The Balanced Budget Amendment to the U. S. Constitution", *Akron Law Review*, vol. 28, n° 2, 1995, p. 103.

³¹¹ Una crítica desde la Economía constitucional a Keynes y el impacto de sus políticas, según los autores, en el sistema político, puede verse en BUCHANAN, J. y WAGNER, R., op. cit.

³¹² También son indicadas en MORGAN, I., "Unconventional Politics: The Campaign for a Balanced Budget Amendment. Constitutional Convention in the 1970s", *Journal of American Studies*, Cambridge University Press, n° 32, 1988, p. 424.

³¹³ Sobre un breve recorrido de estas iniciativas, puede verse KYVIK, D., op. cit., pp. 103-105. Quizá la que más éxito tuvo después fue la presentada en 1954 por el senador republicano Styles Bridge de New Hampshire y el demócrata Harry Byrd, de Virginia

Es entonces cuando un movimiento insólito en la historia constitucional norteamericana, muy bien articulado (no como las experiencias anteriores), se abre paso a partir de 1975 no sólo para constitucionalizar la estabilidad presupuestaria, sino para hacerlo además a través de la convocatoria de una convención (o asamblea) constituyente por primera vez desde la promulgación de la propia Constitución. En efecto, el artículo V de la Norma Suprema estadounidense establece dos medios para la reforma de su propio texto: o a través del concurso de 2/3 de cada cámara del Congreso (la de Representantes y el Senado) o a través de la petición de convocatoria de convención constituyente por 2/3 también de los Estados (...), siendo en ambos casos necesaria siempre la posterior ratificación por 3/4 de los Estados, y sirviendo como órganos habilitados al efecto sus Asambleas Legislativas en el caso de que la enmienda se lleve a cabo a través del Congreso, o específicas convenciones estatales en la segunda opción (la de la convención constituyente).

Hasta ese momento (y hasta ahora) todas las enmiendas a la Constitución de Filadelfia han seguido la primera vía, es decir, la de su aprobación por mayoría cualificada por ambas cámaras del Congreso Federal y su posterior ratificación por las Asambleas Legislativas de los Estados. Nunca, desde la Convención Constituyente originaria,³¹⁴ la segunda vía de reforma ha conseguido reunir las mayorías necesarias, dada además la complejidad de su procedimiento y la necesidad de que los intereses de multitud de Estados converjan, siendo a veces, como son en los Estados Unidos, tan diversos y antagónicos.³¹⁵ ¿Por qué entonces los partidarios de la BBR intentaron enmendar la Constitución por esta compleja vía para llevar la estabilidad presupuestaria al nivel federal?

Para responder a tal cuestión debemos antes encuadrar el surgimiento del debate y de la correlativa aparente necesidad de constitucionalizar la estabilidad presupuestaria a nivel federal, en el clima político y económico de mediados de los 70. La Guerra de Vietnam había creado un fuerte rechazo en amplias capas de la sociedad hacia los opacos intereses de una clase política más preocupada por lo que pasaba en un país que muy

³¹⁴ Y aun habría que analizar ésta, ya que como tal se convocó para reformar los artículos de la Confederación, no para aprobar *ex nihilo* una Constitución Federal.

³¹⁵ Las diferencias entre la región de Nueva Inglaterra y el Medio Oeste, entre el noreste y el sur, o entre California y Ohio, por ejemplo, no sólo se limitan a preferencias políticas, sino a diferentes intereses socioeconómicos en muchos casos altamente acusados.

pocos conocían que en arreglar los problemas económicos que ya se empezaban a notar, como consecuencia de la Crisis del Petróleo y de la estanflación, en el corazón mismo de la América industrial. A ello hemos de sumarle notorios casos de corrupción en Washington que fueron seguidos por escándalos como los del Watergate y la consiguiente dimisión del propio Presidente Nixon, lo que fomentó un clima generalizado de desconfianza hacia las, para muchos, lejanas instituciones de Washington. Además, como consecuencia de la crisis la presión impositiva se comenzó a ver como excesiva, el gasto federal desproporcionado y sus recursos al endeudamiento, altamente peligrosos para su propia sostenibilidad.³¹⁶ El déficit y la deuda pública aumentaron, de hecho, a niveles nunca antes vistos, ni siquiera durante la Segunda Guerra Mundial, pues el Gobierno tuvo que hacer frente, desde una renovada posición de mayor intervencionismo tras la *Golden Age*, a una crisis estanflacionaria también sin precedentes.³¹⁷ En este sentido, y como apuntan algunos autores, no es extraño que cuando la coyuntura económica no es favorable y afecta a amplios sectores de la sociedad, ésta tienda a recluirse en sí misma y a rechazar los instrumentos redistributivos propios del Estado Social, cuando precisamente para lo contrario éstos fueron diseñados.

Así las cosas, este panorama de desconfianza hacia el poder federal, en la estela en cierta manera de ese miedo que los republicanos de Jefferson ya habían manifestado en los comienzos de la República norteamericana, no se vio menguado por la presidencia de Jimmy Carter (1977-1981), sino todo lo contrario. Las políticas keynesianas se habían comenzado a poner en entredicho como consecuencia misma de la crisis y gracias a la labor, incansable, de los nuevos lobbies neoliberales que a mediados de los 70 comenzarán a copar las estructuras académicas y mediáticas, esos mandarines de la modernización a los que hacíamos referencia en páginas anteriores. Las transformaciones en el seno del Estado social y el abandono paulatino del fordismo se veían así acompañados, cuando no directamente impulsados, por una nueva racionalidad de gobierno de la que precisamente Buchanan (Premio Nobel en 1986), sería uno de sus grandes exponentes junto a Milton Friedman (Premio Nobel en 1976...justo en el corazón de esta etapa aquí descrita) o Hayek (Premio Nobel en 1974...). Como el senador de Maryland James Clark, uno de los grandes impulsores de la BBR en los 70, dijo: “Las

³¹⁶ Un resumen de todas estas circunstancias, puede verse en MORGAN, I., “Unconventional Politics: The Campaign for a Balanced...”, op. cit., p. 422.

³¹⁷ Los niveles de deuda pueden consultarse en *ibid.*, p. 422.

universidades que enseñan las teorías de Lord Keynes y los políticos que las distorsionaron para sus propias necesidades, son los arquitectos de nuestro presente dilema y deben soportar su responsabilidad.”³¹⁸

Estos cambios de concepción para con la economía y el papel del Estado en la misma, que vendrían acompañados de la labor intelectual de los académicos neoliberales, se verían prontamente reflejados en lo que entonces se dio a conocer como “Revolución fiscal”, y donde la Proposición 13 de California, ya sucintamente analizada, constituyó el paradigma. El temor frente a la expansión de los impuestos y del gasto estatal había llevado a los ciudadanos de California a aprobar la limitación constitucional de las bases impositivas en una traslación normativa de los planteamientos teóricos buchanianos casi exactos, aunque la influencia de los mismos en la proposición siga siendo hoy controvertida.

Dentro de esta “revolución”, de esta renovada preocupación por la necesidad de limitar la acción presupuestaria y fiscal de los gobernantes en un marco de inusitada desconfianza hacia los mismos, fue impulsada la *National Taxpayers Union* (NTU, en adelante) que, aunque nacida en 1969, apenas fue conocida y tuvo relevancia hasta mediados de los 70. Este pequeño grupo afincado en Washington constituía un lobby conservador, asociado a determinados alineamientos dentro del Partido Republicano cercanos al libertarismo,³¹⁹ que abogaba por la introducción de la BBR en la Constitución Federal y por la aprobación de más amplias restricciones normativas al margen de acción económica de los gobiernos, aunque ello incluyera un drástico recorte en el presupuesto de defensa.³²⁰ La NTU recibiría durante esos años además unos cuantiosos fondos por parte de empresarios y ciudadanos anónimos a través de suscripciones públicas, expandiendo sus miembros, sus actividades e influencia de manera significativa a partir de 1975.³²¹ La aprobación en junio de 1978 de la Proposición 13 en California sería,

³¹⁸ Citado en *ibid*, p. 423.

³¹⁹ RYVIK, D., op. cit., p. 104.

³²⁰ RUSSEL CAPLAN, *Constitutional Brinkmanship: Amending the Constitution by National Convention*, New York: Oxford University Press, 1998, p. 78 y ss. 424.

³²¹ MORGAN, I., “Unconventional Politics: The Campaign for a Balanced...,” op. cit., p. 425.

además, un acicate para la NTU y un impulso tanto de sus ideas por parte de sus miembros y simpatizantes, como de sus objetivos.³²²

Junto con políticos de ambos partidos, aunque con una predominancia clara de los Republicanos (el anterior senador, Clark, era no obstante demócrata), la NTU lideró un verdadero movimiento político para que se reformara la Constitución frente al “establishment despilfarrador de Washington”.³²³ Aprovechando así el recelo arriba descrito, o quizá a causa directamente del mismo, el movimiento fue poco a poco cobrando importancia y despertando recelos en el seno de las viejas estructuras de los dos partidos y de ese mismo “establishment” de Washington al que se acusaba de irresponsable. De ahí que los intentos por parte de la NTU de que la iniciativa de reforma constitucional fuera respaldada en un inicio por el Congreso fueran infructuosos, pues precisamente el movimiento se encuadró desde el inicio en esa “revuelta” o “revolución fiscal” contra las estructuras consolidadas de los aparatos políticos federales. Y de ahí, por ende, la opción por seguir la segunda vía de reforma constitucional que el artículo V permitía, es decir, la convocatoria de una convención constituyente por parte de los propios Estados. La historia de los años del *New Deal* se repetiría, aunque esta vez, mejor articulada y con más éxito.

Para ello, desde el movimiento encabezado por la NTU pro BBR, se necesitaba conseguir el apoyo de las Asambleas de 36 Estados, por lo que se volcaron en ir convenciendo una a una, a veces sin demasiada transparencia y sin apenas debates. Las primeras en aprobar los requerimientos para convocar convención constitucional fueron las asambleas de Maryland y Mississippi en 1975, nada más cobrar auge la campaña de la NTU. Cada vez más la BBR fue vista, a fortiori, como una oportunidad para frenar el creciente papel del poder federal y su predominio en el viejo sistema norteamericano desde los tiempos del *New Deal*. Frenar los excesos de Washington no sólo era así visto con buenos ojos por parte de no pocos gobernadores y políticos estatales, sino también por parte de aquellos sectores de la población que mostraban una gran desafección hacia

³²² Sobre la influencia de la Proposición 13 de California, puede verse O’SULLIVAN, T. A., SEXTON y SHEFFRINI, S. M., “Proposition 13: Unintended Effects and Feasible Reforms, *National Tax Journal*, 55, 1999.

³²³ ACKERMAN, B., *We the People: Foundations*, Cambridge University Press, 1991, p. 86-112. Calificaría a este movimiento como conservador y propio de la “nueva derecha” norteamericana.

la clase de Washington y que proyectaban una gran transversalidad en su composición, incluyendo también a no pocos electores demócratas.³²⁴

A pesar, como decimos, de que en algunos Estados el debate público fue irrisorio y en otros ni siquiera hubo *hearings* o comisiones específicas sobre la materia, poco a poco el movimiento consiguió que un importante número de ellos fuera elevando las peticiones al Congreso. Una figura clave en este éxito, aunque también lo será en su fracaso, sería el gobernador de California,³²⁵ Edmund G. “Jerry” Brown,³²⁶ que aunque al principio reacio a la BBR, no tardó en mostrar su entusiasmo por la misma al calor del éxito de la Proposición 13 en su propio Estado. Aupado por la “revuelta” fiscal (*Revolt Tax*),³²⁷ Brown llegaría a hablar de “angry citizenry” recuperando las riendas del gobierno y arrebatándoselas al “establishment”.³²⁸ Aunque Brown, demócrata del ala más progresista él mismo, sostenía una BBR con una visión centrada en el gasto social, no dudó en sumarse al movimiento y a la iniciativa de la NTU, haciendo personalmente campaña por la aprobación de la iniciativa en los Estados.

Pero cuando el número de éstos fue acercándose al requerido para la convocatoria de una convención constituyente, y el movimiento comenzó a ser visto como una auténtica amenaza por las estructuras de ambos partidos, la fuerza de sus ideas comenzaron a saltar de verdad a la palestra pública y política, donde las críticas contra la constitucionalización de la BBR crecieron como la espuma. Curiosamente, los argumentos contra la futurible enmienda constitucional no se basaban tanto en los efectos que ésta pudiera tener sobre la economía, sino sobre el miedo a que una constituyente se celebrara por primera vez desde la de Filadelfia. De un debate económico se pasó a uno eminentemente jurídico.

³²⁴ MORGAN, I., “Unconventional Politics: The Campaign for a Balanced...” op. cit., p. 427.

³²⁵ Sobre las disfuncionalidades que presenta la BBR en la Constitución de California, los problemas y la complejidad fiscales de este Estado, una de las mayores economías del mundo, puede verse CAIN, B. E., y NOLL R. G., op. cit.

³²⁶ En el momento de redactar estas líneas, a finales de 2017, Jerry Brown seguía siendo Gobernador de California.

³²⁷ Sobre la *Revolt Tax* y sus antecedentes, anclados en el clima de desconfianza hacia las instituciones de Washington que fue impulsado, entre otros factores, por el desastre de Vietnam, puede verse el completo estudio de KUTTNER, R., *Revolt of the Haves: Tax Rebellions and Hard Times*, Nueva York: Simon and Schster, 1980.

³²⁸ MORGAN, I., “Unconventional Politics: The Campaign for a Balanced...” op. cit., p. 428.

Y es que el “miedo” era, en parte, justificado. Las dudas rondaban incesantemente sobre la propia previsión del artículo V y cómo debía implementarse (¿cuánto duraban las solicitudes al efecto de los Estados?), así como a su propia naturaleza. Si el movimiento liderado por el NTU quería la aprobación de una específica enmienda constitucional a través de la convocatoria de una convención constituyente, ¿podía limitarse ésta al objeto de aquélla? Algunos constitucionalistas³²⁹ sostenían lo contrario, por cuanto la activación de un poder constituyente conllevaba, por su propia naturaleza, la inexistencia de límites jurídicos a priori sobre la voluntad de la propia asamblea, elevada a la categoría de expresión de la verdadera voluntad del pueblo estadounidense.³³⁰ La Casa Blanca solicitó un informe jurídico al respecto del destacado constitucionalista Laurence Tribe, que recalcó la incertidumbre jurídica que rodearía una futura convención constitucional.³³¹

La posibilidad, por tanto, de que una convención nacida para aprobar límites al poder presupuestario del gobierno federal deviniera en un cambio radical del “consolidado” sistema político estadounidense después de doscientos años de estabilidad, era el miedo que blandían desde Washington frente a la iniciativa de esta nueva expresión de la *Revolt Tax*.³³² Aparte, y como ponía de manifiesto Tribe, existía una clara falta de similitud entre las peticiones elevadas por los Estados, pues no se siguió un patrón específico en ningún momento. Si se hubiera convocado, por ende, convención constitucional y ésta, según sus propios defensores, hubiera estado limitada al objetivo propuesto por los requerimientos estatales... ¿cuál habría sido su alcance exacto? ¿Quién tendría que haberlo definido? Curiosamente, ya existía al respecto jurisprudencia no consolidada de la Corte Suprema. En el caso *Coleman v. Miller*, el alto tribunal norteamericano había establecido en 1939 que los requerimientos realizados por los Estados bajo el artículo V de la Constitución Federal, constituían “cuestiones políticas” cuya interpretación, de precisarse, correspondería al Congreso y no a la Corte.³³³ Si se

³²⁹ Sobre el aparente “vacío constitucional” del escueto artículo V de la Constitución de los Estados Unidos, en este contexto, puede verse H. TRIBE, L., “Issues Raised by Requesting Congress to Call a Constitutional Convention to Propose a Balanced Budget Amendment”, en *Pacific Law Journal*, vol. 10, julio, 1979 y DELLINGER, E., “The Recurring Question of the ‘Limited’ Constitutional Convention”, *Yale Law Journal*, vol. 88, nº 8, 1979. En general, sobre las posibilidades que brinda el art. V, sus limitaciones y alcance, STOKES PAULSEN, M., “A General Theory of Article V: The Constitutional Lessons of the Twenty-seventh Amendment”, *Yale Law Journal*, vol. 103, nº 8, 1993.

³³⁰ MORGAN, I., “Unconventional Politics: The Campaign for a Balanced...”, op. cit., p. 432.

³³¹ KYVIK, D., op. cit., p. 109.

³³² MORGAN, I., “Unconventional Politics: The Campaign for a Balanced...”, op. cit., p. 431.

³³³ KYVIK, D., op. cit., p. 109.

siguiera tal criterio, por tanto, las dudas acerca del verdadero alcance de una convención constitucional y de la posibilidad misma de limitar su objetivo, no se despejarían y la incertidumbre quedaría al albur del Congreso.

Los demócratas contrarios a la convención, agrupados en torno al propio Presidente, Jimmy Carter, lanzaron una campaña contra la idea de la NTU que, como la de esta asociación antes, tuvo un gran efecto y consiguió frenar en parte la iniciativa de reforma constitucional. Así surgieron, para contrarrestar a la NTU, asociaciones y lobbies como *Citizens for the Constitution*, liderado por el vicegobernador de Massachusetts Thomas P. O’Neill,³³⁴ y cuyo nombre ya indica la importancia que la preservación del propio orden constitucional surgido de Filadelfia tenía, como estrategia de miedo, frente a la posibilidad de la convención constituyente.³³⁵

A esta estrategia, además, se sumaron las veladas sugerencias de que futuribles recortes en el presupuesto federal podrían afectar también a los mismos Estados que ahora apoyaban la convención, y que comenzaron a replantearse la conveniencia de la BBR. En este contexto, las luchas internas de ambos partidos, donde cobró especial protagonismo el rechazo que despertaba el gobernador Jerry Brown entre las filas demócratas, terminaron por apuntalar el fracaso de una iniciativa que llegó a estar al borde de la tramitación misma de la convención (si es que sabían cómo hacerlo...).³³⁶

Fracasada finalmente en 1979, en plena Presidencia, como decíamos, de Carter, los intentos de enmendar la Constitución para incorporar la *Balanced Budget Rule* no dejarían de sucederse, sin embargo, a lo largo de las siguientes dos décadas, fracasando todas las proposiciones, y alcanzando apenas el grado de “consenso” entre los Estados que consiguió aglutinarse en torno al movimiento del NTU, Jerry Brown y la *Revolt Tax* de finales de los 70. Durante la Presidencia de Reagan (1981-1989), el equilibrio presupuestario se volvió un tema recurrente, a pesar de los reiterados fracasos en su consecución por parte de la administración federal, lastrada por el aumento del gasto

³³⁴ Destacado miembro de una de las grandes sagas políticas estadounidenses, era hijo del *Speaker* de la Cámara de Representantes, “Tip” O’Neill.

³³⁵ MORGAN, I., “Unconventional Politics: The Campaign for a Balanced...”, op. cit., p. 439. Otras organizaciones de similar naturaleza fueron *The Committee to Preserve the Constitution* o *People for the Constitution*, cuyos nombres son también significativos de la naturaleza del debate que se mantuvo.

³³⁶ *Ibid.*, pp. 439-442.

militar y la reducción de impuestos a las rentas más altas. El vínculo de Reagan con la BBR constituiría, de hecho, una relación de “amor-odio”, donde ante las cámaras y en sus discursos abogaba firmemente por la estabilidad presupuestaria pero donde, al mismo tiempo, la hacía saltar por los aires con cada decisión en materia fiscal. Uno de sus principales asesores en la materia, Lewis Uhler, había sido uno de los principales promotores del *National Tax Limitation Committee*, que abogaba directamente por la constitucionalización de la BBR y de la cual formaban parte destacados neoliberales como Milton Friedman o el ya citado Niskanen.³³⁷

Para aplacar la posibilidad de una convención constitucional, que aún estaba latente dado el alto número de Estados que, a pesar de su fracaso, mantenían el requerimiento,³³⁸ y convencido además de las bondades de una BBR en la Constitución Federal, un ala del Partido Republicano, encabezada por el senador Hatch, propuso en 1981 una enmienda vía Congreso (sin convención) en la que, además de incorporar la exigencia de equilibrio presupuestario, se planteaba la restricción de cualquier subida impositiva federal a no ser que 3/5 de ambas cámaras del Congreso lo aprobara. Esta enmienda, denominada como la “enmienda consenso”, fue debatida a lo largo de los primeros años de Reagan, y despertó ciertas simpatías en el Presidente a pesar de que, reiteramos, su práctica presupuestaria distara mucho de tales objetivos.³³⁹ Logró, de hecho, ser aprobada por holgada mayoría en el Senado, pero la fuerte presencia demócrata en la Cámara de Representantes la acabó frustrando. La aprobación en 1985 de la ley federal *Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act*, conocida por el nombre de sus promotores como la *Gramm Rudman-Hollings Act*, destinada a controlar el déficit público a largo plazo, acabó atenuando los movimientos más fervientes por una BBR en la Constitución.³⁴⁰ Luego nos detendremos en las mismas, por las repercusiones comparativas con la realidad europea que puede albergar.

³³⁷ KYVIK, D., op. cit., p. 105.

³³⁸ En 1912, ante la cercanía, por primera vez, de la convocatoria de una convención constitucional por haberse reunido rápidamente el número de requerimientos necesarios, el Congreso se adelantó a lo que querían los convocantes, la elección directa de los Senadores, enmendando él mismo la Constitución (Enmienda XVII). BOWEN, J. M., “Enforcing the Balanced Budget Rule”, *Seton Hall Constitution*, nº 4, 1993, p. 569.

³³⁹ KYVIK, D., op. cit., pp. 112-113, sobre la relación de Reagan con la BBR y la historia de la “enmienda consenso”.

³⁴⁰ POTERBA, J., “Do Budget Rules work?”, *National Bureau of Economic Research*, working paper 5550, 1996, pp. 15-25.

Durante la presidencia de George H. Bush, se sucedieron los intentos de aprobar enmiendas en el Congreso, aunque ante la falta de consensos, se quedaron en meros amagos. No sería hasta 1995 cuando de nuevo la posibilidad de aprobar la BBR como enmienda en la Constitución se consiguió ver como plausible ante el avance republicano en el poder legislativo. Más de 185 candidatos habían firmado, en las elecciones de ese año, el famoso *Contract with America*, donde la BBR figuraba entre los 10 puntos principales que los republicanos se comprometían a aprobar.³⁴¹ El procedimiento a seguir no era, de nuevo, la convocatoria de una convención constituyente, con los reparos que ello ocasionaba, sino la más fácil y hasta entonces siempre seguida vía de la aprobación por parte del Congreso. El clima en Washington, tras la victoria republicana, era ahora más proclive a la idea, llegando la Cámara de Representantes a aprobar un proyecto de enmienda constitucional en tal sentido por 300 votos a favor contra 132. Finalmente, el ya célebre sistema de *checks and balances* frenaría tal proposición al fracasar en la votación del Senado, donde no se consiguieron los 2/3 necesarios.³⁴²

Esta enmienda, quizá la más perfeccionada y la más discutida de cuantas se han presentado,³⁴³ seguía el espíritu de la “enmienda de consenso” y, además de establecer el equilibrio entre los ingresos y los gastos en los presupuestos federales, se obligaba también desde la Constitución a que las bases impositivas de los impuestos, para poder aprobarse o modificarse, necesitaran de una mayoría cualificada en las dos cámaras del Congreso (la de Representantes y el Senado), blindando así con mayor contundencia las decisiones en materia fiscal. Esta era precisamente una de las medidas defendidas por la EC de Buchanan para acercar al momento unánime las propuestas en materia tributaria y limitar, mediante mayorías cualificadas, la posibilidad de interferencia estatal en la propiedad privada, el *statu quo* económico y la consiguiente expansión sin límites de aquella. Como decimos, al ser este proyecto uno de los más acabados y que, además, se ha tomado como patrón para las siguientes enmiendas, iremos analizando el borrador del mismo en las páginas siguientes conforme vayamos desgranando la problemática misma

³⁴¹ KYVIK, D., op. cit., p.121.

³⁴² KEECH, W., “A Theoretical Analysis of the Case for a Balanced Budget Amendment”, *Policy Sciences*, 18, n° 2, 1985.

³⁴³ Uno de los más destacados asesores que comparecieron a lo largo del proceso de enmienda en el Comité Económico del Congreso fue, precisamente, William Niskanen. Pueden verse sus comparencias en <https://www.cato.org/publications/congressional-testimony/case-new-fiscal-rules>. Según el prestigioso economista vinculado a la Escuela de la elección pública y a la Economía constitucional, “de acuerdo con la letra y el espíritu de la Constitución, la enmienda propuesta define las reglas por las cuales las decisiones fiscales deben ser realizadas, no los resultados de dichas decisiones”.

de la BBR,³⁴⁴ lo que nos servirá de parámetro comparativo de análisis para la realidad europea en la segunda parte de esta tesis.

Finalmente, la enmienda de 1995 se repetiría dos años después, en 1997, con un texto similar, pero nuevamente sería rechazado en el Senado.³⁴⁵ La última vez en que el intento llegó al Congreso fue el 18 de noviembre de 2011, cuando la Cámara de Representantes volvió a rechazar una proposición de enmienda para constitucionalizar la BBR. Desde entonces otras se han presentado sin éxito alguno, y siguiendo siempre el patrón de la de 1995, como la de mayo de 2016.³⁴⁶

No obstante, a pesar de estos fracasos reiterados en enmendar vía Congreso la Constitución para consagrar la estabilidad presupuestaria, y del igualmente fracasado intento de convocar por parte de los Estados una convención en 1979, la posibilidad de ésta última sigue, sorprendentemente, abierta. Y es que, dada la falta de regulación por parte del artículo V de la Constitución, las peticiones que entonces se hicieron para convocar a convención siguen estando en vigor y no han prescrito, pudiendo solamente decaer mediante una votación igual en las respectivas asambleas legislativas de los Estados federados. Y efectivamente, aunque muchos de estos Estados han revocado la petición, otros la han mantenido, y a día de hoy (enero de 2019) son 28 Estados los que siguen abogando (aunque sea desde los 70) por la convocatoria de una convención

³⁴⁴ Texto completo de la enmienda BBR de 1995: SECTION 1. Total outlays for any fiscal year shall not exceed total receipts for that fiscal year, unless three-fifths of the whole number of each House of Congress shall provide by law for a specific excess of outlays over receipts by a roll-call vote. SECTION 2. The limit on the debt of the United States held by the public shall not be increased, unless three-fifths of the whole number of each House shall provide by law for such an increase by rollcall vote. SECTION 3. Prior to each fiscal year, the President shall transmit to the Congress a proposed budget for the United States Government for that fiscal year, in which total outlays do not exceed total receipts. SECTION 4. No bill to increase revenue shall become law unless approved by a majority of the whole number of each House by a roll-call vote. SECTION 5. The Congress may waive the provisions of this article for any fiscal year in which a declaration of war is in effect. The provisions of this article may be waived for any fiscal year in which the United States is engaged in military conflict which causes an imminent and serious military threat to national security and is so declared by a joint resolution, adopted by a majority of the whole number of each House, which becomes law. SECTION 6. The Congress shall enforce and implement this article by appropriate legislation, which may rely on estimates of outlays and receipts. SECTION 7. Total receipts shall include all receipts of the United States Government except those derived from borrowing. Total outlays shall include all outlays of the United States Government except for those for repayment of debt principal. SECTION 8. This article shall take effect beginning with fiscal year 2002, or with the second fiscal year beginning after ratification, whichever is later.

³⁴⁵ Algunos abogaban aquí, no obstante, por excluir a la Seguridad Social del cálculo presupuestario para que no se viera nunca afectada por posibles recortes. El Senador Harry Reid fue el que lideró esta propuesta, que en cierta manera debilitaba la BBR.

³⁴⁶ Puede consultarse en <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-joint-resolution/93/text> Consultado el 23 de enero de 2019.

constitucional, y recordemos que el mínimo está en 34.³⁴⁷ Las posibilidades por tanto no se han despejado del todo, y los recientes movimientos republicanos en Estados Unidos³⁴⁸ parecen querer volver a recuperar el espíritu de la corriente de la *Revolt Tax*³⁴⁹ y la idea, tan teorizada por Buchanan, de constitucionalizar férreos límites a la capacidad presupuestaria del poder federal; uno de los objetivos principales, como hemos visto, que han marcado la agenda constitucional de los Estados Unidos desde la época del *New Deal* y, sobre todo, desde los 70 de Jimmy Carter. Como dice Kyvik, “ningún cambio constitucional ha sido más persistentemente defendido o ampliamente debatido [...] que la enmienda para requerir la estabilidad presupuestaria federal con carácter anual [...]. El remarcable ímpetu y la persistencia de las defensas de la estabilidad presupuestaria [*balanced budget*] se explica cuando todas las dimensiones de esta reforma constitucional son percibidas”.³⁵⁰

3.1.-La problemática constitucional que rodea a la BBR

Analizadas ya las dudas que despierta en los Estados Unidos la posibilidad misma de convocar una convención para la aprobación de la BBR, y que son propias del marco institucional norteamericano, necesitamos comenzar a estudiar los interrogantes que la propia constitucionalización de la *golden rule*, de la estabilidad presupuestaria, despierta en cualquier contexto, y lo haremos al calor de los debates arriba indicados, tomando como referencia las cuestiones jurídico-constitucionales que ya se suscitaron en el primer intento de 1979 y que nunca han podido despejarse con claridad, y haciendo especial hincapié en el borrador de enmienda de 1995. Asimismo, las experiencias estatales que ya existen desde hace décadas en Estados Unidos y el desarrollo teórico de la Economía constitucional, nos brindarán el marco propicio para completar el análisis.³⁵¹

³⁴⁷ Toda la información puede encontrarse en la página web del movimiento pro-enmienda <http://bba4usa.org/> (Consultado el 23 de enero de 2019).

³⁴⁸ https://www.washingtonpost.com/posteverything/wp/2014/10/21/a-constitutional-convention-could-be-the-single-most-dangerous-way-to-fix-american-government/?utm_term=.dbe56827d0e9 Consultado el 1 de diciembre de 2017.

³⁴⁹ Incluso, ante el vacío jurídico en que caería una posible convención, el movimiento a favor de la misma ha elaborado un borrador de normas que la regularían, y que puede consultarse aquí: http://www.conventionofstates.com/proposed_rules (visto el Consultado el 23 de enero de 2019).

³⁵⁰ KYVIK, D., op. cit., pp. 99 y 100.

³⁵¹ Un intento completo de sacar conclusiones desde las experiencias estatales, puede verse en la obra del seguidor de la *Public Choice* y de la Economía constitucional, James M. Poterba. V.g., POTERBA, J. M., “Balanced Budget Rules and Fiscal Policy: Evidence From the States”, *National Tax Journal*, nº 48, 1995;

La mayor parte del debate público en torno a la BBR y su posible constitucionalización se ha centrado siempre sobre la conveniencia económica de su aprobación, y no sobre los problemas técnico-jurídicos que entrañaría. A ello hemos de añadirle la extraña combinación de disciplinas que se precisa en el seno de la Academia para, desde ésta, analizar la BBR, en tanto la regla mezcla en su propia naturaleza materias económicas y político-constitucionales con proyección normativa.³⁵² Como indicamos en la Introducción, los constitucionalistas no suelen, además, abordar cuestiones que rocen la economía, y los economistas, por su parte, desconocen en gran medida el contexto jurídico en que las propias categorías económicas se desenvuelven, creando ello un vacío de análisis integrales sobre la cuestión.³⁵³ Algunos estudios sobre la materia, además, a pesar de intentar preservar una apariencia meramente técnico-jurídica, no dejan de tomar partido a priori siguiendo sus propios idearios políticos,³⁵⁴ algo que es de notar, sobre todo, en cuanto a la delimitación del alcance de la propia BBR y que, de acuerdo con la propuesta de constitucionalismo crítico aquí seguida, hemos de intentar desvelar. ¿Se proponen reducir el tamaño del Estado en una línea más neoliberal o es solamente una norma procedimental que no afecta al gasto social?...³⁵⁵

A pesar de estas dificultades, pueden esbozarse seis puntos clave sobre los que versa la mayor parte de la problemática técnico-constitucional, y que ya han sido abordados predominantemente por la academia estadounidense de acuerdo con los intentos de enmienda arriba indicados. Estos puntos volveremos a seguirlos, comparándolos, en la segunda parte de la tesis, donde analizaremos en detalle la institucionalización de la estabilidad presupuestaria en Europa a la luz de las cuestiones que ahora desarrollamos. De momento nos servirán para arrojar luz sobre la complejidad de cualquier juridificación del principio, constituyendo estos seis puntos un paso previo y general para cualquier estudio que se realice del mismo desde el prisma constitucional.

y “Do Budget Rules Work?”, op. cit., sobre todo en pp. 23-26. El autor se muestra siempre partidario de la eficacia de las restricciones institucionales sobre los niveles de déficit y deuda pública.

³⁵² Para un análisis desde la ciencia política de la conveniencia de la BBR, puede verse KEECH, W, R., “A Theoretical Analysis of the Case for a Balanced Budget Amendment”, *Policy Sciences*, vol. 8, nº 2, Sep., 1985, pp. 157-168.

³⁵³ SETO, T., “Drafting a Federal Balanced Budget ...”, op. cit., p. 1453.

³⁵⁴ Especial mención merecen los estudios del FMI, como BAYOUMI T. y EICHENGREEN, B., “Restraining Yourself: The Implications of Fiscal Rules for Economic Stabilization”, *Staff Papers, International Monetary Fund*, vol. 42, nº 1, 1995. En este en concreto se lleva a cabo un análisis de la eficacia que tienen las BBR, incluso en las políticas anticíclicas.

³⁵⁵ SETO, T., “Drafting a Federal Balanced Budget ...”, op. cit., p.1454.

El ejemplo estadounidense, hasta el momento el más desarrollado en torno a la estabilidad presupuestaria y su institucionalización, nos servirá así como guía y criterio para ahondar en nuestro Aunque a priori parezca sencillo definir lo que es la estabilidad presupuestaria y su previsión constitucional de BBR, veremos en los siguientes apartados cómo poco a poco cada palabra despliega un mar de dudas que, en ocasiones, son difíciles o imposibles de resolver.³⁵⁶

3.1.1.-La definición de estabilidad presupuestaria y el método contable

A primera vista, el objetivo que persigue la BBR es simple y consiste en imponer al Estado la imposibilidad de que gaste más de lo que ingresa, requiriendo con ello un equilibrio en sus proyecciones de ambos medios en torno a un objetivo periódico que suele estar sujeto a una relación numérica. Sin embargo, este contenido numérico es el que arroja ya, en primer lugar, no pocos problemas de concreción. Las formas y métodos de contar los ingresos y gastos son variados y no siempre vienen explícitamente señalados en la previsión constitucional, como ocurría en la enmienda estadounidense de 1995, que convertía esta materia en un verdadero ejercicio de prestidigitación.³⁵⁷

Principalmente existen dos grandes métodos de cálculo: el de contabilidad de caja o efectivo (*cash*) y el de contabilidad de devengo o acumulación (*accrual*).³⁵⁸ La diferencia fundamental entre ambos reside en la consideración del momento temporal en el que se producen y en el que se imputan. El primer método, la contabilidad de caja, imputa y reconoce los ingresos conforme el dinero es recibido, y los gastos, conforme el dinero es gastado o pagado. Es el método más sencillo, por cuanto no recoge las obligaciones por pagar o por cobrar, y suele ser el que se sigue en pequeñas contabilidades (un supermercado, v.g.). El balance se hace, pues, atendiendo al dinero que entra o sale al momento.

³⁵⁶ SAULNIER, R., “Do We Need a Balanced-Budget Amendment to the Constitution?”, *Presidential Studies Quarterly*, 18, nº 1, 1988, p. 159. El autor indica muy sucintamente en este breve texto el conjunto de dificultades con el que nos encontraremos en las páginas siguientes.

³⁵⁷ BOWEN, J. W., op. cit., pp. 581-584, analiza los métodos seguidos por el Gobierno Federal y su preferencia por el sistema de caja o cash.

³⁵⁸ SETO, T., “Drafting a Federal Balanced Budget...”, op. cit., p.1480 y ss. El autor explica las diferencias con la perspectiva siempre de la BBR.

El segundo método, la contabilidad de devengo, presenta sin embargo una mayor complejidad. Se reconocen e imputan los ingresos o gastos cuando éstos, como el nombre del método indica, se devengan, es decir, desde el momento en que la obligación (sea de gasto o de ingreso) comience a desplegar efectos, aunque aún no se haya recibido o pagado el dinero. Por ejemplo, un constructor que ha realizado una obra pero que aún no ha recibido el importe debido por la misma, imputará éste en su ejercicio como ingreso. Por el contrario, sus pedidos de material que aún no han sido entregados ni pagados, computarán como gastos. Este método, por tanto, despliega una visión a largo plazo del balance y de las necesidades presupuestarias, a diferencia del método de caja o *cash*. De ahí que sea el seguido por las grandes empresas o por el sector financiero, donde además de más realista y responsable, suele ser de obligado seguimiento por ley.

En este sentido, el proyecto de enmienda de 1995 establecía, en su sección 1: “Outlays for any fiscal year shall not exceed total receipts unless three-fifths of the whole number of each House of Congress shall provide by law for a specific excess of outlays over vote” (Los desembolsos de cada año fiscal no excederán el total de los ingresos a menos que 3/5 del total de miembros de cada Cámara del Congreso permita por ley un exceso específico de desembolsos).

¿Qué sistema de contabilidad, por tanto, se sigue? El borrador de la enmienda, simplemente, no lo aclara. En el caso de que se siguiera el sistema de caja se posibilitaría que el gobierno o el Congreso autorizaran los gastos que quisieran sin que éstos entraran en el balance y en el cálculo de la BBR hasta que fueran efectivamente pagados. La violación de la enmienda no sólo se podría conseguir, sino que además se camuflaría en el tiempo al posponerla hasta el momento del pago concreto.³⁵⁹ El método de devengo, por su parte, también facilitaría la confusión que suele rondar en torno a los conceptos mismos de ingresos y gastos cuando median situaciones de superávit. Si la estabilidad presupuestaria se refiere, como en la enmienda aquí analizada de ejemplo, a un año fiscal en concreto... ¿qué pasa con los superávits acumulados de años anteriores? ¿Cómo computan? Aunque parezca un tanto quijotesco, tal cuestión se ha llegado a elevar a los altos tribunales de algunos Estados en EEUU. Así ocurrió en el Estado de Idaho con la construcción de una cárcel por parte del condado de Canyon, caso que constituye el

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 1483.

paradigma de los problemas interpretativos que aun los conceptos más sobreentendidos pueden causar en una BBR. El condado había ido reuniendo durante cierto tiempo, en situaciones de superávit, una cantidad de dinero determinada para la construcción de la cárcel. Cuando dicha cantidad se consideró suficiente y adecuada, el condado aprobó la partida presupuestaria y comenzó la construcción. Sin embargo, para ese año fiscal en concreto, el condado estaba aprobando una partida que superaba los ingresos previstos, por lo que estaba vulnerando, en puridad, la BBR que establecía la Constitución de Idaho y, fue en consecuencia, demandado ante la Corte Suprema del Estado. La situación era ciertamente irreal: el condado se había preocupado de reunir los fondos suficientes, acumulando además sucesivos superávits; el coste de la cárcel era sólo financiado por la cantidad acumulada y, mirando únicamente al balance contable, el cumplimiento de la estabilidad presupuestaria se mantenía en la medida en que los fondos eran suficientes y no necesitaban financiarse mediante deuda. Simplemente, en el año fiscal del corriente en que la partida para la cárcel fue aprobada, dichos fondos acumulados no aparecían, al computarse únicamente los ingresos (y los gastos) de ese periodo en concreto. La Corte, consciente de la situación, interpretó en consecuencia que las cantidades acumuladas de superávits debían contabilizarse como ingresos (*revenues*) para los años fiscales sucesivos, ampliando el concepto mismo y permitiendo una mejor planificación a largo plazo en la que la BBR sea cumplida.³⁶⁰

Lo mismo podría, perfectamente, ocurrir al contrario, en cuanto a los gastos. En Estados Unidos existen por ejemplo multitud de *trust funds* que acumulan en situaciones de crecimiento económico cantidades gigantescas de dinero para que, cuando la coyuntura económica empeore, puedan ser utilizadas en beneficio de los fiduciarios. Así, los fondos para financiar los subsidios de desempleo en muchos Estados siguen la lógica de los *trust funds*, y cuando llega una recesión económica que provoca niveles altos de desempleo, las salidas o gastos (*outlays*) de esos fondos se disparan como consecuencia de la activación de los estabilizadores automáticos. Podría por tanto darse la paradoja de que, a pesar de tener dinero suficiente y de haber sido acumulado para ese fin específico, en un concreto año fiscal y en medio de una recesión económica, los gastos de tales *trust funds* se disparasen tanto que, de computarse en el balance general presupuestario, desequilibrasen éste y llevasen a un incumplimiento de la BBR. Aquí, algunas

³⁶⁰ El caso es relatado en TOBIN, D., "The Balanced Budget Amendment: Will Judges Become Accountants?", *Journal of Law and Policy*, n° 12, 1996, p. 157.

experiencias estatales han sido más rígidas, y como en el caso de *Bonemo v. State of North Carolina*, la Corte de Apelaciones entendió que los gastos (*expenditure*) han de computarse conforme se desembolsan, siguiendo el sistema de caja (*cash*), con los problemas que ello conlleva, como ya hemos visto.³⁶¹

Tales cuestiones, como vemos, necesitan ser aclaradas en la aplicación de la BBR para que ésta pueda cumplirse y concretarse a sí misma con un objetivo y significado específico y determinado. La Constitución, o el marco jurídico especial que se cree para institucionalizar la estabilidad presupuestaria, necesita ser claro y concreto para resolver una problemática, como la aquí analizada, que está ínsita en el corazón mismo del principio que se pretende garantizar. Sin embargo, y aun cuando el marco jurídico fuese claro, tendríamos que hacer frente de nuevo a otro problema. ¿Quién supervisaría la corrección de las cantidades devengadas y el reparto a lo largo de los periodos fiscales? ¿Quién consideraría qué cantidades de superávit han de ser computadas como ingresos y en qué año fiscal subsiguiente? Si es el Congreso o el Presidente, éstos serían jueces y parte, por lo que la enmienda podría carecer virtualmente de efectividad jurídica. Para evitarlo, autores como Seto³⁶² abogan por la creación de una agencia independiente que se encargue de hacer tales operaciones, a pesar de la importancia y complejidad que éstas revisten (el presupuesto del Gobierno Federal de los Estados Unidos en 2015 fue de 1.010.000.000 millones de dólares) y de los problemas desde el prisma democrático que una agencia independiente podría presentar.³⁶³ Ya veremos que la solución dada en el marco de la Unión Europea es, posiblemente, la peor de todas y que buena parte de los problemas de cumplimiento, efectividad y materialización del peculiar sistema de *balanced budget* europeo reside en la determinación misma de las magnitudes y estimaciones económicas en juego.

Por otro lado, en la segunda sección la enmienda incorporaba el límite a la deuda de los Estados Unidos y la mayoría cualificada que se necesitaba para incrementarlo: “The limit on debt of Unites States held by the public shall not be increased, unless three-fifths of the whole number of each House shall provide by law for such increase by rollcall

³⁶¹ *Ibid.*, p. 158.

³⁶² SETO, T., “Drafting a Federal Balanced Budget...”, op. cit., p. 1493.

³⁶³ Lo abordaremos posteriormente cuando analicemos la ejecutoriedad de la BBR.

vote” (El límite sobre la deuda pública de los Estados Unidos no será incrementado, a menos que 3/5 de todos los miembros de cada Cámara lo acuerde por ley y mediante voto a mano alzada).

Y es que aquí se nos presenta otra de las confusiones que se suelen dar en torno a la estabilidad presupuestaria. Ésta, como tal, no implica *per se* una limitación de la deuda pública, por cuanto lo que se persigue es el equilibrio fiscal para un periodo concreto entre ingresos y gastos, no cómo estos o aquellos se producen. Sin embargo, en la medida en que intenta desplegar sus efectos para el futuro, la previsión constitucional suele incorporar una restricción porcentual a los niveles de deuda, generalmente indexados al Producto Interior Bruto, para evitar que el equilibrio se rompa por exceso de obligaciones financieras. Así, el concepto de *sostenibilidad financiera* suele venir incardinado en el de estabilidad presupuestaria, dotando a éste de una dimensión a largo plazo de la que carecía originariamente a excepción de los periodos concretos afectados.

El equilibrio presupuestario en un contexto de déficit cero se puede, de hecho, mantener con niveles “moderados” de deuda pública, pues ésta no deja de ser uno de los medios de financiar al Estado y al propio déficit que presente. Sin embargo, la existencia continuada de excesivas deudas, que han de ser pagadas en el futuro y que por tanto, repercutirán en los sucesivos déficits, puede poner en entredicho el objetivo de la estabilidad presupuestaria. Ésta, de darse, no precisaría además emisión nueva de deuda para ese periodo, pues no habría déficit al que financiar. En consecuencia, la interdependencia económica de ambas dimensiones se traslada al ámbito jurídico, aun provocando ello, aún hoy, algunas confusiones en el seno de la doctrina.

Aunque en Estados Unidos la distinción sigue haciéndose sobre todo en el ámbito académico, en Europa se ha venido desfigurando al calor de los recientes mecanismos de gobernanza económica y de las nuevas obligaciones derivadas del TCEG. En España, no obstante, a pesar de que la reforma constitucional del artículo 135 incorpora en el mismo precepto ambas dimensiones, éstas vuelven a aparecer separadas, aunque sea nominalmente, en la ley orgánica de desarrollo, la LO de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Más adelante, en la segunda parte de la tesis, ahondaremos en ello.

Por último, hemos de hacer referencia a una distinción conceptual que en el mundo anglosajón no suele hacerse con asiduidad, no así en España. A veces se confunden los conceptos de “equilibrio” y “estabilidad presupuestaria”, cuando en puridad no se refieren a la misma realidad ni desprenden los mismos resultados. *Stricto sensu*, el de equilibrio se predica de la situación de déficit cero absoluto, es decir, de paridad plena entre los ingresos y los gastos en una situación que sólo puede ser modificada mediante superávit. Así, por ejemplo, cuando la reforma constitucional del artículo 135 operada en España en 2011 establece que “las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario” implica que dichas entidades no podrán, bajo ninguna circunstancia, incurrir en déficit. Al contrario, “la estabilidad presupuestaria” que se prevé para el resto de Administraciones españolas conlleva el establecimiento de límites de déficit que, aun cercanos a la paridad del cero, dejan un margen de acción para poder endeudarse. Ya veremos cómo, en la Unión Europea, ese margen se ha ido estrechando hasta llegar al porcentaje actual del 0,5% del PIB. A pesar de ello, decimos, a veces los dos conceptos se suelen utilizar con el mismo sentido, el de estabilidad y no el de equilibrio, por la tendencia general a que ésta se aplique extensivamente sobre previsiones normativas que la rodean, complementan y refuerzan pero que, estrictamente, no deberían identificarse con la misma.

3.1.2.-La suspensión causal o temporal de la regla

Desde el texto constitucional también ha de abordarse el problema que presenta su propia entrada en vigor en medio del maremagno presupuestario de un Estado. En efecto, la *golden rule* no puede, o al menos no debería, proyectar todos sus efectos desde el inicio de su aprobación, por cuanto podría desequilibrar la incidencia que tienen los presupuestos estatales en la economía de un país. Requerir en el mismo año de su entrada en vigor que se alcance el equilibrio presupuestario cuando éste, por ejemplo, esté muy lejos de ser conseguido o cuando se esté en el corazón de una recesión económica, puede agravar aún más la situación. Y ello no sólo se da en la entrada en vigor de la disposición constitucional, sino en cualquier momento de retorno a su vigencia tras su posible suspensión temporal (como consecuencia de una guerra, v.g.).³⁶⁴ De ahí que el borrador

³⁶⁴ Sobre esta necesidad de transitoriedad, SETO, T., “Drafting a Federal Balanced Budget...”, op. cit., p. 1472. “To require an immediate return to budgetary balance could aggravate the downturn”.

de enmienda de 1995 contemplara un periodo transitorio o *vacatio legis* hasta 2002,³⁶⁵ algo parecido a lo que hará posteriormente la reforma del art. 135 CE en España, pero no las disposiciones de la Unión y del TCEG, como tendremos oportunidad de ver en la segunda parte.

Por otro lado, una BBR en la Constitución debe recoger aquellos casos en los que sus previsiones pueden ser suspendidas atendiendo a las necesidades extraordinarias de gasto, como los que se pueden dar durante conflictos bélicos o graves recesiones económicas. En este último caso, los estabilizadores automáticos se activan como consecuencia del aumento del desempleo, y el Estado a su vez podría necesitar llevar a cabo medidas anticíclicas de estímulo.³⁶⁶

El problema de nuevo aparece en la determinación de quién ha de ser el decisor político que acredite que concurren tales circunstancias, dadas las difusas fronteras que hoy se presentan en las definiciones de “crisis económica” y aun de la guerra. Si es el Congreso, o el Presidente, nuevamente estaríamos dejando que los destinatarios de la restricción constitucional fueran a la vez sus jueces. La sección 5 del proyecto de enmienda establecía que esas circunstancias habilitadoras para su suspensión las tuviera que decidir ambas cámaras del Congreso por mayoría absoluta. Teniendo en cuenta la implicación constante de Estados Unidos en conflictos bélicos alrededor del globo...posiblemente esta previsión no fuese la más acertada de cara al cumplimiento de la *Balanced Budget Rule* que pretendía constitucionalizarse.

Otro problema que se presentaría, de naturaleza más técnica, sería el del ajuste temporal de las previsiones. La estabilidad presupuestaria se lleva a cabo basándose también en la previsión de determinados gastos e ingresos futuros, que en ocasiones escapan por completo de la capacidad anticipadora del legislador.³⁶⁷ Reajustes en el ciclo económico o cambios bruscos en la inflación pueden alterar los planes de ingreso y desequilibrar, al tiempo, el propio objetivo fiscal. La complejidad económica aquí de la

³⁶⁵ Sección 8 del borrador: “This article shall take effect beginning with fiscal year 2002, or with the second fiscal year beginning after ratification, whichever is later” (Este artículo surtirá efectos empezando el año fiscal de 2002, o con el segundo año fiscal desde su ratificación, siempre que sea después).

³⁶⁶ Desde una perspectiva economista y liberal sobre las consecuencias de una BBR sobre las políticas anticíclicas puede verse, MANASSE, P., “Deficit Limits, Budgets Rules and Fiscal Policy”, *IMF Working Paper*, junio 2005.

³⁶⁷ BOWEN, J. W., op. cit., pp. 854-856.

previsión es, como vemos, difícil de encuadrar jurídicamente. Seto, nuevamente, propone que sea una agencia independiente la encargada de hacer los “arreglos” necesarios para mantener el objetivo de estabilidad, pero no indica ni cómo ha de ser esa agencia, cuáles han de ser sus atribuciones y límites concretos o qué legitimidad ha de revestir para llevar a cabo, recordemos, tan importante tarea en el seno de un Estado contemporáneo. Y sí, también aquí la Unión elegirá una opción institucional que posibilite, abiertamente, un campo de discrecionalidad amplísimo y con repercusiones democráticas de largo alcance.

3.1.3.-Previsiones complementarias

Una de las cuestiones más problemáticas en torno a la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria es la tendencia a aprovechar ésta para incorporar reglas accesorias que restrinjan también la posibilidad presupuestaria del Estado en cuanto a los ingresos se refiere. En efecto, para equilibrar el presupuesto no es necesario únicamente recortar el mismo, sino que se puede acudir sin hacerlo a un aumento de los ingresos vía impuestos. Como vimos en las páginas precedentes al referirnos a Buchanan, uno de los ejes centrales de la Economía constitucional es, sin embargo, rechazar extensiones de los mecanismos de redistribución tributarios por considerarlos “injustos” y contrarios a la libertad individual. Dentro de la Economía constitucional no es raro encontrar elaboraciones teóricas que defienden acérrimamente el blindaje de los impuestos en la Constitución frente a las mayorías sociales que se alternan en el poder, elevando por ejemplo la mayoría necesaria en los parlamentos para aprobar subidas de impuestos o petrificando las bases impositivas, como hiciera la Proposición 13 de California en el contexto de la *Revolt Tax* de los 70.

En este sentido giraba precisamente una de las proposiciones planteadas durante el trámite de la enmienda de 1995: exigir que para elevar las bases impositivas federales el Congreso necesitara el 60% de apoyo en ambas cámaras. Los cantos a la supuesta neutralidad de la enmienda, por ende, quedarían bastante ahogados, dado el diseño constitucional, el sistema actual de partidos en Estados Unidos y la dificultad que existe para alcanzar amplias mayorías en cámaras con distinta composición. Indiscutiblemente, tal posicionamiento en una previsión constitucional tendería a dotar de mayor rigidez al sistema impositivo y a perpetuar, de manera conservadora, el *statu quo* fiscal en un marco,

por otro lado, limitado por arriba mediante la adyacente BBR.³⁶⁸ Si por un lado se hace más costoso, políticamente, subir los impuestos, y por otro tenemos la obligación jurídico-constitucional de equilibrar el presupuesto, ante cualquier vaivén económico las salidas sólo podrían darse vía recortes en el gasto público. Como tendremos oportunidad de ver con detenimiento en la tercera parte, aunque en la Unión Europea no se haya propuesto hasta ahora la petrificación con efectos constitucionales de las bases imponibles o la exigencia de mayorías cualificadas para el incremento de impuestos, la situación al final resulta más conservadora desde el punto de vista fiscal dada la configuración de la constitución económica europea y de la en ella de las libertades fundamentales y el principio, ordoliberal en su esencia, de competencia.

Buchanan analiza estas previsiones como requisito meramente procedimental que no implicaría el seguimiento de ninguna política concreta,³⁶⁹ no queriendo ver (o no viendo) la configuración del sistema de político norteamericano y la dificultad añadida que suponen las mayorías cualificadas. Así, de nuevo recurriendo a la metáfora del código de circulación (una constante en el pensamiento neoliberal), indica que

La distinción esencial que debe ser hecha es aquella entre una norma que actúa sobre los procedimientos a través de los participantes a los que se les permite tomar decisiones, y una norma que actúe directamente sobre los *resultados* [...]. Un ejemplo simple: una norma que obligue a que todos los vehículos a motor deban conducir por el lado derecho en Estados Unidos, es *procedimental* [...]. En el contexto de las democracias políticas, la mayoría de las normas que normalmente clasificados como constitucionales son procedimentales.³⁷⁰

Afirmaciones extrañas para quien, en el fondo, lo que está buscando es la garantía de una BBR petrificada en la Constitución con el objetivo de salvaguardarse, incluso, de las mayorías sociales que democráticamente se alternan en el poder político.

Por su parte, y aunque ya hemos aclarado la interconexión que existe entre los límites constitucionales al endeudamiento (estabilidad o sostenibilidad financiera) y la constitucionalización de la *golden rule* (estabilidad presupuestaria *stricto sensu*), suelen

³⁶⁸ HARVARD LAW ASSOCIATION, “The Balanced Budget Amendment: An Inquiry into Appropriateness”, *Harvard Law Review*, 96, nº 7, pp. 1606 y ss.

³⁶⁹ BUCHANAN, J. M., “Clarifying confusion about the Balanced Budget Amendment”, *National Tax Journal*, XLVIII, nº 3, 1995, p. 251.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 350. La cursiva es nuestra.

seguir existiendo intentos de extensión de los primeros aprovechando una BBR. Así, algunos autores, como Kiewiet y Szakaly, defienden, con una clara connotación buchaniana, la conveniencia de exigir referenda para elevar los límites de deuda, incluso referenda a nivel nacional en los Estados Unidos.³⁷¹ De nuevo aparece, por tanto, la defensa teórica de los mecanismos de democracia semidirecta para restringir la supuesta expansión inmanente del Estado y sus Administraciones, en tanto éstos no dejan de estar cooptados por los mismos representantes de los poderes constituidos que tienen la última palabra en el Congreso, aun con mayorías cualificadas.³⁷²

De acuerdo con Moak, “la historia de la deuda pública en los Estados Unidos en todos los niveles tiende a mostrar que el electorado es financieramente más conservador que sus representantes en el gobierno”.³⁷³ La unanimidad wikselliana y la proyección de equilibrio liberal salvaguardado en el momento constituyente resuenan aquí con fuerza.

3.1.4.-El alcance del ámbito de actuación institucional

Generalmente, cuando nos referimos a la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria nos estamos refiriendo, a su vez, al presupuesto que el Gobierno, ya sea el federal en los Estados Unidos o el central en España, presenta para su aprobación al Parlamento. Ahora bien... ¿qué es el “Gobierno” presupuestariamente hablando? ¿Hasta dónde llegan las previsiones constitucionales de una BBR?

La enmienda de 1995 habla de los ingresos y desembolsos del “Gobierno de los Estados Unidos” (*United States Government*) o de los límites de deuda de los “Estados Unidos”, pero no concreta exactamente a qué instituciones se refiere ni el alcance de tales

³⁷¹ KIEWIET D. R. y SZAKALY, K., op. cit., p. 93. Defienden esta medida en su trabajo porque, de sus análisis sobre los datos comparados desde la década de los 60 hasta principios de los 90, se desprende según ellos que los Estados que tienen constitucionalizada la necesidad de referéndum para elevar los niveles de deuda, emiten menos y tienen sus cuentas, por ende, más “saneadas”. Critican, al mismo tiempo, la ineficiencia del requerimiento a tal fin de mayorías cualificadas en los parlamentos.

³⁷² Sobre esta defensa de los mecanismos de democracia semidirecta, como los referenda para la aprobación de las bases impositivas, puede verse FELD, K. y KIRCHGÄSSNER, G., “On the Effectiveness of Debt Brakes: The Swis Experience”, *Center for Research in Economics, Management and the Arts*, Working Paper, nº 21, 2006, pp. 3 y 4, con especial hincapié en el peculiar sistema político helvético. Sobre el mismo, GEROTTO, S., *Suiza: sobre cómo se gobiernan los suizos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015; o SÁNCHEZ FERRIZ, R. y GARCÍA SORIANO, M. V., *Suiza: sistema político y Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

³⁷³ MOAK, L., *Municipal Bonds: Planning, Sale, And Administration*, Chicago: Municipal Finance Officers Association, 1982, p. 114.

términos. Por ejemplo, en la administración federal de los Estados Unidos existen multitud de agencias independientes, como el *Postal Service* o la *Federal Home Loan Mortgage Corporation* (Freddie Mac), aparte de verdaderas instituciones separadas como la Reserva Federal (FED). ¿Estos organismos entran en la BBR? ¿Entran en el balance gubernamental que hay que analizar a la luz de la estabilidad presupuestaria constitucionalizada? El caso de la FED es más sencillo, puesto que existe una ley específica que exime su presupuesto de ser imputado al federal... ¿pero en el resto de los casos?

La situación es mucho más complicada cuando han de analizarse los famosos *trust fund* (fondos fiduciarios) ya mentados, como la Seguridad Social estadounidense, que cuenta con fondos e ingresos propios y reviste una apariencia de total independencia. Los destinatarios de sus futuros gastos se conocen de antemano (los pensionistas) así como los medios de ingresos (las cotizaciones de los trabajadores-futuros pensionistas). Generalmente, en los cálculos actuales del presupuesto federal se dejan fuera a estos fondos (*off-budget*), que están exentos de aprobación o revisión parlamentaria. Sin embargo, una enmienda constitucional que le da casi todos los poderes de interpretación y ejecutoriedad de su contenido al propio Congreso, como hacía el proyecto de enmienda de 1995, podría habilitar constitucionalmente al mismo a que entendiera mediante ley que tales fondos han de ser integrados en el cálculo de la BBR y que, por tanto, cantidades como las debidas a la Seguridad Social han de ser imputadas al cálculo total por el que se persigue la estabilidad o el equilibrio presupuestarios y dejar de ser consideradas como fondos fiduciarios.³⁷⁴ Aunque, como ya hemos visto, hubo proposiciones en este sentido por parte de algún senador demócrata para excluir, constitucionalmente, a la Seguridad Social de los efectos de una BBR, la ausencia de tales previsiones no deja de revelar la ausencia misma de concreción normativa sobre el alcance del ámbito subjetivo en el que la estabilidad presupuestaria operaría en el caso analizado,

3.1.5.-Los instrumentos de evasión

Si el objetivo neoliberal de constitucionalizar la estabilidad presupuestaria es poner su meta a salvo de la disponibilidad política diaria, una de las mayores preocupaciones que

³⁷⁴ SETO, T., "Drafting a Federal Balanced Budget...", op. cit., p. 1498.

se presentan ha de ser la capacidad que tienen las propias instituciones afectadas para evadir la regla de la BBR. Al ser una norma que se proyecta sobre la complicada y compleja madeja presupuestaria, existen múltiples instrumentos para que los Gobiernos, e incluso los propios Parlamentos, se salten su propio pre-compromiso financiero cuando así lo estimen oportuno, aunque sea de forma antijurídica.³⁷⁵ Y aquí, nuevamente, los tribunales son protagonistas esenciales de la efectividad de la BBR a través de la interpretación de la constitucionalidad de tales instrumentos. Los casos que ya se han dado a nivel estatal en Estados Unidos, de hecho, nos proporcionan un amplio marco en el que poder recorrer, sucintamente, tales artefactos diseñados específicamente, en ocasiones, para evadir la estabilidad presupuestaria.³⁷⁶

-Fondos especiales

Desde el siglo XIX ha habido cierto consenso a la hora de extraer a los *special funds* de los presupuestos sujetos a *balanced budget*. Estos fondos, con una larga tradición en los Estados norteamericanos,³⁷⁷ son constituidos para la financiación de determinados proyectos cuyas cantidades a ellos adscritas sólo pueden ir dedicadas a los objetivos por los que nacieron. No es extraña su constitución para grandes infraestructuras, en las que se requiere una suma importante de dinero que se obtiene, a través de estos fondos, mediante la emisión de deuda aparejada a los mismos o mediante la adscripción a ellos de los ingresos de determinados impuestos.³⁷⁸ Ese dinero, y la deuda asociada que emite el *special fund*, no suelen entrar en el cómputo general presupuestario de los Estados, pues se entienden autónomos a los mismos y quedan, por ende, exentos de ser afectados por la BBR.

³⁷⁵ Al contrario de lo que se defiende desde la Economía constitucional y la fe que se tiene en programas como el de la *Public Choice* en la efectividad del marco institucional, autores como Wildavsky sostienen que lo determinante en el cumplimiento de previsiones como las que recoge una BBR, no es el marco jurídico sino la cultura política de un país. Vid. WILDAVSKY, A., “A Cultural Theory of Expenditure Growth and (Un)balanced Budgets”, *Journal of Public Economics*, 28, nº 3, 1985, pp. 349-357.

³⁷⁶ KRISHNAKUMAR, A., op. cit., pp. 175-180.

³⁷⁷ Sobre la creación de *authorities* por parte de los Estados para que administren fondos especiales no sujetos a las limitaciones de deuda de las BBR estatales, BUNCH., B. S., “The Effect of Constitutional Debt Limits on State Governments’ Use of Public Authorities”, en *Public Choice*, vol. 68, nº 1/3, 1991, pp. 57-69. El autor hace un análisis de los datos que proporcionan diversas fuentes para concluir que, conforme son más estrictas, en teoría, las restricciones constitucionales de BBR tanto sobre la deuda como sobre el déficit, los Estados crean más medios alternativos, como estas *authorities*, para evadirlas.

³⁷⁸ HEUN, W., “Balanced Budget Requirements and Debt: Brakes feasibility and Enforcement”, *German Economic Review*, 15, nº 1, 2014, p. 105.

La utilización masiva de estos instrumentos, y de forma fraudulenta en ocasiones, puede servir para evadir la regla presupuestaria constitucionalizada, incluso en cuanto a los gastos corrientes se refiere. De ahí la importancia de la interpretación que de los mismos pueda hacer la jurisdicción constitucional o, en el caso europeo, el TJUE. Un relativo nuevo desarrollo de tales fondos en Estados Unidos, bajo el concepto de *appropriation debt*, se ha convertido también en un mecanismo innovador para evadir la regla. Se trataría de contratos firmados entre distritos o autoridades públicas con los Estados u otros poderes, por medio de los cuáles éstos se comprometen a financiar puntualmente la deuda contraída por los primeros para la realización de proyectos concretos. Este compromiso de los Estados para con las autoridades subestatales, a pesar de ser un compromiso como tal financiero, no suele sin embargo computar para el cálculo de la BBR a nivel estatal.³⁷⁹ En el marco de la Unión Europea, como veremos en la segunda parte, tal vacío normativo se ha conseguido superar a través de la ampliación del ámbito objetivo de aplicación, que en la UE cubre a toda la esfera pública, incluyendo a los fondos que se erijan desde los poderes a ella inscritos.

-Deuda a corto plazo

Otro de los instrumentos que se han solido utilizar a nivel estatal para poder financiar gastos corrientes o proyectos concretos sin violar, aparentemente, las reglas de gasto, se refiere a la práctica de la compra de deuda a muy corto plazo, dentro del mismo año fiscal que está sujeto a la BBR. Esta operación, conocida como *Short-Term Borrowing* ha llegado a los tribunales estadounidenses por si pudiera ser un medio a través del cual evadir las exigencias constitucionales de estabilidad presupuestaria. El caso más destacado se dio en el Estado de Nueva York, donde su Corte de Apelaciones examinó en dos ocasiones tales operaciones en los casos *Wein v. State I*, y *Wein v. State II*. En ellos, la Corte estableció que tal práctica no sería inconstitucional siempre y cuando los pagos de la deuda de corto plazo estuvieran adscritos, como suelen hacerse, a los ingresos ciertos de determinados impuestos, y cuando el cálculo de tales ingresos no sea negligente. En efecto, una previsión demasiado optimista, si se hace conscientemente con

³⁷⁹ HEUN, W., op. cit., p. 106.

el fin de poder emitir más deuda en el corto plazo bajo la suposición de su financiación dentro del mismo año fiscal, aun a sabiendas de que este objetivo no puede darse, vulneraría la BBR en la medida en que el presupuesto se desequilibraría al final del periodo. Ahora bien, para la Corte de Apelaciones ello ha de ser demostrado por la parte demandante, que es la que tiene la carga de la prueba.³⁸⁰

-Lease Arrangements

Estos instrumentos, que ya no son extraños para ordenamientos continentales como el español, consisten en el sentido que aquí nos interesa en un contrato firmado entre una autoridad pública con capacidad presupuestaria y un tercero, en el que éste acuerda la financiación de un proyecto mediando una renta periódica y con opción final de compra o adquisición. Además, el acuerdo suele incluir una cláusula por la que, de no cumplirse el pago de la renta, el contrato queda automáticamente resuelto. Es precisamente por esta última cláusula por lo que la deuda de pago contraída por el poder público que se beneficia del contrato no suele computarse en los presupuestos sujetos a BBR. Como en el caso *Dieck v. Unified School District of Antigo*, la Corte Suprema del Estado de Wisconsin determinó que no se había vulnerado la *balanced budget* que establece la Constitución estatal porque tales deudas sólo han de ser entendidas así cuando exista “una obligación de pagar y el acreedor tenga el derecho a ejecutar dicho pago contra el municipio”. Es decir, como quiera que existía una previsión en el contrato que no obligaba a la institución pública al pago, pudiendo cesar éste y por tanto resolver el contrato, las deudas contraídas para el mismo no debían ser computadas como tales y quedaban fuera de la BBR. Bajo este criterio, de asumirse a nivel federal, todos los contratos con cláusulas de terminación parecidas podrían quedar fuera de lo previsto en la enmienda, con lo que ello podría suponer en términos reales.³⁸¹

³⁸⁰ TOBIN, D., op. cit., p. 160.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 164.

-Instituciones ad hoc: *building authorities*

Con el auge de la inversión estatal en servicios y obras públicas, a principios del siglo XX comenzaron a surgir las hoy famosas *authorities*,³⁸² instituciones específicas creadas por los Estados (o incluso, por el Gobierno Federal) que, con autonomía financiera, se destinan a la consecución de unos determinados objetivos, generalmente la realización de grandes infraestructuras y su mantenimiento.³⁸³ Con el *New Deal* y la expansión presupuestaria que supuso, las *authorities* se expandieron por todos los Estados Unidos en un boom que, tras la Segunda Guerra Mundial y la entrada del país en la *Golden Age* del capitalismo, se consolidó.³⁸⁴

Desde muy temprano, además, se comenzaron a vislumbrar dos tipos de instituciones diferentes entre sí. Las *operating authorities*, por un lado, aunque generalmente creadas también para la construcción y mantenimiento de grandes infraestructuras, que son financiadas por los ingresos futuros que las mismas provean, es decir, por los consumidores/ciudadanos. No obstante ser creadas por los Estados, en ocasiones se dejan por completo al albur de la iniciativa privada, que puede encontrar en ellas una buena fuente de ingresos si las expectativas son rentables. Por otro lado, las *building authorities* no tienen ingresos comerciales y derivan la totalidad de su financiación de la emisión de deuda.³⁸⁵ Caso de tener débiles ingresos por tasas de servicio o uso, éstos nunca podrían llegar a amortizar las deudas contraídas y a financiar con éxito el proyecto por el que la institución se yergue. La iniciativa privada aquí sólo puede buscar beneficio en la expectativa de que las deudas contraídas sean pagadas, finalmente, por la autoridad estatal o municipal que ha creado la *building authority*.

Y este tipo de instituciones es el que, precisamente, más se utiliza para evadir las BBR constitucionales.³⁸⁶ La deuda emitida, aunque ha de ser pagada en última instancia

³⁸² Al respecto, el estudio de Morris, aunque escrito a finales de los 50, no ha perdido vigencia, y sigue constituyendo una fuente importante a la hora de analizar el fenómeno y sus orígenes, *vide*. MORRIS, R., C., “Evading Debt Limitations with Public Building Authorities: The Costly Subversion of State Constitutions”, en *The Yale Law Journal*, vol. 68, nº 2, 1958. Las *authorities* pueden también recibir otros nombres, como *boards*, *commissions*, *agencies*...

³⁸³ La primera *authority* destacada fue la *The Port of New York Authority*, creada en 1921 y en la que participa también el vecino Estado de New Jersey.

³⁸⁴ MORRIS, R., *op. cit.*, pp. 235-236.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 239 A partir de 250 y ss. se describen mejor.

³⁸⁶ KIEWIET D. R. y SZAKALY, K., *op. cit.*, p. 69.

por las administraciones que crean las *authorities*, y aunque éstas sean en sí creadas por aquéllas, no suele computar en el balance fiscal de los presupuestos, al entenderse que son cantidades que se corresponden con organismos independientes. Es más, al ser la mayor parte de los bonos que se emiten en este contexto deuda no garantizada, cuyo pago no está adscrito a determinados impuestos y donde no existe la obligación por parte del Estado de incrementar o crear nuevos tributos para cumplir con el pago, los intereses que han de pagar las administraciones públicas a cambio de la financiación suelen ser mayores que los de los títulos de deuda emitidos bajo la BBR. Ésta puede provocar, por lo tanto, que los costos de la deuda sean mayores al eludir sus previsiones las autoridades con la emisión de deuda no garantizada a través de *authorities* o *specials funds* que, al no tener la plena confianza de los inversores, precisan de intereses mayores. Al final, por tanto, la BBR puede provocar, paradójicamente, mayores niveles de endeudamiento estatal, administrado, además, por instituciones en ocasiones excesivamente opacas y alejadas de los debidos controles democrático-constitucionales.³⁸⁷

3.2.-El problema de la ejecutoriedad: ¿jueces haciendo cuentas?

La cuestión de la ejecutoriedad, por su relevancia y por ser en sí misma el problema fundamental que se presenta en la eficacia normativa de cualquier constitucionalización de la estabilidad presupuestaria, ha de ser analizada aparte para garantizar así una mayor dedicación en el estudio de su particular problemática. La necesidad de la elevación de la BBR a nivel constitucional se explica precisamente, por parte de sus defensores, ante la ineficacia a priori que muestran los mecanismos legales de restricción. Si el Presupuesto es aprobado por el Congreso y el Presidente sin mayorías cualificadas, el hecho de que existan disposiciones legales tendentes a la restricción es, simplemente, insuficiente ante la posibilidad de que puedan ser modificadas por los mismos órganos y mediante las mismas mayorías.

³⁸⁷ KIEWIET D. R. y SZAKALY, K., op. cit, p. 70-71.

La restricción deja de serlo ante tamaña disponibilidad por parte del legislador.³⁸⁸ Ni siquiera el precompromiso de Elster puede ser aplicado,³⁸⁹ pues aquí las cadenas o cuerdas para atarse a sí mismo son excesivamente endeble o cuando no, directamente, inexistentes. Para poder tener eficacia, como defendía Buchanan,³⁹⁰ el precompromiso debe juridificarse en un texto con pretensiones de inmutabilidad y cuya suprema jerarquía “garantice” su cumplimiento sobre los propios poderes constituidos, incluido el legislativo.

En el marco norteamericano, la aprobación en 1985 de la famosa *Gramm-Rudman-Hollings Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act*, y de su posterior adenda de la *Reaffirmation Act of 1987*,³⁹¹ había demostrado a mediados de los 90 que las restricciones legales no tenían por qué ser determinantes a la hora de conseguir un presupuesto equilibrado. A pesar de que autores como Poterba o Hanm consideran que la ley fue efectiva y que permitió la consecución de superávits durante la Presidencia de Bill Clinton, ellos mismos reconocen que no puede asegurarse que tales “logros” se debieran exclusivamente o en gran parte a la ley, dada la imposibilidad, además, de hacer argumentos contrafactuales. La ley ampliaba las fases del proceso de discusión presupuestaria, impelía al Presidente a enviar siempre presupuestos equilibrados al Congreso, y permitía que éste estableciera objetivos de déficit a largo plazo, entre otras medidas. Como dicen Hou y Smith, las restricciones legales que establecen una BBR suelen ser más explícitas, completas y exhaustivas que las constitucionales, por cuanto en éstas últimas sólo se recogen previsiones generales dada la naturaleza misma de la norma en la que se insertan. De ahí, dicen, “el hecho de que las previsiones legales sean más

³⁸⁸ SETO, T., “Drafting a Federal Balanced Budget...”, op. cit., pp. 1525 y ss., propone un sistema de incentivos basado en las teorías de la *Public Choice*, que no concreta, para estimular el cumplimiento de una BBR constitucional sin necesidad de acudir al poder judicial. También un recurso a dichas teorías puede encontrarse en BOWEN, J. W., op. cit., pp. 570 y ss.

³⁸⁹ En este sentido, Thomas Schelling, siguiendo a la *Public Choice*, realiza una metáfora similar sobre la constitucionalización de la BBR, pero llamando al precompromiso “self-command”. SCHELLING, T., C., *Choice and consequence*, Cambridge: Harvard University, 1984. El propio Elster comentaría esta aportación en ELSTER, J., “Review of Schelling: Choice and Consequence”, *Journal of Economic Behavior*, nº 6, 1985.

³⁹⁰ Buchanan y Wagner, siguiendo la estela de la metáfora elsteriana, llegan a hacer la analogía con los borrachos que restringen a sí mismos su voluntad. BUCHANAN, J. M. y WAGNER, R. E., op. cit., p. 159. Autores como SETO, T., “Drafting a Federal Balanced Budget...”, op. cit., p. 1466, defienden la constitucionalización desde la perspectiva de la Economía constitucional. Curiosamente, bajo sus coordinadas y presupuestos teóricos es difícil explicar dos hechos: que durante gran parte de la historia de los Estados Unidos el presupuesto había estado equilibrado, y el interés constante de ciertos legisladores por aprobar una BBR, lo cual iría en contra de la visión que del poder político y de la administración tiene la escuela buchaniiana de la *Public Choice*.

³⁹¹ HEUN, W., op. cit., p. 104. Fue impulsada esta modificación por una sentencia de la Corte Suprema que consideraba inconstitucional algunas invasiones competenciales de la anterior ley.

difíciles de evadir o manipular porque están escritas en un detallado y no ambiguo lenguaje”, no como ocurre con las constitucionales.³⁹² No obstante, no compartimos aquí el optimismo de los autores, por cuanto las restricciones legales, al ser disponibles por el propio Congreso o por los mismos poderes que las emiten, presentan una virtualidad jurídica que, cuanto menos, ha de ser puesta en cuestión,³⁹³ como así haremos al analizar en la tercera parte la juridificación no constitucional de la estabilidad presupuestaria en algunos Estados de la Unión.

Esta inconsistencia jurídica, a pesar de que el déficit federal no alcanzaba altas cotas, fue la que, en parte, creó el clima favorable para la revitalización de la constitucionalización de la BBR en el seno del Partido Republicano a mediados de los 90 (*Contract with America*) y el intento fallido de enmienda constitucional, vía parlamentaria, de 1995.³⁹⁴ Sin embargo, el borrador de ésta no es capaz de desplegar ningún mecanismo de control eficaz y se limita automáticamente a adscribir la ejecutoriedad al propio proceso político. Para la enmienda de 1995, el mecanismo que garantiza el cumplimiento de su contenido es el propio del juego parlamentario diario, no del campo de lo jurídicamente ejecutable. Las sanciones ante incumplimientos de la BBR se dejarían al albur de la buena predisposición de las mayorías políticas y de sus correlativas expresiones en el Parlamento a través de las elecciones, y no serían automatizadas a través de procedimientos jurídicos concretos.

Así pues, uno de los objetivos para los que nacería la enmienda, el de garantizar su carácter vinculante frente a una descreída *bona fides* política, se sustancia a través de su propia némesis y queda, por ende, anulado en su operatividad. ¿Qué nos asegura que lo que hasta ese momento no había hecho el Congreso, equilibrar el gasto, vaya a ser ahora realizado por obra y gracia de una reforma constitucional sin sanciones jurídicas?³⁹⁵

³⁹² HOU, Y. y SMITH, D. L., “Framework for Understanding State Balanced Budget Requirement Systems: Reexamining Distinctive Features and an Operational Definition”, op. cit., p. 43.

³⁹³ POTERBA, op. cit., pp. 19 y ss, y HANM, D., KAMLET, M., MOEWRY, D. y TSU SU, T., “The influence of the Gramm-Rudman-Hollings Act on Federal Budgetary”, *Journal of Policy Analysis and Management*, vol. 11, nº 2, 1992, pp. 207-234.

³⁹⁴ SETO, T., “Drafting a Federal Balanced Budget...”, op. cit., p. 1465.

³⁹⁵ *Ibid.*, pp. 1470 y ss.

En EEUU, la experiencia de las BBR en las Constituciones estatales no había sido hasta entonces nada satisfactoria.³⁹⁶ Mediando voluntad política, los Estados se saltaban continuamente su propia restricción presupuestaria mediante artimañas legales o contables y sin que las antiguas disposiciones constitucionales pudieran hacer mucho para evitarlo,³⁹⁷ cuando no eran directamente modificadas gracias a la mayor flexibilidad que disfrutaban las constituciones estatales³⁹⁸. De ello eran conscientes también en 1995, pero aun así, prefirieron seguir posponiendo la efectividad jurídico-vinculante de la enmienda. Y ello fue debido, quizá, a la *dificultad inmanente* que existe en el cumplimiento judicial de una disposición de tamaño naturaleza económica.

En el caso de que los legisladores incumplan la BBR y aprueben un presupuesto desajustado con unos gastos exorbitados y difíciles de asumir para un nivel de ingresos dado, ¿cómo puede un Tribunal Constitucional, o la Corte Suprema de los Estados Unidos (como es el caso) restaurar el daño y hacer cumplir la disposición constitucional? Para equilibrar un presupuesto se pueden llevar a cabo dos medidas, que no tienen por qué ser contradictorias y que pueden, por ende, darse al mismo tiempo: subir los impuestos y/o recortar el gasto.

Los que se oponen a que la jurisdicción constitucional pueda equilibrar mediante sentencia el presupuesto para hacer cumplir la BBR, se basan precisamente en su incapacidad a la hora de tomar decisiones en una o en ambas de las direcciones indicadas. De hacerlo, estaría entrando en el campo de la discrecionalidad política y alejándose de su necesaria neutralidad, adentrándose además en cuestiones económicas sobre las que los jueces, en la mayoría de las ocasiones, carecen de las habilidades necesarias. Como dice Seto: “Las mejores mentes legales no tienen por qué ser los mejores árbitros

³⁹⁶ Sobre el particular puede consultarse KIRLAND, K. J., “Creative accounting and short-term debt: State responses to the deficit threat”, *National Tax Journal*, vol. 36., nº 3, September 1983; o SUITS, D., and FISHER, R., “A Balanced Budget Constitutional Amendment: Economic Complexities and Uncertainties”, *National Tax Journal*, vol. 38, nº 4, 1985.

³⁹⁷ SETO, T., “Drafting a Federal Balanced Budget ...”, op. cit., p. 1471, indica que en 1982, un informe de la Oficina Presupuestaria del Congreso había concluido que en casi todos los Estados las previsiones constitucionales de BBR no habían evitado el aumento de deuda pública durante los 20 años precedentes. Como diría la propia Corte Suprema del Estado de Wisconsin: “The history of the Wisconsin constitutional provision concerning municipal debt manifests both and abhorrence for public debt and a willingness to increase the debt limit, particularly for school purposes”. Cit. en TOBIN, D., op. cit., p. 155.

³⁹⁸ Por ejemplo, en los 90, el Estado de Alabama ya había reformado su Constitución más de 30 veces para autorizar emisiones especiales de deuda pública que rompían el principio general.

fiscales”³⁹⁹. Sin embargo, autores como Bowen entienden que la falta de conocimientos técnicos específicos sobre la materia no sería un obstáculo destacable en el conocimiento de los casos, pues los tribunales y, muy especialmente la Corte Suprema, ya analizan datos económicos en la aplicación de las leyes anti-trust o en las grandes bancarrotas y se sirven, si hace falta, de informes técnicos evacuados a tal fin. La vaguedad de los términos de una enmienda constitucional de BBR, unida a esa falta presunta de técnica económica, tampoco sería para el autor un problema, por cuanto las Cortes ya interpretan conceptos tan indeterminados como el de la libertad de expresión.⁴⁰⁰ A pesar de esta defensa de la capacidad de la Corte Suprema y en general de los Tribunales, para enjuiciar asuntos de estabilidad presupuestaria, Bowen no logra articular unas respuestas sólidas a las cuestiones que a continuación se plantean, más de índole de teoría política y constitucional, que de técnica econométrica. Él mismo lo reconoce, pero intenta suplir ese vacío con una sentencia infusa:

Si el pueblo de los Estados Unidos ratifica la enmienda de la estabilidad presupuestaria, entonces el pueblo ha tomado, en efecto, la decisión normativa de que el poder judicial debe estar envuelto en su implementación. El argumento normativo basado en la teoría política es, en este sentido, discutible.⁴⁰¹

Si un tribunal, por ejemplo, decidiera que para que la BBR se cumpla se necesitan aplicar recortes presupuestarios... ¿dónde los aplicaría? ¿En ayudas a la investigación o en gasto militar? Ello comportaría, necesariamente, una toma de posición política dentro de un abanico de posibilidades que puede, a su vez, reflejar distintos modelos ideológicos de pensar la *Res Publica*. La naturaleza judicial quedaría así desvirtuada y la propia concepción clásica de la tripartición de poderes, irreconocible.

De hecho, uno de los recurrentes argumentos en contra del control jurisdiccional de la BBR en Estados Unidos siempre ha girado en torno al mantenimiento de su, hasta ahora, eficiente sistema de *checks and balances*. Que la Corte Suprema pueda convertirse en guardián de la estabilidad presupuestaria, implicaría para muchos un ataque fulminante al siempre frágil, por las tensiones políticas que lo atraviesan, *balance of power* constitucional. “La dificultad central con la ejecutoriedad judicial de las violaciones a la

³⁹⁹ SETO, T., “Drafting a Federal Balanced Budget ...”, op. cit., p. 1514. HEUN, W., op. cit., pp.110-111.

⁴⁰⁰ BOWEN, J, W., op. cit., pp. 590-593.

⁴⁰¹ BOWEN, J, W., op. cit., p. 607.

enmienda es su incompatibilidad con la separación de poderes”, afirma tajantemente Grosthwait.⁴⁰²

Aquí hemos de partir también de la consideración que hace Poiares Maduro en su conocido análisis de la jurisprudencia del TJUE,⁴⁰³ que en la última parte de la tesis retomaremos, y que consiste en la constatación de una expansión del Derecho sin precedentes que ha permitido márgenes de actuación cada vez mayores para los tribunales. Durante la segunda mitad del siglo XX, la democracia se ha adjetivado como “constitucional” en una proyección de lo jurídico sobre lo político que ha venido acompañada de la proliferación de principios y valores que han terminado por impregnar todo el ordenamiento. Estos criterios, al ser tan amplios en su formulación y estar respaldados por el aumento de la juridificación de las relaciones socioeconómicas y de la constitucionalización de la vida político-institucional, han podido servir de parapeto para una expansión correlativa del alcance de la justicia constitucional. Sin embargo, al carecer tales criterios de la necesaria concreción por su propia naturaleza pero ser, al tiempo, deudores de una pretensión jurídica de llegar hasta el último rincón del ámbito normado, pueden llegar a suponer la base sobre la que ámbitos cada vez más amplios decaen en la arbitrariedad judicial o, cuanto menos, en una excesiva discrecionalidad. La ordenación económica de un Estado en el que se ha consagrado como principio jurídicamente normativo la estabilidad presupuestaria puede correr así el “peligro” de quedar subordinada, en última instancia, a los criterios de un tribunal que sólo tiene como norte y guía débiles disposiciones habilitantes que nadan en la amplitud y ambigüedad semántica. Una aplicación arbitraria del *fiat iustitia et pereat mundus*, bajo el manto de una disposición constitucional que recogiera la BBR, podría poner así en tela de juicio los fundamentos mismos del sistema político e institucional. La concreción de la política presupuestaria y económica que, al fin y al cabo, es uno de los núcleos más importantes de cualquier Estado, ha de tomarse por órganos legitimados democráticamente, no por instituciones que revisten, precisamente, una función contramayoritaria y cuyo fundamento de actuación no descansa en la legitimidad, sino en la legalidad. Legalidad, además, que ha de canalizarse procedimentalmente para evitar la siempre temida

⁴⁰² CROSTHWAIT, G., “Article III: Problems in enforcing the Balanced Budget Amendment”, *Columbia Law Review*, nº 83, 1983, p. 11.

⁴⁰³ POIARES MADURO, M., *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oregon: Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002, pp. 17-18.

arbitrariedad, y más cuando podría estar protagonizada por un órgano que, dada su naturaleza jurisdiccional, está exento de control político. Ya Hamilton, en *El Federalista* (número 78), aclaraba en cuanto al poder judicial, que éste, por el contrario, “no tiene influencia ni sobre la espada ni sobre la bolsa; no tiene dirección ni sobre la fuerza ni sobre la riqueza de la sociedad y no puede tomar sobre ellas cualquier resolución activa”.⁴⁰⁴

Si la Corte Suprema tuviera que entrar a conocer de remedios concretos contra la inconstitucionalidad de unos presupuestos, se vería obligada a decidir sobre la localización exacta de nuevos ingresos o recortes, paralizando las partidas y entrando al campo de la gestión y administración de los fondos públicos.⁴⁰⁵ Y ello, como se destaca desde la doctrina, no sólo no cumpliría con los deseos de Hamilton o los precedentes judiciales, sino con la propia rúbrica del Artículo III de la Constitución Federal: “El Poder Judicial de los Estados Unidos”.

Y además, se presentarían otras cuestiones no menos importantes que habría que resolver conforme la Corte innovara. Por ejemplo, ¿quién sería la contraparte que tendría que personarse en el proceso? ¿Todo el Congreso, la Mesa o sólo los diputados que hayan votado a favor?⁴⁰⁶ A mayor abundamiento, incluso en el caso de que un silencio constitucional en la materia permitiera a la Corte Suprema de los Estados Unidos conocer de la BBR, de acuerdo a su función de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, no está del todo claro si la Corte pudiera entrar a conocer directamente sobre cuestiones de política presupuestaria de acuerdo a su propio precedente.

En las sentencias *Baker v. Carr* (1962) o *United States v. Muñoz-Flores* (1990), el Alto Tribunal estadounidense perfiló la doctrina de la “cuestión política”,⁴⁰⁷ por la cual definió lo que era susceptible de ser judicializado, en virtud de su naturaleza jurídica, y lo que, por ser meramente político, no podía serlo. Sin embargo, a pesar de estos

⁴⁰⁴ “Has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever”

⁴⁰⁵ BOWEN es de la doctrina minoritaria que apoya la posibilidad de que la Corte apruebe remedios directos contra presupuestos inconstitucionales. Así lo argumenta en BOWEN, J. W., op. cit., pp. 611-618.

⁴⁰⁶ CROSTHWAIT, G., op. cit., p. 8.

⁴⁰⁷ BOWEN, J. W., op. cit., pp. 600-605.

precedentes, el recurso a tal doctrina es bastante discrecional,⁴⁰⁸ y en posteriores casos la Corte no sólo no la ha seguido, sino que incluso parece olvidarla por completo. Así ocurrió, por ejemplo, en cuanto al conflicto entre el Congreso y el *Comptroller General* de los Estados Unidos, que está a cargo de la Oficina de Contabilidad del Gobierno Federal, en el caso *Bowsher v. Synarm*, donde estaban en juego cuestiones presupuestarias y puramente políticas pero donde la Corte analizó, sin ningún obstáculo, la constitucionalidad de las leyes que regulaban el mismo proceso presupuestario.⁴⁰⁹ De ahí que los profesores Charles Fried o Kinkopf convengan en que la doctrina de la cuestión política no sería freno alguno para posibles decisiones de la Corte Suprema sobre la BBR, aunque éstas sean, para él, indeseadas.⁴¹⁰

En otras ocasiones en que se ha invocado ante las respectivas Cortes de los Estados la vulneración de BBR de sus constituciones, algunos Altos Tribunales se han negado también a actuar, rechazando enmendar los presupuestos e interferir en las competencias de otros poderes. Siguiendo a la Corte de Apelaciones de Nueva York, “no hay autoridad constitucional alguna que permita el control jurisdiccional directo de los presupuestos estatales”.⁴¹¹ En *Bishop v. Governor*, por ejemplo, la Corte Suprema de Maryland rechazó de entrada una demanda presentada por contribuyentes y miembros del parlamento estatal contra la estimación de ingresos que el Gobernador había realizado en los presupuestos, al considerarla inconstitucional y contraria a la regla de estabilidad presupuestaria que en su Constitución estatal se consagra. Sin embargo, la Corte rechazó intervenir por haberse finalizado ya el año fiscal y ser inútil, por tanto, la posible incidencia de una decisión judicial sobre el particular. En *Board of Education of the Township of Fairfield v. Kean*, un distrito escolar demandó por inconstitucional una ley estatal que rebajaba sus subvenciones en el contexto de la BBR constitucional, solicitando la anulación del recorte presupuestario y una subida en la partida destinada a tal fin. La Corte desoyó a los demandantes, pues “este es un caso extraño en el que el poder judicial no tiene ningún papel constitucionalmente adecuado a la hora de realizar determinaciones en los fondos presupuestarios”.⁴¹²

⁴⁰⁸ CROSTHWAIT, G., op. cit., p. 5. Durante casi cuarenta años, el que fuera Chief Justice de la Corte Suprema, Hughes, sostuvo que los jueces no podían evaluar cuestiones económicas.

⁴⁰⁹ TOBIN, D., op. cit., p. 191.

⁴¹⁰ KINKOPF, N, “The Balanced Budget Amendment: A Threat to the Constitutional Order”, *Georgia State University Publications*, 11, nº 1, 2011, pp. 6-7.

⁴¹¹ HEUN, W., op. cit., p. 111.

⁴¹² TOBIN, D., op. cit., p. 171.

¿Podría aplicar los mismos criterios la Corte Suprema para auto-restringirse en el conocimiento de una previsión constitucional de BBR federal? Es posible, nuevamente, aunque las consecuencias de la inacción, como indica Tobin, serían mucho más relevantes en el nivel federal que en el estatal. Las mayorías cualificadas que se necesitarían con la enmienda de 1995 para elevar el techo de gasto y la posibilidad de endeudamiento, podrían provocar un bloqueo continuo de impredecibles resultados entre el Gobierno federal y sus necesidades presupuestarias, y el Congreso; situación que se agravaría ante la supuesta pasividad de la Corte, caso de darse.⁴¹³ De hecho, durante el periodo presidencial de Bill Clinton, aunque tanto el Congreso como el Presidente compartían el objetivo de equilibrar el presupuesto, no consiguieron ponerse de acuerdo en cómo conseguirlo, lo que provocó el “cierre” temporal de la Administración federal. Este problema una enmienda de BBR como la presentada en 1995 no sólo no lo solucionaría, sino que lo agravaría al exigir mayorías cualificadas y provocar así mayores bloqueos. Por ejemplo, ¿qué ocurriría si las previsiones de ingresos sobre las que se hace un presupuesto equilibrado fallan en medio del año fiscal previsto? La salida natural ante tales imprevistos, hasta ahora, era la de aumentar el límite de endeudamiento. Pero con una enmienda de BBR sin control jurisdiccional, la discrecionalidad que despliegan los conceptos fundamentales del propio texto constitucional podría dar pie a situaciones de conflicto institucional entre el Congreso y el Presidente, provocando crisis constitucionales de difícil salida si no existiera la posibilidad de intervención de la Corte Suprema.⁴¹⁴

De este modo, una mayoría del Congreso podría convenir en aprobar un medio a través del cual se evadieran parte de los gastos para que no computaran dentro de la BBR (creando instituciones autónomas o nuevos *trust funds*, o utilizando cualquiera de las opciones ya vistas), y evitar así la necesidad de elevar el límite de endeudamiento. Los miembros del Congreso contrarios a tal decisión, si existiera control de la Corte, podrían plantear ante la misma la vulneración de la previsión constitucional en cuanto a sus derechos particulares de voto sobre los límites evadidos, trasladando así al Tribunal la

⁴¹³ *Ibid.*, p. 173.

⁴¹⁴ TOBIN, D., op. cit., p.175.

responsabilidad de decidir, en última instancia, sobre la constitucionalidad de los instrumentos utilizados y la conveniencia, o no, de debatir un nuevo techo de gasto.⁴¹⁵

A pesar de todos estos inconvenientes y disfuncionalidades, durante el trámite en el Congreso se quiso en reiteradas ocasiones limitar explícitamente en el futuro artículo constitucional el papel y el alcance de las posibles intervenciones de la Corte Suprema. Y es que pesó más el miedo ante una desequilibrio del *balance of power* norteamericano y a un renovado activismo judicial en materia presupuestaria, con la importancia que conlleva, que ante la entidad de los vacíos e incongruencias que un retraimiento de la Corte Suprema sobre la materia podría desplegar en la materialización misma de la enmienda. Sobre todo, durante el debate de 1995, hubo dos casos que pendieron continuamente sobre las discusiones: *Missouri v. Jenkins* y *Flast v. Cohen*.⁴¹⁶ Si, como acabamos de ver, las Cortes estatales han sido en ocasiones renuentes a intervenir directamente en política presupuestaria, en el primer caso la Corte Suprema de Kansas ordenó un incremento de los impuestos estatales sobre la propiedad para garantizar la financiación de las políticas de no segregación de un distrito escolar. Y la Corte Suprema de Washington, a nivel federal, ratificó la decisión.⁴¹⁷ Por su parte, en el caso *Flast v. Cohen*,⁴¹⁸ la misma Corte Suprema permitió una demanda de los contribuyentes que consideraban determinados gastos federales en educación inconstitucionales, admitiendo la posibilidad de que aquéllos pudieran siempre personarse cuando se demostrara que la acción demandada “excede las limitaciones constitucionales específicas impuestas sobre el ejercicio de la tributación y el poder de gasto del Congreso” y siempre y cuando se mostrase también un vínculo lógico entre el estatus de contribuyente y la legislación recurrida.

Estos precedentes judiciales,⁴¹⁹ de intervención directa de los tribunales de justicia en la configuración misma de los presupuestos, sirvieron de parapeto argumentativo a los

⁴¹⁵ Precedentes en sentido parecido ya existen, como en *Kennedy v. Sampson*, donde la Corte admitió la demanda de un miembro del Congreso por vulnerarse su derecho a votar sobre una cuestión que el Congreso intentaba evadir. Sobre la importancia de la *standing doctrine*, puede verse LAWRENCE WIBE, *American Commision Law*, 1988, p. 110.

⁴¹⁶ Sentencia criticada en KINKOPF, N., op. cit., p. 9.

⁴¹⁷ TOBIN, D., op. cit., p. 176.

⁴¹⁸ *Ibid.*, pp. 185-186

⁴¹⁹ También es relevante al efecto el alcance de la jurisprudencia establecida en *ASARCO v. Kadish*, donde se permite que las Cortes estatales conozcan de la constitucionalidad (respecto de la Constitución federal) de las leyes federales que se aplican en sus Estados, aun cuando la propia Corte Suprema no pueda hacerlo. TOBIN, D., op. cit., p. 187.

oponentes a la enmienda constitucional en 1995 tal y como había sido redactada. El senador Danforth, de hecho, lideró una campaña para introducir una proposición específica que limitara tales posibilidades de intervención jurisdiccional, presentando un proyecto de enmienda, a su vez, de la sección 6 propuesta que rezaría:

El poder de cualquier tribunal de ordenar una compensación [*relief pursuant*] para cualquier caso o controversia que se suscite bajo este artículo no se extenderá a ordenar ninguna decisión diferente a una sentencia declarativa o a aquellos remedios específicamente autorizados en la legislación de implementación concreta.

Es decir, se pretendía limitar la posibilidad de que la Corte introdujera decisiones judiciales (*remedies*) directamente en el corazón de los presupuestos, aunque se le dejara la posibilidad de llevar a cabo “juicios declarativos”. Esta última excepción no es baladí, en la medida en que se posibilita a la Corte Suprema a que interprete el nuevo artículo constitucional, con la importancia que ello puede conllevar, como ya hemos visto en los casos anteriores en los que las Cortes estatales han tenido que concretar lo dispuesto en las respectivas BBR. Lo que se impediría con la “enmienda Danforth” sería, por ende, las posibles intervenciones más agresivas por parte de Poder Judicial, que en su opinión, podrían desequilibrar los *checks and balances* tal y como fueron diseñados por los Padres Fundadores.⁴²⁰ Ahora bien, nuevamente se presentaría la sempiterna cuestión. Si la Corte sí puede interpretar el alcance y el contenido de la previsión constitucional de estabilidad presupuestaria, pero en última instancia no puede obligar su ejecutoriedad, que queda al abur del Congreso y del Presidente... ¿cuál es la verdadera eficacia normativo-jurídica de la BBR?

El debate sin embargo no se terminó con la proposición de Danforth, que fue finalmente retirada. Muy al contrario, el senador Johnston planteó una proposición en la línea de reforma de la Sección 6 que había proyectado Danforth, pero aplicando esta vez un criterio que aquí consideramos más confuso:

Ningún tribunal tendrá el poder de ordenar una compensación [*relief pursuant*] en cualquier caso o controversia que se suscite bajo este artículo, excepto las que específicamente estén autorizadas en la legislación que implemente esta sección.

⁴²⁰ *Ibid.*, 176 y ss.

Es decir, la Corte Suprema no tendría competencia alguna para conocer de cualquier caso o controversia que se le planteara por posible vulneración de la BBR, excepto...cuando el Congreso mismo se lo autorizara. Esta vez la restricción podría ser menor, pues de entrada no se impediría que la Corte pudiera emitir sentencias declarativas que interpretaran el contenido de la enmienda. Habría que aclarar, en todo caso, el alcance del concepto de *relief* para ver la verdadera competencia de la Corte, aunque... ¿quién lo haría? Que sea, además, el Congreso mismo el que autorice en sus leyes de desarrollo, si acaso, las posibles intervenciones de una Corte Suprema que podría decidir contra su misma actuación, no deja de resultar paradójico. Por seguir una comparación burda, es como si a un delincuente se le permitiera decidir si finalmente es o no juzgado, y cuándo. De todos modos, otras proposiciones, como la del senador Nunn, eran aún más restrictivas y despojaban a la Corte de cualquier posibilidad de control jurisdiccional, ante las cuales la intención de Johnston, a pesar de su confusión, se nos presentaría hasta cierto punto moderada al permitir, creemos, la existencia de sentencias interpretativas o declarativas. La restricción radical del papel de la Corte que planteaban senadores como Nunn, por el contrario, podría llevar a que la vigésimo-octava enmienda de la Constitución federal incorporara el primer artículo constitucional no susceptible de ser garantizado judicialmente.^{421 422}

Como reitera Tobin, si la BBR no es susceptible de ejecutoriedad fuera de los medios políticos del Congreso, ¿para qué entonces llevarla a la Constitución? Siguiendo al autor:

Si el poder judicial tiene la prohibición de revisar o ejecutar forzosamente la Enmienda, y el Congreso ya tiene la habilidad legal de equilibrar el presupuesto, entonces los beneficios de una enmienda de estabilidad presupuestaria quedan severamente limitados. Si la Enmienda no establece ningún poder de ejecutoriedad vinculante más allá del que el Congreso ya tiene bajo la presente ley, la Enmienda no proporcionará ningún camino de equilibrar el presupuesto.⁴²³

Es decir, el Congreso tiene ya de por sí, con la actual regulación constitucional, la capacidad de controlar mediante su aprobación los Presupuestos, y garantizar por ende su

⁴²¹ TOBIN, D., op. cit., p. 181.

⁴²² Ello supondría una limitación constitucional interna al alcance de la sección 2ª del Artículo III de la Constitución, que predica exactamente lo contrario, así como una línea de ruptura con la tradición abierta desde la mítica sentencia *Marbury vs. Madison*.

⁴²³ TOBIN, D., op. cit., p. 181.

equilibrio. La enmienda, si se rechazara la ejecutoriedad, no añadiría más facultades de garantía a la BBR; sólo, si acaso, una fuerza política referencial no jurisdiccional. Además, los promotores de la enmienda y los miembros del Congreso parecieron en el debate de 1995 querer trasladar la cuestión de la ejecutabilidad a la legislación de desarrollo, posponiendo el verdadero debate. Sin embargo, la legislación de desarrollo de una enmienda constitucional donde no se permite el control jurisdiccional por parte de la Corte Suprema vuelve a presentar la misma ineficacia jurídica que la propia disposición constitucional que le da cobertura.⁴²⁴

Finalmente, ninguna de las proposiciones tendentes a limitar el poder de la Corte Suprema triunfó, por lo que si la enmienda hubiera sido aprobada en los términos presentados, la cuestión se habría mantenido abierta. Ante esta indefinición, y a expensas de recaer en argumentos contrafactuales, lo más seguro es que con el paso del tiempo, y tras su entrada en vigor, la Corte hubiera comenzado a intervenir al calor de la litigiosidad que se espera de cualquier enmienda constitucional de tal calado.⁴²⁵ Como ya hemos visto en las experiencias estatales,⁴²⁶ la necesidad de aclarar el alcance del significado de conceptos como *outlays* o *revenues*, de concretar el ámbito institucional de aplicación o de controlar los posibles instrumentos de evasión de la regla de gasto, se sucede naturalmente de la propia operatividad de una BBR.⁴²⁷ No así, como vimos, la posibilidad de que la Corte decida el destino de las partidas presupuestarias, recortarlas o aumentarlas, por cuanto ello implicaría respecto de su propia naturaleza y de su posición en el marco constitucional. Además, y esto es algo que apenas se analiza cuando se estudia la ejecutabilidad o la jurisdiccionalidad de determinados ámbitos, al necesitar la Corte en estos últimos casos la cooperación de quienes de verdad ostentan el poder administrativo... ¿qué ocurriría en caso de que no cumplieran con lo ordenado por la Corte? Es decir, si el Alto Tribunal ordenara al Tesoro de los Estados Unidos que paralizara determinados gastos, por ejemplo, hasta que los presupuestos fueran constitucionales a fuerza de equilibrados, o si los jueces ordenaran al Congreso su reforma a tal fin... ¿Qué pasaría si el poder legislativo no cumpliera taxativamente dichos mandatos?

⁴²⁴ TOBIN, D., op. cit., p. 184.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 156.

⁴²⁶ Para una opinión contraria a esta suposición, puede verse LUBECKY D., "The proposed Federal Budget Amendment: The Lesson From State Experience", *U. Cin. L. Review*, n° 55, 1986, p. 563.

⁴²⁷ TOBIN, D., op. cit., pp. 184-185.

Curiosamente, este fue uno de los grandes temores que rodeó al surgimiento mismo del control jurisdiccional de constitucionalidad en el caso *Marbury v. Madison*, que tan brillantemente sería circunvalado.⁴²⁸ La probable pérdida de legitimidad de la Corte⁴²⁹ ante la dificultad de implementar sus decisiones y las posibles trabas que los diferentes poderes del Estado eleven en su camino, son variables esenciales también a la hora de valorar la ejecutabilidad de una BBR. La Constitución y su valor, además, quedarían seriamente dañados al poder “soportar” continuos incumplimientos que no pueden ser remediados.⁴³⁰ Siguiendo a Crosthwait: “Enfrentada con una repetida y flagrante desobediencia de sus mandatos por los poderes legislativos, la Corte Suprema perdería la inefable legitimidad y respecto sobre la que su efectividad en el esquema constitucional de gobierno depende”.⁴³¹

La Constitución de los Estados Unidos, como se dice desde Harvard, no es el mejor instrumento para recoger objetivos concretos que condicionen enérgicamente la toma de decisiones posterior.⁴³² El texto, tal y como fue diseñado por los *Founding Fathers*, constituye un marco jurídico mínimo en el que el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, y la ordenación básica de los poderes del Estado, permiten que diferentes pretensiones económicas o sociales se ventilen en el posterior proceso democrático.⁴³³ “Los Padres entendieron perfectamente que los intentos de definir y

⁴²⁸ Sobre el mismo he dedicado un artículo, MORENO GONZÁLEZ, G., “El control jurisdiccional de constitucionalidad. La experiencia estadounidense como paradigma del activismo judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 29, 2011, pp. 353-373

⁴²⁹ Hamilton, de nuevo: “Wise politicians will be cautious about fettering the government with restrictions that cannot be observed, because they know that every breach of the fundamental laws, though dictated by necessity, impairs that sacred reverence which ought to be maintained in the breast of rulers towards the constitution of a country, and forms a precedent for other breaches where the same plea of necessity does not exist at all, or is less urgent and palpable”. *El Federalista*, nº 25.

⁴³⁰ KINKOPF, N., op. cit., p. 12: “Some have suggested that even if the amendment failed to eliminate the deficit, it would nonetheless have the salutary effect of creating pressure to reduce the deficit. While this might be true, the effect would come at considerable cost. Even supposing that the amendment brought about a reduction in the size of the deficit, the remaining excess of expenditures over receipts would constitute a continuing multi-billion-dollar violation of the Constitution, every day that the budget is not in balance. For how long would we as a people continue to make difficult decisions to comply with the First amendment or with the Due Process or Takings Clauses of the Fifth Amendment if we had routinely failed, for lack of an enforcement mechanism, to come within billions of dollars of complying with the most recent amendment to our Constitution?”

⁴³¹ CROSTHWAIT, G., op. cit. p. 12

⁴³² HARVARD LAW ASSOCIATION, op. cit.

⁴³³ En este sentido, la única enmienda que incorporó al texto constitucional un objetivo concreto y sustancial ha sido también la única en ser derogada. Nos referimos a la Enmienda XVIII (1920) que estableció la conocida como “ley seca”, que sería derogada por la Enmienda XXI (1933).

resolver disputas en la Constitución misma la convertían en una carta de inútiles “barreras de pergamino” [parchment barriers] que no debería ser cumplida”.⁴³⁴ Y ello ha de ser proyectado, especialmente, sobre el papel de la Corte Suprema y del Poder Judicial en la medida en que encarnan *per se* la neutralidad que se pretende. Como diría el Justice Holmes en su célebre voto particular en la famosa sentencia *Lochner v. New York*, “una Constitución no está abocada a encarnar ninguna teoría económica particular, tanto si es paternalista o de una relación orgánica entre los ciudadanos y el Estado, como si es la del *laissez faire*.”⁴³⁵

Y... ¿qué dice Buchanan sobre la ejecutoriedad judicial? Curiosamente, y aunque a priori debiera estar a favor ya que ésta sería el mejor freno frente a la rapiña de las mayorías,⁴³⁶ juega continuamente con ambigüedades. Él, que tanto había recelado del buen hacer de los poderes constituidos sin límites jurídicos, ahora llega a asegurar que la intervención judicial no haría falta pues los representantes y el Gobierno cumplirán con el límite constitucional de la BBR sin necesidad de coacción en caso de no hacerlo.⁴³⁷ ¿Nos gobiernan ahora, por tanto, los “ángeles” de los que nos hablaba Madison? La confianza que rezuman sus palabras parece contradecir toda la construcción teórica de la Economía constitucional que él mismo ha impulsado:

Tales preocupaciones parecen fuera de lugar cuando observamos la experiencia de la democracia americana. Las instituciones de gobierno –ejecutivo, legislativo, judicial- han funcionado durante mucho tiempo dentro de los límites constitucionales. Las básicas “reglas del juego” han sido muy pocas veces violadas. Las elecciones son organizadas sobre lo previsto; las mayorías o la pluralidad efectivamente determinan los resultados; la sucesión electoral de los representantes políticos transcurre pacíficamente; la autoridad militar se somete al control civil...El mismo hecho de que una regla de tal calibre sea constitucional, y así sea entendida, parecería ser suficiente para garantizar su cumplimiento básico.⁴³⁸

Repetimos: “el solo hecho de que tal regla sea constitucional, y así sea entendida, parecería ser suficiente para garantizar su cumplimiento básico”. ¿Dónde queda la tendencia inmanente de los legisladores a la extensión de la Administración? ¿Dónde la

⁴³⁴ KINKOPF, N., op. cit., p. 3

⁴³⁵ *Lochner vs. New York*, 198, U.S., 45, 1905. Holmes, *dissenting*.

⁴³⁶ Siguiendo así una tradición liberal muy norteamericana: LAMBERT, E., *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos: la experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, Madrid: Tecnos, 2010.

⁴³⁷ BUCHANAN, J. M., “Clarifying confusion about the Balanced Budget Amendment”, op. cit., p. 354.

⁴³⁸ *Ibid*

posibilidad de “saqueo” por las mayorías sociales reflejadas en el Congreso a través de políticas redistributivas amparadas en la deuda? Buchanan, simplemente, no intenta siquiera abordar una solución al problema latente de la ejecutoriedad judicial de la estabilidad presupuestaria tal y como lo hemos analizado, a pesar de la importancia que reviste en la efectividad misma de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria, “el reto constitucional más importante de nuestros tiempos”, a decir de Kyvik.⁴³⁹

⁴³⁹ KYVIK, D., op. cit., p. 124.

SEGUNDA PARTE

LA JURIDIFICACIÓN DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LA UNIÓN EUROPEA

Tríada de mecanismos: PEC, MEDE y TECG

CAPÍTULO I.-EL VIAJE HACIA EL PACTO DE ESTABILIDAD Y CRECIMIENTO (PEC) Y LA INSTAURACIÓN DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA COMO PRINCIPIO DE LA UE

Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder

Ferdinand Lasalle

Es de sobra conocido, y no por ello menos relevante, que la construcción de la Unión Europea en torno al elemento de mercado, presidido como hemos explicado por la concepción ordoliberal de la competencia, ha venido adoleciendo desde sus inicios mismos en el Tratado de Roma de una carencia en la integración económica y fiscal. La consecución del mercado común, impulsado por las sucesivas reformas de los Tratados, no conllevó en sus comienzos una mayor integración de las políticas presupuestarias y fiscales de los Estados miembros, aunque la centralidad del objetivo del mercado único sí implicó la necesidad en Maastricht de avanzar en una Unión Económica y Monetaria y, por ende, en una mayor armonización de aquellas políticas.

El giro hacia el Estado que el neoliberalismo de corte alemán supuso en el seno del pensamiento liberal lato sensu, y que tenía por objetivo el prediseño del marco jurídico para hacerlo funcional a los intereses y a las necesidades del libre mercado, adoleció en el paradigma de la Unión Europea de una falta evidente de completud desde sus mismos orígenes. La construcción del mercado común en el espacio europeo sí se pilotó, siguiendo (conscientemente o no) los parámetros ordoliberales expuestos, desde y por el elemento jurídico (esta vez supranacional), pero dicha construcción se basó en una excesiva gradualidad que ha terminado arrojando contradicciones de difícil salvación sobre todo el edificio de la integración.

Ya el artículo 2 del TCEE hablaba de la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, y los arts. 6 y 104-105 del mismo, sobre la necesidad de coordinar tales políticas. Sin embargo, el Tratado se quedaba en dichas precisiones en una mera declaración de principios programáticos, pues las competencias fiscales y presupuestarias residían, plenamente, en el ámbito de los Estados. Y así seguiría siendo durante las siguientes décadas a pesar de que, como tan bien ha analizado Lebeck,

el art. 235 TCEE permitiera y alentara una ampliación progresiva de las competencias implícitas de la Comunidad a propuesta de la Comisión y con la aprobación unánime del Consejo.⁴⁴⁰ Competencias implícitas que se derivaban de los grandes objetivos del Tratado entre los que, repetimos, la consecución del mercado común constituía la clave de bóveda, y que ponen de manifiesto (tanto la existencia de dichas competencias como los objetivos indicados) la enorme asimetría existente entre los expedientes jurídicos de los que disponía la Comunidad, y sus grandes fines. Asimetría que alentaba una mayor intervención del TJUE y un avance progresivo del proceso de integración fundado, empero, en débiles presupuestos jurídicos.⁴⁴¹

Es precisamente en el interior de ese espacio de indeterminación presidido por los grandes objetivos en el que la estabilidad presupuestaria comenzará a abrirse paso, pero no como un principio aislado y autónomo, sino en todo momento como complementario y funcional a la integración monetaria. Ésta, corolario de la plenitud de todo mercado único, precisaba de querer conseguirse una mayor coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros que en ella participaban, aunque el consenso sobre tal necesidad no fuese en su momento unánime. Desde los albores de la Unión Monetaria, y como explica la profesora Ruiz Tarrías,⁴⁴² existió un debate⁴⁴³ entre los monetaristas y los economistas de corte más keynesiano en el que los primeros, deudores teóricos de las tesis de Milton Friedman, aseguraban que no era necesario acompañar la moneda única con la armonización de las políticas económicas estatales que se dieran en su seno, y que, en caso de que así fuera, la consecución de la Unión Monetaria en primer término provocaría un proceso gradualmente competitivo (funcionalismo) hacia la Unión Económica.⁴⁴⁴ Si los Estados, decían, eran reticentes a ceder sus competencias fiscales y presupuestarias, por estar éstas engarzadas en el núcleo duro de la discrecionalidad política estatal y, por ende, de la soberanía nacional, poco a poco irían convenciéndose de la pertinencia de tal cesión en la medida en que la moneda única provocara la necesidad

⁴⁴⁰ Analizados por LEBECK, C: “Implied Powers Beyond Functional Integration? The Flexibility Clause in the Revised EU Treaties”, *Journal of Transnational Law and Policy*, nº 2, vol. 17, 2007-2008, pp. 315-318.

⁴⁴¹ La teoría de los poderes implícitos, que el antiguo artículo 235 parece positivizar para la Unión, fue primigeniamente expuesta en el contexto estadounidense por el juez Marshall en el famoso *dictum McCulloch vs. Maryland*.

⁴⁴² RUIZ TARRÍAS, S., *Las dimensiones constitucionales de la Unión Económica y Monetaria Europea*, Pamplona: Civitas, Thomson Reuters, 2016, pp. 46-47.

⁴⁴³ SZÁSZ, A: “The Monetary Union Debate”, *Common Market Law Review*, vol. 7, nº 4, 1970.

⁴⁴⁴ PRINCEN, S. y VAN ESCH, F., “Paradigm formation and paradigm change in the EU’s Stability and Growth Pact”, *European Political Science Review*, nº 8 vol. 3, 2016, pp. 355-375.

de la misma. Y ello se imaginaba, además, con una pretensión de neutralidad y aparente apoliticidad del elemento monetario, característica afín al monetarismo neoliberal y las concepciones ordoliberales del mercado como espacio de no intercesión democrática, sino técnica y jurídica.... algo que, como veremos, asumirá en buena medida el Tribunal Constitucional alemán.

Por el contrario, numerosos economistas, seguidos por la propia Comisión, apuntaban a la necesidad palmaria de que una integración monetaria tuviera que venir acompañada de una mayor integración económica, en la que lo fiscal y lo presupuestario tendieran a la armonización dentro de fuertes mecanismos de coordinación.⁴⁴⁵ Y ello sobre la base de que las disparidades macroeconómicas de los diferentes Estados que compondrían la UEM podrían provocar no sólo problemas para la supervivencia de la moneda única y las tensiones ínsitas al proceso de su construcción, sino también para los propios Estados y su soberanía económica.⁴⁴⁶ En efecto, al ceder la política monetaria a un centro europeo independiente y hacerlo bajo la égida de los principios monetaristas obsesionados con la inflación, los Estados perderían (y perdieron) una importante capacidad de actuación económica, al no poder ya manejar a su antojo los tipos de cambio o la expansión monetaria con los que producir devaluaciones o intervenciones destacadas en el mercado.⁴⁴⁷ Es más, posibles crisis fiscales como consecuencia de déficits excesivos podrían poner en entredicho también la independencia del Banco Central y su lucha contra la inflación, al tener que intervenir éste para evitar la quiebra del Estado (como se verá posteriormente en la crisis financiera). De ahí que el corsé por arriba que representara la nueva moneda y su gestión absoluta por parte de un único banco central necesitara al tiempo de sólidos mecanismos de armonización económica entre los Estados con elementos, claramente, federales. Además, hemos de tener en cuenta que el establecimiento de una moneda única puede suponer un incentivo perverso para que los Estados acudan, indiscriminadamente, a expansiones fiscales sin tener que afrontar las

⁴⁴⁵ Un resumen de estas posturas puede encontrarse en HEIPERTZ M., y VERDUN, A., “The dog that would never bite? What we can learn from the origins of the Stability and Growth Pact”, *Journal of European Public Policy*, nº 5, vol. 11, 2004, pp. 766-768.

⁴⁴⁶ Sobre la pretendida independencia del Banco Central Europeo y los problemas democráticos anejos al proceso de integración monetaria, nos remitimos a nuestro trabajo MORENO GONZÁLEZ, G., “El principio democrático en la política monetaria europea. El encaje constitucional de la independencia del Banco Central Europeo”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 30, 2012-2013, pp. 615-637. Este estudio fue merecedor del Premio San Raimundo de Peñafort de la Universidad de Extremadura.

⁴⁴⁷ CHALMERS, D. *et alii.*, *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 505.

consecuencias inflacionistas de las mismas, pues se diluirían en el seno de la moneda y serían asumidas, al final, por el conjunto de la Eurozona.

De hecho, ya en la temprana Comunicación de la Comisión al Consejo (II/COM (63), 216), de 19 de junio de 1963, apenas unos años después de la entrada en vigor del TCEE, se apuntaba la necesidad de que, con el objetivo de alcanzar una mayor coordinación monetaria, se precisara también de coordinar las políticas presupuestarias y fiscales de los Estados. Los sucesivos planes que se presentaron, tras los respectivos encargos de las instituciones comunitarias a comités de expertos, ahondaron en dicha exigencia. Ya en el Plan Barre (1969), sobre todo en el segundo informe, se hablaba de la necesidad de coordinar las políticas presupuestarias, si bien no con la rotundidad que lo haría Werner en su famoso Informe (1970) en el que se programaba por etapas la UEM y que sirvió de inspiración, fundamental, para la construcción del euro.⁴⁴⁸

Así, de acuerdo con este Informe (p. 11), “un elemento fundamental será la determinación de las variaciones en el volumen de los presupuestos y los métodos de financiar déficits o utilizar cualquier superávit. Con el objetivo de poder influir en las tendencias económicas del corto plazo de forma rápida y efectiva, será útil tener a nivel nacional instrumentos fiscales y presupuestarias que puedan operar de acuerdo con las directivas comunitarias”, ya que (p. 12), “los instrumentos fundamentales sobre la totalidad de los presupuestos públicos, y en particular las variaciones de sus volúmenes, serán decididos a nivel comunitario”. Es más, adelantándose décadas, Werner llegaba a proponer la armonización de la presentación de los presupuestos nacionales ante las instancias europeas y, lo más sorprendente, mecanismos ideados por la escuela de la Economía constitucional analizada más arriba (capítulo II de la segunda parte) anejos a la estabilidad presupuestaria. Así, se hablaba de la posibilidad de establecer en el lado de los ingresos, autoridades fiscales, y en el de los gastos, la de instaurar fondos especiales de contingencia presupuestaria, los llamados *rainy-day funds* (p. 19).

Por su parte, el Informe Tindemans, presentado al Consejo el 7 de enero de 1976,⁴⁴⁹ recuperaba con ahínco la polémica contra los monetaristas al dar por sentado no sólo la necesidad de una mayor integración económica que acompañara a la monetaria, sino la pertinencia de que la primera incorporara explícitamente mecanismos de control

⁴⁴⁸ Disponible en http://aei.pitt.edu/1002/1/monetary_werner_final.pdf

⁴⁴⁹ Disponible en <http://aei.pitt.edu/942/>

de los déficits públicos estatales. Tindemans aventuraba, además, lo que posteriormente se daría en el seno de la UE y que pronto analizaremos: la Europa a dos velocidades, en la que un grupo compacto de Estados que cumplieran una serie de requisitos económicos y desearan compartir una moneda común avanzarían más rápidamente en los objetivos de la Comunidad. Antecedente de la cooperación reforzada que se basaba, a su vez, en la previa experiencia del BENELUX como asimetría originaria del derecho comunitario (art. 233 TCEE) y que permitía una integración más intensa para ese grupo de Estados.

1.-La puesta en marcha de la UEM y su débil cobertura jurídica

Tanto el Plan Barre como los informes Werner y Tindemans respondían a los deseos de la mayor parte de los Gobiernos de los Estados miembros de entonces y de las instituciones comunitarias de ahondar en la integración económica a través de la creación de una incipiente Unión Económica y Monetaria (UEM, en adelante) donde la moneda única fuese el centro alrededor del cual girase toda la nueva arquitectura. Sin embargo, tales intenciones e informes ponían al mismo tiempo de manifiesto la insuficiencia de las previsiones jurídicas del derecho originario, que de ningún modo podían dar cobertura a las ideas y pretensiones de los planes presentados. El Tratado de Roma, como indicamos, apenas remitía a una débil cooperación económica, sin concretar mecanismos eficaces ni amplios. De ahí que ya en 1976, y ante los sucesivos informes presentados y las pretensiones de la Comisión y el Consejo, Scheuner⁴⁵⁰ apuntara la imposibilidad jurídica de conseguir una UEM a partir de la débil base que proporcionaba el derecho originario y, lo que no es menos importante, por los límites derivados de las propias constituciones estatales de los Estados. Éstas, en su mayoría deudoras de las categorías del Estado social, podían constituir un baluarte frente a una mayor integración económica si estuviese presidida únicamente por la estabilidad presupuestaria y monetaria. Asimismo, ya en 1974, en su sentencia de 29 de mayo, el Tribunal Constitucional Alemán comenzó a dejar claro que existía un núcleo de derechos constitucionales estatales, incluidos los económicos, que no podían ser afectados por el Derecho de la Comunidad (Solange I). Esta primera sentencia dará inicio a lo que denominamos aquí como “resistencias

⁴⁵⁰ SCHEUNIER, U., “Report”, in Second Theme: The Optimal Economic Constitution of the European Community with Reference to the Economic Constitutions of the Member States”, *Common Market Law Review*, vol. 13, nº 2, 1976.

constitucionales” a las huidas hacia arriba del proceso de integración, y que constituirá un eje vertebrador a lo largo de esta segunda parte y de la tercera.

Así, siguiendo nuevamente a Ruíz Tarrías, “parece evidente, por tanto, que el problema de la armonización de los principios constitucionales en materia económica en los Estados miembros, en el contexto de una Unión Económica y Monetaria, afectaba directamente al diseño original de la CEE y al objetivo final de avanzar la unión política entre los Estados miembros”.⁴⁵¹ A pesar de estos obstáculos y de la inexistencia, repetimos, de un marco jurídico en el TCEE que diera cobertura a la UEM y menos a una integración puramente monetaria, la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de las Comunidades decidió en marzo de 1972 poner en marcha los primeros pasos de la integración monetaria creando lo que se dio en conocer como “Serpiente Monetaria”, sistema de coordinación para mantener estables los tipos de cambio entre monedas, paso previo a la creación de cualquier divisa única. Ahondando en esta estela, en diciembre de 1978, el Consejo Europeo de Bruselas acordó poner en marcha el Sistema Monetario Europeo (SME) sin modificar, no obstante, el Tratado.⁴⁵² ¿Cuál fue la naturaleza jurídica de tales acuerdos y de los posteriores que le siguieron y que materializarían el Sistema? Podemos encontrar aquí un antecedente de Schengen (1986) como respuesta, ya que al igual que éste el SME iría construyéndose por acuerdos intergubernamentales fuera del marco y del procedimiento comunitario. Acuerdos que, incluso, fueron llevados ante instancias jurisdiccionales estatales, como ocurrió con la Sentencia del Consejo Constitucional francés de 29 de diciembre de 1978 sobre la puesta en marcha del SME, que aclaró que las decisiones intergubernamentales de los Jefes de Estado en la materia no constituían un tratado internacional jurídicamente vinculante de acuerdo a los artículos 52 y 53 de la Constitución francesa.⁴⁵³

El Acta Única Europea de 1986, a pesar de crear un nuevo capítulo (I, en el Título II), sobre cooperación política monetaria y económica, hizo que ésta quedara nuevamente en el campo de las declaraciones de principios sin concreción y, sobre todo, sin un aumento de competencias que, en virtud del principio de atribución, son las que de verdad delimitan el radio de acción de la Comunidad/Unión. Aunque al menos con una referencia teórica en el derecho originario, éste siguió siendo insuficiente para dar cobertura jurídica

⁴⁵¹ RUIZ TARRÍAS, S., op. cit., p. 53.

⁴⁵² Reglamento (C.E.E.) n.º 3181/78 del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, relativo al Sistema Monetario Europeo.

⁴⁵³ Décision n.º 78-99 DC.

a la UEM, que comenzaba así a dar sus primeros pasos al albur de los acuerdos intergubernamentales que eludían el marco comunitario.

En este sentido, el famoso Informe Delors, presentado el 17 de abril de 1989 a la Comisión y al Consejo, y aprobado en el Consejo Europeo de Madrid del mismo año,⁴⁵⁴ llamaba a una reforma en profundidad de los Tratados para impulsar la UEM y que ésta tuviera acomodo jurídico en el marco de la Comunidad. Recuperando las fases del Plan Werner, Delors trazaría las líneas maestras del Tratado de Maastricht de 1992 en materia económica y monetaria. La UEM se asentaría sobre dos grandes bloques, lo económico (donde figura(ba) lo presupuestario) y lo monetario, pero siguiendo aún ciertas tesis monetaristas, la integración del primer bloque seguiría siendo menor y con mecanismos débiles y flexibles, dejando la Unión Económica en una declaración eminentemente semántica si por ella entendemos lo que de verdad implicaría lo unitario. Tales mecanismos flexibles apuntarían, no obstante, a la necesidad de controlar los déficits excesivos y al establecimiento de instrumentos de coordinación económica, pero quedando siempre la competencia fiscal y presupuestaria en el interior de los Estados.

Lo más interesante del Informe es la apuesta que se hace por la asunción en el Derecho originario de previsiones propias de la Economía constitucional, como normas vinculantes de estabilidad presupuestaria (p. 16) que impongan límites a los déficits de los respectivos Estados (p. 20), defendiendo incluso la capacidad de la Comunidad Europea para imponer restricciones en los presupuestos nacionales (o. 36) cuando sea necesario para garantizar la estabilidad monetaria. Es decir, al mismo tiempo que no se quieren trasladar a la Comunidad competencias esenciales en materia económica, ni crear un presupuesto ni impuestos comunes y, por tanto, se deja de lado la esencia de una verdadera Unión Económica, se pretenden crear mecanismos de Economía constitucional que vinculen a los Estados para que, sin la necesidad de constituir aquélla, se vean obligados a garantizar la estabilidad presupuestaria en tanto esta es, nuevamente, funcional al objetivo máximo de proteger la moneda única de vaivenes macroeconómicos. No por nada la presencia de los gobernadores de los bancos centrales de los Estados

⁴⁵⁴ Puede consultarse en el siguiente enlace http://aei.pitt.edu/1007/1/monetary_delors.pdf

miembros, y especialmente del Bundesbank alemán, fue determinante en el Comité Delors.⁴⁵⁵

Maastricht, en 1992, continuó esta asimetría y la consagró en el derecho originario, creando en él una Unión Económica y Monetaria (UEM) donde la “M” descansaba en una auténtica federación, con amplias competencias transferidas al centro (BCE) y la “E” en principios excesivamente amplios y mecanismos de coordinación y supervisión débiles. El Tratado, siguiendo lo diseñado por el Comité Delors y lo sugerido por Werner, establecía tres grandes fases para avanzar en la UEM, desarrolladas en el Título VI de acuerdo con el objetivo general del art. 2 TUE, es decir, el “establecimiento de una unión económica y monetaria” y sobre la base “de una economía de mercado abierta y de libre competencia” (art. 3).

Si las dos primeras fases eran de mero acercamiento y comienzo de la coordinación monetaria y económica, la fase relevante cualitativamente era la tercera, que suponía la aceptación de una moneda única y de los mecanismos fiscales y presupuestarios propios de la “Unión” Económica. Para entrar en ella, de acuerdo con el art. 109 J, se debían cumplir con una serie de criterios (llamados de *convergencia*) así como asumir el Protocolo anejo que establecía el Procedimiento de Déficit Excesivo, en el que no debían incurrir los Estados que pasaran a la última fase de conformidad con el art. 104 C (hoy se correspondería con el 126).⁴⁵⁶ El Protocolo (el actual nº 12) implicaba que tales Estados no incurrieran en déficits *contables* (no estructurales) superiores al 3% ni en una deuda pública superior al 60%, ambas magnitudes referenciadas en el PIB estatal correspondiente. Cifras éstas que se debieron a las medias de los Estados interesados en formar parte de la tercera fase UEM en 1992,⁴⁵⁷ aunque mayores dudas residen en torno a la cifra del 3%, para la que algunos no encuentran explicación lógica.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ JAMES, H., *Making the European Monetary Union. The role of the Committee of Central Bank Governors and the Origins of the European Central Bank*, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2012, p. 211.

⁴⁵⁶ Todo ello es analizado por RUTSEL SILVESTRE, M., “The Fund Agreement and the Surrender of Monetary Sovereignty to the European Community”, *Common Market Law Review*, vol. 30, nº 4, 1993, y RUIZ TARRÍAS, S., op. cit., pp. 83-96.

⁴⁵⁷ RUIZ ALMENDRAL, V., *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, Madrid: Wolters Kluwer España, 2008.

⁴⁵⁸El diario francés Le Parisien apuntaba, tras una entrevista a los responsables de establecer dicha cifra, que la misma fue decidida de forma completamente arbitraria. Puede consultarse la noticia en el siguiente enlace: http://www.leparisien.fr/economie/3-de-deficit-le-chiffre-est-ne-sur-un-coin-de-table-28-09-2012-2186743.php#xtref=http%3A%2F%2Feduardogarzon.net%2Fel-origen-del-3-de-objetivo-de-deficit-publico%2F%3Futm_source%3Dtwitterfeed%24utm_medium%3Dtwitter

Sea como fuere, la Comisión podía, en consecuencia, supervisar los niveles de déficit y de deuda de los Estados, y en caso de considerarlos excesivos, de que existiera tal posibilidad a medio plazo, podía instar al Consejo a que, por mayoría cualificada, emitiera una recomendación específica al Estado miembro para que este pusiera fin a dicha situación en un plazo determinado (104 C.2 y 7). En caso de incumplimiento, la Comisión podía instar al Consejo a que, de nuevo por mayoría cualificada, llevara a cabo una serie de acciones correctoras que podían acabar, incluso, en la obligación del Estado incumplidor de hacer un depósito susceptible de acabar en multa (art. 104. C 11). El Reglamento (CE) 3605/1993, del Consejo, de 22 de noviembre, desarrollaba tales previsiones en el derecho derivado, obligando a los Estados a comunicar dos veces al año sus niveles de déficit y deuda.

La supervisión económica multilateral se dejaba también en manos del Consejo, que podía aprobar orientaciones generales en política económica (art. 103), sin especificar el Tratado las consecuencias de su incumplimiento. A su vez, el art. 104 B establecía el principio de no corresponsabilidad financiera (cláusula *no bail-out*), que impedía la asistencia financiera a los Estados para alentar a que cada uno, individualmente, asumiera sus responsabilidades presupuestarias y económicas, aunque se dejaba abierta la posibilidad de que el Consejo, por unanimidad, aprobara ayudas por la concurrencia de acontecimientos y circunstancias especiales (catástrofes naturales, por ejemplo).⁴⁵⁹ Esta supervisión económica, aunque débil jurídicamente, ya ostentaba para Maestro Buelga la intención de controlar, fuera de cualquier pretensión de *indirizzo* económico de los mercados, el “comportamiento de los Estados miembros, en su garantía de las condiciones sanitarias del sistema, preservando así una autonomía limitada de los Estados como fuente de competencia interterritorial en el seno del mercado único.”⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ HERDEGEN, M. J., “Price stability and budgetary restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as a Guardian of Economic Wisdom”, *Common Market Law Review*, vol. 35, n° 1, 1998.

⁴⁶⁰ MAESTRO BUELGA, G., “Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea”, *Revista de derecho constitucional europeo*, vol. 2, n° 8, 2007, p. 59.

1.1.-El Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC): un refuerzo insuficiente de la estabilidad presupuestaria

El Tratado de Maastricht impelía, en su art. N2, a la celebración de una conferencia intergubernamental en 1996 que modificara los Tratados para adaptarlos, entre otras variables, a las exigencias y necesidades derivadas de la última fase UEM que unificaría todas las monedas en una sola y reforzaría las exigencias, complementarias, de disciplina presupuestaria entre los Estados.

Antes de la llegada de dicha fecha, hay que destacar la pretensión continuada de algunas instituciones alemanas, fundamentalmente el Bundesbank, por reforzar los mecanismos de estabilidad presupuestaria dibujados en Maastricht. Como indican Heipertz y Verdun,⁴⁶¹ ya desde la entrada en vigor del propio Tratado algunos organismos alemanes, como el *Sachverständigenrat*, un órgano consultivo del Gobierno federal, o el propio Bundesbank presidido por Hans Tietmeyer (discípulo de destacados ordoliberales, como Erhard o Müller-Armack), comenzaron una “ofensiva” de informes, artículos y dictámenes en los que se exigía una mayor disciplina fiscal para los Estados que se internaran en la tercera fase de la UEM si no se quería poner en peligro ésta y el futuro de la moneda única. Algo que compartían con una parte nada despreciable de la doctrina económica y, sobre todo, de esa “comunidad epistémica” de órganos técnicos, asesores, comités y consejos que rodearon la creación de la moneda única.⁴⁶² Como pone de manifiesto el interesante estudio cuantitativo de Princen y Van Esch⁴⁶³, el ideario ordoliberal y las tesis propias de la Economía constitucional serían los que más influirían a lo largo de todo el proceso de construcción del PEC, algo que puede fácilmente desprenderse del análisis de los documentos emitidos por todos los órganos y comités que intervinieron en su puesta en marcha.

Es en este contexto de clara predominancia del paradigma neoliberal, justo antes de Ámsterdam y de la firma del PEC, cuando aparece el relevante Informe o Plan Waigel, del ministro de finanzas alemán que, influido por las ideas de Mundell de las “áreas monetarias óptimas”, como nos recuerda De Miguel Bárcena,⁴⁶⁴ propone que el sistema

⁴⁶¹ HEIPERTZ M., y VERDUN, A., op. cit., pp. 769-776.

⁴⁶² McNAMARA, K.R., *The Currency of Ideas. Monetary Politics in the European Union*, Ithaca: Cornell University Press, 1998, pp. 3-7.

⁴⁶³ PRINCEN, S. y VAN ESCH, F., op. cit.

⁴⁶⁴ DE MIGUEL BÁRCENA, J., *El gobierno de la economía en la Constitución Europea. Crisis e indeterminación institucional*, Barcelona: Bosch Editor, 2011, pp. 111-112.

de sanciones por incumplimiento de las reglas de déficit que saliera de la nueva conferencia fuese automático, sin necesidad de que el Consejo las aprobase, con el objetivo de reforzar también la efectividad de la Unión Monetaria, asentada ahora en una Unión Económica más firme. Para ello, se instaba a la creación de un órgano intergubernamental permanente, pero distinto al Consejo, que garantizara la observancia de la regla de déficit e, incluso, y aquí es donde reside la mayor novedad, se planteaba la posibilidad de que los Estados integrantes del núcleo duro de la integración (los que accedieran a la última fase y por tanto crearan la nueva moneda) celebraran un tratado intergubernamental, ajeno al procedimiento y marco comunitarios, para dar sostén jurídico a las nuevas exigencias presupuestarias. La intención era, nuevamente y siguiendo lo que ya se había hecho con los primeros pasos del SME y en Schengen,⁴⁶⁵ salirse de los constreñimientos comunitarios y ahondar la vía intergubernamental para que ésta, paradójicamente, terminara por reforzar la integración de una comunidad de Derecho que ya con Maastricht comenzaba a recibir el nombre de Unión Europea.⁴⁶⁶ Este Schengen monetario y económico-presupuestario, que no tuvo éxito ni encontró apoyo entre los Estados,⁴⁶⁷ terminaría plasmándose casi dos décadas después, y como analizaremos con detalle en el tercer capítulo, en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza.

Sin embargo, en 1997, y en el marco del Tratado de Ámsterdam, los Jefes de Estado y de Gobierno aprobarían el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) que se alejaría de la propuesta de Waigel y que no sólo no crearía un sistema automático de sanciones fuera del marco UE, sino que estaría finalmente compuesto por un conjunto de regulaciones propias del derecho derivado.⁴⁶⁸ Así, el PEC se articularía principalmente a través de dos reglamentos, el Reglamento 1466/1997 del Consejo, de 7 de julio, que reforzaría la supervisión de las situaciones presupuestarias y la coordinación de las políticas económicas, en una *vertiente preventiva*; y el Reglamento 1467/1997, del

⁴⁶⁵ Agradezco aquí la observación que la profesora Teresa Freixes me hizo al respecto en el Seminario de Jóvenes Investigadores celebrado en Lleida el 23 de febrero de 2018, recordándome dicho antecedente y la relevancia de la cooperación intergubernamental ajena al marco UE en el desarrollo mismo del proceso de integración.

⁴⁶⁶ SEGERS, M. y VAN ESCH, F, “Behind the Veil of Budgetary Discipline: The Political Logic of the Budgetary Rules in ERM and the SGP”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 45, nº 5, 2007, pp. 1102.

⁴⁶⁷ Aunque dentro de Alemania recibió el apoyo del Bundesbank y de Jürgen Stark. En HEIPERTZ M., y VERDUN, A., op. cit., p. 769.

⁴⁶⁸ Sobre el PEC, es esencial la obra también de HEIPERTZ, M., y VERDUN A., *Ruling Europe: The politics of the stability and growth pact*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Consejo, de 7 de julio, de clarificación del procedimiento de déficit excesivo, que reforzaría la *vertiente correctiva* del Protocolo anejo a Maastricht ya descrito.⁴⁶⁹

Así, en la vertiente preventiva, el primer Reglamento reforzaba el procedimiento de supervisión multilateral y de observaciones generales del art. 103.5 de Maastricht, obligando a los Estados participantes en la última fase UEM a presentar planes de estabilidad con objetivos a medio plazo en los que se tenía que demostrar la lucha contra el déficit excesivo y el sostén de unas cuentas públicas saneadas. Y aunque la Comisión y el Consejo estaban habilitados para realizar recomendaciones sobre tales programas, el Reglamento no establecía ningún mecanismo de sanción en caso de que los Estados no las siguieran.

En cuanto a la vertiente correctiva, y sin explicar la causa, el nuevo Reglamento no aludía en ningún momento a los niveles altos de deuda que sí aparecían en Maastricht, y limitaba su “potencial” sancionador a los casos de incumplimiento de la regla de déficit (3% sobre PIB en términos contables, recordemos) sobre la base de la trayectoria o senda de ajuste y objetivos a medio plazo establecidos. Objetivos éstos que se referían a un déficit que, interpretando el Reglamento y siguiendo a Guerrero Vázquez, hemos de entender como estructural y no contable, problemática esta que abordaremos posteriormente.⁴⁷⁰ Las sanciones conllevaban desde la obligación de depositar cantidades que podían llegar en su importe fijo al 0,2 % PIB, hasta su conversión en multas tras un plazo de dos años. Se concretaban así las disposiciones ya contenidas en el Protocolo de Maastricht, estableciéndose cauces e instrumentos jurídicos para cubrir dichas situaciones. Ahora bien, el Reglamento seguía moviéndose en ámbitos de apertura e indecisión que lo alejaban de toda pretensión de automatismo y, por supuesto, de las ideas de Waigel.⁴⁷¹ Así, permitía que los Estados exceptuaran el cumplimiento de la regla de déficit ante circunstancias excepcionales o recesiones que implicaran un descenso de como mínimo un 2% PIB respecto al crecimiento económico previsto. La amplitud residía en la inconcreción de los conceptos (¿circunstancias excepcionales?) que debía ser interpretada y concretada por el Consejo por mayoría, nuevamente, cualificada.⁴⁷²

⁴⁶⁹ El PEC antes de su reforma de 2005 es analizado en RUIZ TARRÍAS, S., op. cit., pp. 106-130

⁴⁷⁰ GUERRERO VÁZQUEZ, P., “Gobernanza económica y régimen sancionador en caso de incumplimiento de la Eurozona”, *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 26, 2016.

⁴⁷¹ RUIZ TARRÍAS, S., op. cit., p. 113

⁴⁷² BEETSMA, R. y JENSEN, H.E., “Contingent deficit sanctions and moral hazard with a stability pact”, *Journal of International Economics*, nº 61, 2003, p. 199.

Esta amplitud, unida a la poca voluntad de los Estados por cumplir con el Pacto que ellos mismos suscribían, tal y como relata y constata Goodhart,⁴⁷³ hacían del PEC un marco fallido e ineficaz que pronto, como veremos, mostraría su debilidad jurídica. Y es que, en toda la historia del PEC no se ha llegado a imponer nunca ninguna sanción, otro rasgo más de su fracaso.⁴⁷⁴ Aunque de una primera observación pueda deducirse que el PEC se aprobó en términos jurídicamente vinculantes, su falta de eficacia hace que podamos incorporarlo incluso, en un extremo interpretativo y fáctico, en los siempre volubles márgenes del soft-law.⁴⁷⁵ Es más, a las deficiencias en la concreción y vinculatoriedad de sus disposiciones habríamos de añadir, y cabe decir que no es una observación baladí, la propia inadecuación de la institución del Consejo como órgano decisor en última instancia. Y no sólo porque éste estuviera diseñado para el conjunto de la UE, ya que en su seno también estaban los Estados no participantes en el euro y en la última fase UEM, sino también porque el propio sistema de votación implicaba una asimetría difícil de congeniar con procedimientos sancionadores o potencialmente correctivos. Al exigirse mayoría cualificada para que éstos se completaran tras la iniciativa de la Comisión, los Estados más grandes tendrían (y tenían) la oportunidad de hacer valer su mayor número de votos para imponer un PEC “duro” a los Estados pequeños, mientras que éstos se veían en la indefensión, o cuanto menos, en la incapacidad, de hacer cumplir el PEC de igual forma a los grandes.⁴⁷⁶ Siguiendo a Hansen, la hipótesis de que los Estados más “fuertes” de la UE, incluidos los fundadores, son más proclives por su peso y su posición central en el sistema comunitario a evadir cuando les conviene las normas de éste, no puede ser descartada y con el PEC, de hecho, se constata empíricamente, como comprobaremos.⁴⁷⁷ El sistema de votación en materia de sanciones por incumplimiento de las reglas presupuestarias estaba, por ende, alejado al máximo de lo diseñado por la Economía constitucional, tal y como estudiamos

⁴⁷³ GOODHART, A. E., “Replacing the Stability and Growth Pact?”, *Atlantic Economic Journal*, nº 34, 2006, pp. 244-245.

⁴⁷⁴ BAERG, N. R. y HALLERBERG, M., “Explaining Instability in the Stability and Growth Pact: The Contribution of Member State Power and Euroscepticism to the Euro Crisis”, *Comparative Political Studies*, 2016, Vol. 49, nº 7, pp. 970-971.

⁴⁷⁵ HODSON, D. y MAHER, I., “Soft law and sanctions: economic policy co-ordination and reform of the Stability and Growth Pact”, *Journal of European Public Policy*, vol. 11, nº 5, 2004, pp. 800-801.

⁴⁷⁶ BAERG, N. R. y HALLERBERG, M., op. cit., 968-1009. También hablan de la variable del euroscepticismo de los diversos estados a la hora de cumplir el PEC, y de la distinta flexibilidad que muestra la Comisión dependiendo de qué Estados. Sobre el poder de los países grandes para evadir el PEC: STONE, R., *Controlling institutions: International organizations and the global economy*, Cambridge, UK: Cambridge University Press., 2011, pp. 118 y ss.

⁴⁷⁷ HANSEN, M. A., “Explaining deviations from the Stability and Growth Pact: power, ideology, economic need or diffusion?”, *Journal of Public Policy*, nº 3, vol. 35, 2015, pp. 482-483.

anteriormente y como, desde la misma, no tardarían en ver algunos de sus autores en la famosa revista de la *Public Choice*.⁴⁷⁸ La tiranía de las mayorías, tan temida por Buchanan, se institucionalizaba aquí, pero no de las mayorías sociales, sino de las mayorías gubernamentales en la aplicación de una regla presupuestaria, de una *balanced budget rule*, débilmente positivizada.

De suerte tal que, cuando los Estados incumplidores del PEC y así señalados por la Comisión fueron, en 2003-2004, Alemania y Francia,⁴⁷⁹ el Pacto se volvió absolutamente ineficaz y el Consejo, donde ambos países tenían una presencia alta en número de votos e influencia política, paralizó los procedimientos que daban luz verde a la vertiente correctiva, algo que no había hecho previamente con Portugal, también sometido por entonces al Procedimiento de Déficit Excesivo (PDE, en adelante). La Comisión, como respuesta al desplante, llevaría al Consejo ante el TJUE en otro caso de los que aquí vamos a denominar como de “resistencia comunitaria”, ahora dentro de la propia UE, y que analizaremos con detalle más adelante. Conste ahora, de momento, la relevancia del incumplimiento por los dos países impulsores, centrales y fundadores del proceso de integración. De ahí la necesidad perentoria, después de ello y de la sentencia del TJUE, de modificar el PEC para que los incumplimientos pudieran tener mayor respaldo jurídico, flexibilizando el Pacto (ya de por sí flexible), mediante la adopción del Reglamento (CE) 1056/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005 (que modificaba el Reglamento (CE) 1467/97),⁴⁸⁰ y que, entre otras estipulaciones, añadía la posibilidad de que los Estados aludieran otros factores para poder excusar el cumplimiento de la regla de déficit. Entre estos, el estar inmersos en situaciones de cooperación internacional o, curiosamente, en gastos extraordinarios derivados de la “unificación europea”, referencia velada a la necesidad alemana de llevar a cabo políticas presupuestarias expansionistas con las que dar cabida a la anexión de la antigua RDA.⁴⁸¹ A la par, se permitía a la Comisión y al Consejo supervisar la evolución presupuestaria nacional diferenciando entre Estados y sus diferentes situaciones económicas, adaptándose a cada realidad. Así,

⁴⁷⁸ IRLLENBUSCH, B., y SUTTER, M., “An experimental analysis of voting in the Stability and Growth Pact in the European Monetary Union”, *Public Choice*, nº 129, 2006, p. 429.

⁴⁷⁹ Presididas, respectivamente, por el Canciller Schröder y Jacques Chirac.

⁴⁸⁰ El Reglamento nº 1055/2005, de 27 de junio de 2005, enmendó el Reglamento nº 1466/97, relativo al reforzamiento de la supervisión de las posiciones presupuestarias y el control de las políticas económicas. Por su parte, el Reglamento número 1056/2005, de 27 de junio, enmendó el Reglamento nº 1476/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.

⁴⁸¹ ESPARZA OROZ, M., “El nuevo marco de la estabilidad presupuestaria en España”, *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 26, 2012.

se incorporaba la categoría de los “objetivos a medio plazo” (art. 2 bis), consistentes en hacer cumplir a los Estados, paulatinamente, con el objetivo final de un déficit *estructural* inferior al 1%, dentro del paraguas más amplio del 3% contable que imponía el Protocolo desde Maastricht. Al tiempo que se eliminaba la necesidad de que las recesiones económicas, para poder ser presupuestos habilitadores de excepción a la regla de déficit, tuvieran que traducirse en descensos del 2% del PIB en cuanto a las previsiones.⁴⁸² Una serie de modificaciones, analizadas *inter alia* por Dasí González y Guerrero Vázquez,⁴⁸³ que aunque parecían detallar más el Pacto gracias a los objetivos a medio plazo, en verdad lo volvían aún más ineficaz y prácticamente inservible para el cometido de conseguir la estabilidad presupuestaria en la Eurozona.

Por ende, ante un incumplimiento flagrante del PEC, éste se modifica no para volverlo eficaz y riguroso, sino para flexibilizarlo y, lo que es aún peor en la perspectiva de los defensores de la estabilidad presupuestaria, para adaptarlo a las necesidades coyunturales de un país, Alemania, que debía hacer frente a una situación en la que una concepción estricta de dicha estabilidad podría conllevarle serios problemas en su peculiar proceso de integración económica y constitucional tras la unificación.

1.2.- Las primeras resistencias comunitarias y constitucionales sobre la regla de estabilidad presupuestaria

Denominamos *resistencia comunitaria* a la capacidad del Derecho originario UE, con efectos cuasi-constitucionales, de enfrentarse a interpretaciones arbitrarias e infundadas, así como a *huidas* políticas de su anclaje jurídico. Como decíamos al principio de esta tesis, una de las características esenciales del constitucionalismo es la de reconducir el poder político a términos jurídicos y abstraer sus potencialidades, de ahí los esfuerzos continuos a lo largo de su rica historia por crear mecanismos que materialicen tales pretensiones. Lo constitucional, consciente de su rigidez y especial

⁴⁸² Sobre la reforma de 2005, MORRIS, R., ONGENA, H. y SCHKNECHT, L., “The reform and implementation of the stability and growth pact”, Frankfurt am Main, Germany: *European Central Bank, Paper* Nº 47, 2006. Un análisis del PEC y su crisis de 2004-2004, desde una perspectiva más económica, en CABALLERO, A., CABALLERO, G., y LOSADA, A., “Credibility, Rules and Power in the European Union Institutions: a Transactional Analysis of the “Stability and Growth Pact”, *Brazilian Journal of Political Economy*, vol. 26, nº 3, 2006, pp. 445-458.

⁴⁸³ DASÍ GONZÁLEZ, R. M., “El Pacto de Estabilidad y Crecimiento ante la crisis. Determinación y seguimiento del déficit público de los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista Española de Control Externo*, vol. 13, nº 39, pp. 65-104; GUERRERO VÁZQUEZ, P., “Gobernanza económica y régimen sancionador en caso de incumplimiento de la Eurozona”, *op. cit.*, pp. 74-75.

legitimidad, se protege frente a su posible incumplimiento o evasión a través de un aumento de la normatividad de sus principios y reglas que se traduce, al fin, en la instauración de una institucionalidad jurisdiccional que vele por ella. En el ámbito de la Unión será el Tribunal de Justicia el que intente proteger el derecho originario tanto del derivado como de las evasiones políticas del primero que iremos analizando; y en el ámbito estatal serán, por supuesto, los respectivos tribunales constitucionales quienes, con mayor o menor contundencia, pretenderán defender sus textos fundamentales, legítimamente fundados, frente a posibles extralimitaciones de la Unión. A la resistencia de estos últimos las denominaremos, en consecuencia, como *resistencias constitucionales*.

Así, ante dos conjuntos normativos que despliegan efectos constitucionales, tal y como aclaramos en la Introducción, tenemos dos instancias jurisdiccionales que, tanto por arriba (TJUE-UE), como por abajo (TC-Constitución), van a venir emitiendo resoluciones que, con acierto o no, tienen la posibilidad de poner en tensión el proceso de integración al intentar reconducirlo a la juridicidad comunitaria o constitucionalidad (rígida) existente y frenar, con ello, las pretensiones políticas de superarlas o incumplirlas.

Por abajo, desde las cortes constitucionales, ya vimos cómo el Consejo Constitucional francés tuvo que pronunciarse sobre la naturaleza de una de las primeras huidas del Derecho originario, la que puso en marcha el Sistema Monetario Europeo mediante acuerdos gubernamentales. Aún no estaba en solfa, sin embargo, la estabilidad presupuestaria como elemento indisoluble de la débil Unión Económica (dentro de la UEM) que quería implementarse.

Sobre ella será, cómo no, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCA) el que se pronunciará reiteradamente y de forma más contundente para establecer los límites de la expansión europea respecto al núcleo de la Ley Fundamental de Bonn (LFB, en adelante), como ya hizo en la sentencia de Solange I indicada. Es con el Tratado de Maastricht, en este sentido, cuando el TCA asienta su doctrina constitucional sobre el proceso de integración y su alcance, abarcando con ella las posibles potencialidades de una Unión Económica más fuerte en la que la estabilidad presupuestaria sea uno de sus principios definidores.

Tras la firma del Tratado, el 12 de octubre de 1993, el TCA emitiría la relevante sentencia Maastricht,⁴⁸⁴ que ha sido profusamente analizada por la doctrina, incluida, y de forma destacada, la española.⁴⁸⁵ Por ende, y dado el actual objetivo de estudio, nos detendremos únicamente en las consecuencias de la Sentencia para con la Unión Económica, su posición dentro de la UEM y la posibilidad de juridificar la estabilidad presupuestaria que brindaba el Tratado.

En primer lugar hay que señalar que las conclusiones sobre la materia apuntada por parte del TCA se encuadran en el objetivo general de la sentencia, que es afianzar la idea de que Alemania no puede someterse a ningún automatismo institucional y jurídico con la firma del Tratado que pueda devenir, en su desarrollo, en un menoscabo de principios esenciales de la LFB, como el democrático (art. 23) y su concreción en la necesidad de intervención del Parlamento alemán. Es con base a ese planteamiento como el Tribunal de Karlsruhe, a la hora de analizar la UEM que incorporaba Maastricht (y que venía a bendecir los pasos ya dados también con el SME), diferencia entre dos grandes bloques dentro de la misma: la “coordinación de las políticas económicas” y la “auténtica política activa económica y social”. Esta última, que implicaría la consecución de una Unión Económica verdadera con transferencia de competencias relevantes y la posibilidad de una política presupuestaria y fiscal común, necesitaría, en todo caso y a juicio del Tribunal, de un amparo político-jurídico más intenso. Esa Unión Económica avanzada, distinta de los meros mecanismos de coordinación en que se basaba en buena medida Maastricht, tendría que tener su correlato en una Unión Política, en una decisión política constituyente, que incluso podría desbordar el marco constitucional alemán mediante una reforma o un nuevo texto constitucional. Con ello se podría derivar, según la visión de Menéndez Menéndez, una interpretación democrática radical de la postura mantenida por el TCA, en la medida en que éste estaría intentando salvar “nacionalmente” a la Unión y seguir manteniendo el vínculo entre *Kratos* y *demos* que, por el momento, parecía darse solamente en el ámbito del Estado westfaliano.⁴⁸⁶

Sea como fuere, lo cierto es que el Tribunal limitaba así la posibilidad de avanzar en la integración presupuestaria basándose en una diferenciación paradójica, por cuanto en la misma sentencia no pondría reparos a la Unión Monetaria, esta sí plena, que se

⁴⁸⁴ BVerfG, 2 BvR 1390/12, 12 de octubre de 1993.

⁴⁸⁵ Analizada en RUIZ TARRÍAS, S., op. cit., pp. 93-96

⁴⁸⁶ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. J., “The Existential Crisis of the European Union”, *German Law Journal*, nº 5, vol. 14, 2013, pp. 453-526.

conseguiría con el desarrollo de las previsiones contenidas en Maastricht. Es decir, la M de la UEM no precisaría de una Unión Política que le diera cobertura, pues a juicio del Tribunal, la consecución de la última fase de la Unión Monetaria que crearía una moneda única no afectaba ni al principio democrático ni al núcleo de soberanía política de los Estados. La Monetaria sería una Unión, para el TCA, fundada en criterios técnicos y funcionales, sin necesidad de acudir a vías extraordinarias de legitimación democrática; es decir, un marco jurídico neutro que cae, en buena medida, en un ámbito indisponible para lo político... una idea, por otro lado, muy ordoliberal. Así lo ve Joerges, quien apunta que “la integración económica era de esta forma calificada de fenómeno apolítico, operando de forma autónoma, más allá de la voluntad de los Estados miembros. Todo lo que la Unión monetaria precisaba se resumía a una legitimidad funcional fundada sobre una conexión institucional garantizada a favor de la estabilidad de los precios y contra los déficits excesivos de las finanzas públicas”.⁴⁸⁷

Curiosa cuanto menos esta argumentación del Tribunal, pues sobre un ámbito que incide tanto y tan particularmente en la política económica, como hemos podido comprobar en los últimos tiempos, no se proyecta siquiera una sombra de escepticismo, bendiciendo sin reservas a uno de los pocos sectores verdaderamente federales del proceso de integración⁴⁸⁸ bajo lo que no deja de ser una diferenciación basada en una falsa neutralidad jurídico-política⁴⁸⁹ en la que se esconde, en el fondo, una afectación intensa de la soberanía nacional y popular.

En esta “temprana” jurisprudencia del TCA encontramos, pues, una mayor flexibilidad para con la Unión Monetaria y un control constitucional más exhaustivo de la débil “Unión Económica”, en la que la armonización más intensa de las políticas presupuestarias o la instauración mecanismos propios de la Economía constitucional, como la vinculatoriedad de una regla de déficit sujeta a sanciones automáticas en caso de incumplimiento, necesitarían de un impulso político extra (*decisión*, lo denomina schmittianamente⁴⁹⁰ el Tribunal) que le diera cobertura. Una mayor *resistencia*

⁴⁸⁷ JOERGES, C., “What is left of the European Economic Constitution? A melancholic eulogy”, *European Law Review*, nº4, 2005, pp. 461-489.

⁴⁸⁸ Cfr. MORENO GONZÁLEZ, G., “El principio democrático en la política monetaria europea. El encaje constitucional de la independencia del Banco Central Europeo”, op. cit.

⁴⁸⁹ MARTÍNEZ LUCIO, M., “Legitimar el mercado: el neoliberalismo y el “juego” de la integración monetaria europea en España”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 20, nº 2, 2002, pp. 390-391.

⁴⁹⁰ Se ha señalado expresamente su origen schmittiano, PERNICE, I., “Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, nº 120, 1995, pp. 100-120; y WEILER, J. W.

constitucional en torno a la estabilidad presupuestaria como regla comunitaria eficaz, en el marco de una mayor Unión Económica, se establece ya por parte del “señor del constitucionalismo europeo” con sede en Karlsruhe en 1993, resistencia sobre la que posteriormente tendremos que regresar en reiteradas ocasiones, que va a dejar su impronta en la gobernanza económica de la Unión y que se reiterará especialmente en la famosa Sentencia Lisboa.

En cuanto a la *resistencia comunitaria* del propio Derecho originario frente a las extralimitaciones del poder político en torno al principio de estabilidad presupuestaria, y en esta primera fase de desarrollo de la misma, la sentencia del pleno del TJUE de 13 de julio de 2004 ya indicada, sobre los incumplimientos de Francia y Alemania, es paradigmática.⁴⁹¹ Aun con los mecanismos de coerción tan débiles que el PEC establecía, siguiendo y desarrollando lo estipulado en Maastricht, lo político tiende a desembarazarse de las costuras jurídicas pretendidamente rígidas que en su momento se auto-impuso. Así, cuando Alemania y Francia incumplieron el PEC e incurrieron en déficits excesivos, el Consejo decidió, sin previa recomendación al respecto de la Comisión, suspender el procedimiento en su vertiente correctiva. Ante tal suspensión, la Comisión llevó al propio Consejo ante el TJUE, por incumplimiento según ella de las previsiones del art. 104.8 y 104.9 y de su correspondiente desarrollo en el Reglamento 1476/1997.

La sentencia, no obstante, sería una pírrica victoria para la Comisión. Y es que, aunque en un primer momento parece que el TJUE intente reducir el margen de apreciación del Consejo al limitar su campo de discrecionalidad en la suspensión del procedimiento correctivo a los supuestos cerrados del art. 9.1, lo cierto es que el grueso de la argumentación del Tribunal y que luego será lo que determine el fallo, viene constituido por el vicio de la ausencia de un previo informe de la Comisión. El Consejo no podía suspender el procedimiento, determina Luxemburgo, pero no porque hubiese incurrido en arbitrariedad a la hora de interpretar las normas, sino porque éstas obligaban a que previamente se presentara una recomendación de la Comisión que, en todo caso, y al no ser vinculante, podía posteriormente no seguirse por parte del Consejo. Es decir, éste mantendría una gran discrecionalidad a la hora de constatar si existía o no un déficit excesivo en los Estados miembros en cuestión, decidiendo ello por mayoría cualificada.

“Der Staat “über alles”. Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts”, *Jean Monnet Working Paper*, nº 7, 1995.

⁴⁹¹ RUIZ TARRÍAS, S., op. cit., pp. 123-130.

La naturaleza de las previsiones en materia presupuestaria del PEC quedaban así reforzadas en la ausencia última de su coercitividad, dejada al albur de las consideraciones políticas del Consejo y del peso, desigual, de los Estados en él representados. El TJUE acompañaba de este modo a la literalidad de las previsiones del Tratado, que bendecían aparentemente el margen de discrecionalidad del peculiar “senado” de la Unión, y no se aventuraba a ahondar pretorianamente en la integración presupuestaria como sí había hecho, con bases jurídicas no del todo sólidas, a lo largo de la construcción del mercado común.

2.- La consolidación de la estabilidad presupuestaria al calor de la crisis económica: el refuerzo del PEC y la creación de nuevos mecanismos

2.1.-La deuda llama a Europa

Para poder contextualizar las modificaciones habidas desde 2011 en los mecanismos de gobernanza económica y los pasos dados en el seno de éstos hacia la consolidación de la estabilidad presupuestaria, hemos de referirnos, aunque sea brevemente, a la crisis económica y financiera que terminó instalándose en Europa alrededor de tal fecha. A mediados de 2007 el panorama financiero estadounidense comenzó a mostrar síntomas de debilidad en cuanto se demostró que muchos balances de los grandes bancos de inversión habían sido falseados o estaban excesivamente cargados con créditos basura. La política de tipos bajos de la Reserva Federal, unida a la derogación de la Ley Glass-Steagall y la ausencia de fuertes controles por parte de las autoridades federales norteamericanas, habían abonado la primera mitad de la década de los 2000 el campo propicio para que, superada dicha barrera temporal, los mercados financieros se mostraran ingobernables.⁴⁹² Al difuminarse la distinción entre las funciones de inversión financiera y las de canalización del ahorro hacia la inversión productiva, los bancos habían apostado fuertemente por una subida constante de los precios de la vivienda en Estados Unidos, concediendo sin apenas límites miles de millones de dólares en hipotecas de muy mala calidad y con altas probabilidades de mora o impago (*subprime*). La burbuja inmobiliaria, alentada por esa realidad, no tardaría en estallar entre el pánico bursátil y la inacción, en los primeros días, de las autoridades financieras. La caída de Lehman

⁴⁹² Cfr. LAPAVITSAS, C., *Profiting without Producing: How Finance Exploits us All*, London: Verso, 2013.

Brothers en septiembre de 2008 constituyó, para muchos, la señal inequívoca del inicio de una gran crisis financiera, que desde ese momento, además, comenzó a extenderse por los mercados globales. Como consecuencia del temor a la metástasis, los bancos cortaron abruptamente el crédito (incluido, y en primer lugar, el interbancario), provocando al mismo tiempo una intensa crisis económica que se vería reforzada, a su vez, por el rescate sin precedentes de los Estados a la banca. La espiral perfecta se había desatado y el país más débil de Europa, tanto económica como financieramente, comenzó a ser blanco de ataques especulativos en los mercados de deuda. Grecia, en efecto, había falseado sus cuentas públicas para entrar en la tercera fase de la UEM y su economía, lastrada históricamente por una baja productividad y una dependencia excesiva del sector turístico, se encontraba a la intemperie en medio de un Eurosistema incapaz de acudir en su ayuda. La Unión Monetaria impide a cualquier Estado participante en la misma devaluar unilateralmente la moneda para reactivar su economía vía exportaciones, al tiempo que su diseño institucional prohíbe tajantemente al Banco Central Europeo la asistencia financiera directa a los Estados del Euro. Así, ante la especial debilidad de Grecia, a finales de 2009 el Gobierno anunció por sorpresa que su déficit interanual iba a ser superior al 10%, lastrado además por los ataques especulativos (compra masiva de seguros de impago) y el recelo de los inversores. En mayo de 2010 los Estados de la Eurozona, liderados por Francia y Alemania, acordarían un paquete de “rescate”, de asistencia financiera, para que Grecia pudiera hacer frente a los nuevos pagos de su deuda y a sus propios gastos corrientes, intentando con esta operación cortar un posible contagio hacia el resto de países del sur de Europa. No obstante, la profundidad de la crisis financiera y de su traslación a la economía productiva junto a los destacados recortes presupuestarios para hacer frente a déficits cada vez mayores, no sólo no evitaron ese temible contagio, sino que lo indujeron. Así, a finales del propio 2010 Irlanda tendría también que ser rescatada tras el derrumbe de sus grandes bancos; Portugal en mayo de 2011, en medio de una crisis también política que llevó a su Primer Ministro a la cárcel; en junio de 2012, el sistema bancario español tras la caída de instituciones financieras tan relevantes como Bankia; y en noviembre del mismo 2012, Chipre acudiría también a un rescate en el que la práctica totalidad de su sistema financiero sería reestructurado, llegando a estar durante días en una situación de *corralito* (restricción de la retirada de depósitos). Fuera de la zona euro, además, y antes incluso de los rescates referidos, entre finales de 2008 y principios de 2010 Hungría, Letonia y Rumanía recibirían asistencia financiera de la Unión Europea y del FMI.

Todos los rescates liderados por la Unión, y por supuesto aquellos en los que el Fondo ha participado, se celebraron a cambio de drásticos programas de ajuste estructural y fiscal que tuvieron como objetivo la estabilidad presupuestaria. Ésta, como analizaremos en detalle más adelante, se va a erigir desde entonces en el principio rector de una nueva coactividad financiera canalizada institucionalmente desde el corazón de la UE o de una institucionalidad dependiente de ella. Una UE que, quizá con extraordinaria mala suerte, entraba en la crisis económica de 2010 con un renovado pacto fundante, pues cuando las consecuencias más adversas de la crisis no habían impactado de lleno aún en el viejo continente, la integración europea había conseguido renovarse tras el malogrado Tratado Constitucional y, a finales de 2007, en Lisboa, firmar y cerrar el nuevo marco jurídico de la Unión. El Tratado de Lisboa, que entraría en vigor en 2009 y ya con la crisis trasladándose a Europa a una velocidad vertiginosa,⁴⁹³ fruto de las largas negociaciones intergubernamentales previas que sucedieron al fracaso de la mal llamada “Constitución europea”, no estuvo en ningún momento diseñado por o para la necesidad de adaptar la Unión al nuevo escenario económico. Lisboa no supone un salto cualitativo en la UEM diseñada por Maastricht, pues como indica Ruíz Tarrías, “no altera el statu quo respecto a la distribución de competencias en materia económica y monetaria entre la UE y los Estados Miembros, quienes, como hasta entonces, continúan siendo responsables de la gestión de sus políticas económicas y presupuestarias”.⁴⁹⁴ El objetivo de la UEM, ahora consagrado en el art. 3.4 del Tratado de la Unión Europea (TUE, en adelante), se mantiene intacto respecto a la previsión de Maastricht y los cambios incorporados en su configuración más concreta por el nuevo Tratado no son sustanciales, aunque a continuación los indiquemos sucintamente.

En materia de estabilidad presupuestaria, insertada en el más amplio ámbito de la coordinación económica, Lisboa amplía el margen de actuación de la Comisión que ahora, en virtud de la nueva redacción del art. 121 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en adelante), puede advertir directamente a un Estado en caso de que considere que no está siguiendo las orientaciones generales o de que, con su actuación económica (incluida, muy especialmente, la presupuestaria) pueda poner en riesgo la estabilidad de la UEM en su conjunto. Al mismo tiempo, la previsión de evitar déficits públicos excesivos, y las líneas generales del procedimiento, se trasladan al art. 121 del

⁴⁹³ En ese año se declararon déficits excesivos, en virtud del antiguo 104.6 TCE, en Grecia, Francia, Irlanda, Eslovenia, Portugal y España.

⁴⁹⁴ RUIZ TARRÍAS, S., op. cit., p. 145.

TFUE citado y el viejo Protocolo n° 5, que la desarrollaba, es ahora el Protocolo n° 12 sobre procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo (PDE).

El Tratado de Lisboa también aborda, aunque ahondando en la timidez general con la que trata la UEM, la asimetría entre los Estados que avanzaron en la tercera fase de ésta y adoptaron el Euro, y los que no. De ahí que cree el Eurogrupo y lo formalice, aunque sin atribuirle competencias normativas (Protocolo 14), algo muy criticado en su momento, dada su inconsistencia.⁴⁹⁵ Al tiempo, para la Eurozona, el capítulo IV TFUE incorpora una serie de previsiones que intentan dar cobertura desde el derecho originario a los desarrollos institucionales que luego analizaremos. El art. 136.1 TFUE, de momento, permite al Consejo adoptar un refuerzo en la coordinación y supervisión económica y presupuestaria para los Estados del Euro, así como elaborar y dirigir orientaciones específicas para esos Estados referidas a sus políticas económicas, interviniendo en tales mecanismos única y exclusivamente los países del Euro en el Consejo.

Así las cosas, como indican Arestis y Sawyer,⁴⁹⁶ las débiles innovaciones que incorpora en la UEM el Tratado de Lisboa no pudieron ser un instrumento eficaz para afrontar la crisis económica que se avecinaba en el momento de su firma, y pronto la institucionalidad europea, incluidos los Estados, vieron la necesidad de replantear el edificio del gobierno económico de la Unión. La respuesta de ésta a la crisis financiera internacional se vehiculó, en lo que pueda concernir a la estabilidad presupuestaria y su lento proceso de juridificación que aquí estamos describiendo, mediante tres grandes bloques de instrumentos o medidas: el refuerzo del PEC mediante el derecho derivado (*six y two pack*), la adopción de un nuevo Tratado internacional (de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, TECG) y el establecimiento de un mecanismo permanente de rescate financiero (el Mecanismo Europeo de Estabilidad, MEDE) que viene a consolidar la estricta condicionalidad de las políticas presupuestarias de los Estados, aunque en este último caso solo para aquellos que precisen asistencia económica. El refuerzo del PEC mediante el derecho derivado se hará dentro de los márgenes que

⁴⁹⁵ BARDUTZKY, S. y FAHEY, E., “Who Got to Adjudicate the EU’s Financial Crisis and Why? Judicial Review of the Legal Instruments of the Eurozone”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2014, pp. 341-342. La obra colectiva de Adams *et alii.*, constituye hasta ahora el análisis más completo de la juridificación de la estabilidad presupuestaria en Europa, de ahí que en adelante acudamos a ella con frecuencia.

⁴⁹⁶ Sobre la poca ambición en la Unión Económica de Lisboa, y sus fallos, ARESTIS, P., y SAWYER, M., “The Design Faults of the Economic and Monetary Union”, *Journal of Contemporary European Studies*, vol 9, n° 1, 2011.

permitía Lisboa y en el cumplimiento del procedimiento comunitario, con participación del Parlamento Europeo y del resto de instituciones de la Unión. Por el contrario, tanto el MEDE (último estadio de mecanismos anteriores más endeblés) como el TCEG, constituirán nuevamente *huidas* del marco de la Unión Europea y sus procedimientos por parte de los Estados, huidas que colocan a tales mecanismos en una posición jurídica complicada y que, como analizaremos con detalle, han despertado numerosas *resistencias constitucionales* por parte de los Estados y algunas *resistencias comunitarias*, aunque menos decididas, por parte de la propia Unión.

Los tres grandes bloques, sumados a los instrumentos ya existentes de la UEM, conforman la nueva gobernanza económica europea en la que la estabilidad presupuestaria, en tanto principio vector y rector, se sitúa en una posición de centralidad desde la que, desde su juridificación supranacional, proyectará drásticas consecuencias para el núcleo de la constitución económica europea y de las constituciones sociales de los Estados miembros, como analizaremos en la tercera parte de esta tesis. Pasemos ahora, por ende, a analizar uno a uno dichos bloques y los problemas constitucionales que plantean para poder, luego, abordar la mutación a que se ha visto sometido el gobierno económico de la Unión.

2.2-El refuerzo del PEC: *six y two pack*

La situación de crisis descrita y su traslación intensa al panorama europeo, sobre todo a través de la cuña griega, despertará en la arquitectura comunitaria la necesidad de adaptarse a la nueva realidad y de reforzar, bajo el parámetro teórico neoliberal que es hegemónico desde entonces, el control sobre los presupuestos nacionales y la regla de la estabilidad presupuestaria. La Comisión Europea, en este sentido, trabajaría a lo largo de 2011 en la adopción de un importante paquete de medidas legislativas, de derecho derivado, que traían causa de una constante preocupación por parte de Bruselas en torno al refuerzo del PEC desde la primavera de 2010, cuando la crisis griega comenzó a golpear seriamente al Euro. La Comunicación de la Comisión de 12 de mayo de ese año,⁴⁹⁷ por ejemplo, emplazaba al Consejo y al Parlamento a adoptar cuanto antes nuevas

⁴⁹⁷ Comisión Europea: *Communication from the Commission to the European parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, reinforcing economic policy coordination*, COM (2010) 250 final, de 12 de mayo de 2010, Bruselas.

disposiciones que reformaran el PEC haciéndolo más vinculante y que comenzaran a consolidar la estabilidad presupuestaria como principio jurídicamente normativo para todos los Estados de la Unión. Para los pertenecientes a la Eurozona, a su vez, se indicaba la necesidad de ir más allá estableciendo mecanismos para asegurar no sólo la estabilidad presupuestaria, sino también la macroeconómica, abriéndose con ello la supervisión de indicadores distintos a la deuda y al déficit públicos. El 30 de junio de 2010 la Comisión lanzaría una Comunicación aún más explícita y concreta en la que ya se habla, también, de articular mecanismos para que la planificación presupuestaria de los Estados sea plurianual y atienda al largo plazo con la pretensión, final, de alcanzar niveles óptimos de estabilidad tras la indicación por el Consejo, en tal sentido, de objetivos a medio plazo por país.⁴⁹⁸

Así llegamos a 2011, en medio de una crisis griega que comienza a desestabilizar el Euro y a contagiarse por los países del sur de Europa, año en el que los Estados principales de la Unión Monetaria van a impulsar la creación del MEDE, que luego analizaremos, y la adopción del paquete de medidas para reforzar el PEC que la Comisión venía pidiendo reiteradamente. Tras no pocos debates e intercambio de pareceres, terminaría entrando en vigor en diciembre de dicho año el *six pack*, compuesto de cinco reglamentos y una directiva,⁴⁹⁹ y que constituye, como indica Piedrafita, la mayor reforma de la gobernanza económica europea desde la instauración inicial de la UEM por Maastricht, afectando directamente, además, a principios esenciales de la Unión.⁵⁰⁰ Cuatro de los cinco reglamentos han sido aprobados por el procedimiento de codecisión Consejo-Parlamento Europeo, tres de ellos se dedican a reforzar las previsiones de los dos anteriormente existentes y constituyentes del PEC, tanto en su vertiente preventiva

⁴⁹⁸ Comisión Europea: *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Enhancing economic policy coordination for stability, growth and jobs – Tools for stronger EU economic governance*, COM (2010) 367/2, de 30 de junio de 2010.

⁴⁹⁹ Reglamento (UE) n° 1173/2011 sobre la puesta en práctica efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona euro; el Reglamento (UE) n° 1174/2011 relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona euro; el Reglamento (UE) n° 1175/2011 por el que se modifican los procedimientos de supervisión de las situaciones presupuestarias; el Reglamento (UE) n° 1176/2011 sobre prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos; el Reglamento (UE) n° 1177/2011, que modifica el procedimiento en caso de déficit excesivo y la Directiva n° 2011/85/UE sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros).

⁵⁰⁰ PIEDRAFITA, S., “National Parliaments’ Say on the New EU Budgetary Constraints: The Case of Spain and Ireland”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp. 338-339. También así lo indicaría la Comisión a finales de 2010, sobre su proyecto; Comisión Europea: *Gobernanza económica de la UE: la Comisión presenta un paquete global de medidas legislativas*, Press Release, Bruselas, 29 de septiembre de 2010.

como correctiva, estableciendo los otros dos un nuevo procedimiento por desequilibrios macroeconómicos, tal y como había pedido la Comisión. La Directiva, por su parte, incorpora la obligación de que los marcos presupuestarios de los Estados cumplan con un mínimo común y necesario de características, entre las que se encuentran determinaciones concretas sobre la forma de elaborar los presupuestos, la información que los países han de enviar a Bruselas o el método contable que debe seguirse para calcular los parámetros exigidos en el PEC.

Los cinco reglamentos encuentran su cobertura jurídica en los arts. 136 y 121.6 TFUE, que establecen como una política de interés común la económica y la necesidad de su coordinación. La Directiva, por su parte, viene amparada en el art. 126.14, que recoge la posibilidad de que el Consejo adopte las medidas necesarias para el desarrollo y definición del Procedimiento de Déficit Excesivo (PDE) establecido en el Protocolo nº 12.

2.2.1.-La reforma del PEC stricto sensu

Los tres Reglamentos que modifican el PEC incorporan una serie de novedades muy significativas que ahondan en su vinculatoriedad y en el cumplimiento de sus estipulaciones.

En primer lugar, en cuanto a la *vertiente preventiva*, se faculta a la Comisión Europea a realizar misiones *in situ* para la comprobación del cumplimiento de sus recomendaciones y se obliga a los Estados a presentar Planes de Estabilidad y Convergencia antes de tomar las decisiones relevantes en torno a la conformación de sus presupuestos. Amparándose en la previsión del art. 121.2 TFUE, se adopta asimismo el Semestre Europeo (SE, en adelante) para la coordinación de las políticas económicas, sin duda una de las novedades más relevantes de los nuevos mecanismos de gobernanza en la UE y que viene a armonizar los diferentes procedimientos y fases hasta el momento existentes en una especie de “arquitectura para la coordinación de la coordinación”, en palabras de Armstrong.⁵⁰¹ El Semestre, regulado en el art. 2 del Reglamento 1175/2011, crea un periodo de seis meses, de enero a junio, dividido en dos grandes fases. Hasta

⁵⁰¹ AMSTRONG, K., “Differentiated Economic Governance and the Reshaping of Dominium Law”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., p. 76.

marzo la Comisión elabora el Estudio Prospectivo Anual sobre Crecimiento, sobre el que el Consejo Europeo elabora los objetivos de política económica y presupuestaria para el conjunto UE. A partir de marzo, los Estados tienen que presentar en Bruselas sus Planes de Estabilidad y Convergencia, así como los Planes Nacionales de Reformas (donde aparecen indicadas sucintamente las modificaciones estructurales que los respectivos Estados tienen planeadas), que son evaluados por la Comisión durante el mes de mayo y que anticipan las decisiones de gasto que se verterán en las respectivas leyes de presupuestos. De dicha evaluación se presentan recomendaciones por país, debatidas y aprobadas luego en el seno del Consejo. Al respecto, el nuevo artículo 5 del Reglamento incorpora como parámetro por parte del Consejo y la Comisión el objetivo a medio plazo de un 0,5% sobre el PIB de déficit público *estructural* (“ajustado al ciclo”), alejándose así del 3% contable del Protocolo y del 1% estructural del PEC reformado en 2005. De este modo se traslada al derecho derivado, antes de su misma existencia, el parámetro que se establecerá en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza que examinaremos, aunque de momento introduciéndole una gradualidad anual que ha de ser supervisada por Bruselas. Por ende, dicha supervisión, que en esta vertiente preventiva lleva a cabo la Comisión, está guiada en todo momento por la necesidad de “ajustar” (*sic*) los presupuestos estatales a los objetivos de estabilidad referenciados en un valor inferior al hasta ese momento juridificado en el derecho originario.

Concluido el SE en junio comienza el que podríamos denominar como “semestre nacional”.⁵⁰² En él los Estados han de elaborar y aprobar sus Presupuestos de acuerdo con las recomendaciones por país y los objetivos a medio plazo aprobados por la Comisión y el Consejo, y remitirlos a Bruselas para su ulterior análisis. Caso de incumplimiento, como veremos, se activaría la vía correctiva del PEC revisado.

Por último, la reforma de la vertiente preventiva con el *six pack* incorpora también un pilar significativo que no figuraba en el PEC inicial y que ha tenido una traslación, asimétrica y polémica, en algunos ordenamientos nacionales como el español. Nos referimos a la conocida como “regla de gasto”, que limita apriorísticamente el gasto público anual de acuerdo con las previsiones de PIB potencial que se realicen antes de los presupuestos. Así, el gasto no podrá exceder la tasa inferior a la prevista de crecimiento potencial del PIB para los Estados que no han alcanzado los objetivos presupuestarios a

⁵⁰² MARCO PEÑAS, E., “Reforma de la gobernanza económica y la disciplina presupuestaria de la Unión Europea: el Six Pack”, *Revista española de control externo*, Vol. 14, n° 41, 2012, p.38.

medio plazo, ni a la propiamente prevista de crecimiento para aquellos Estados que sí lo hayan hecho. Esta previsión podemos encuadrarla en el *set* de reglas que rodean a la BBR y su teorización por la Economía constitucional, insertándose en ella desde el parámetro académico.

En segundo lugar, en cuanto a la *vertiente correctiva*, el *six pack* modifica sustancialmente el PEC de 1997 y de 2005 al reforzar, como nunca antes se había hecho, la posibilidad de un cumplimiento forzoso y, por tanto, la vinculatoriedad misma del Pacto. Así, en caso de que la Comisión constate que un Estado en concreto no ha cumplido como debiera con los objetivos presupuestarios a medio plazo (ahora, recordemos, con un objetivo a su vez de un 0,5% de déficit estructural sobre el PIB), la nueva redacción del art. 6 del Reglamento 1466/97 tras su modificación en 2011 establece un procedimiento “sinuoso”, tal y como lo denomina Guerrero Vázquez,⁵⁰³ en el que el Estado, si sigue desviándose de su objetivo a pesar de las reiteradas recomendaciones que le pueda dirigir el Consejo, puede terminar siendo objeto de contundentes sanciones. Y no sólo en cuanto al déficit, sino también en cuanto a los volúmenes de deuda, pues el *six pack* concreta la obligación comunitaria de no sobrepasar el 60% de deuda pública sobre el PIB estableciendo también su propia senda de ajuste hacia el objetivo, que se concreta en la necesidad de reducir la distancia respecto a ese valor de referencia (60%) una veinteaava parte cada año (art. 2 bis del Reglamento 1177/2011, del Consejo). Aquí subyace de nuevo la confusión entre estabilidad presupuestaria (déficit) y sostenibilidad financiera (deuda pública), confusión sobre la que volveremos más adelante pero que, como dijimos, tiende a integrar la segunda en una concepción más amplia y ambiciosa de la primera.

Antes de todo ello, no obstante, se necesita que el Consejo constate por mayoría cualificada, sobre la base de una recomendación de la Comisión, el incumplimiento del Estado, abriéndose así el Procedimiento por Déficit Excesivo (PDE). A partir de ese momento es donde encontramos la mayor novedad para los Estados de la Eurozona⁵⁰⁴: las posibles sanciones siguen siendo aprobadas en última instancia por el Consejo siguiendo la recomendación de la Comisión, pero ahora no por mayoría cualificada *positiva*, sino por un novedoso sistema de *mayoría cualificada inversa* (arts. 4, 5 y 6 del

⁵⁰³ GUERRERO VÁZQUEZ, P., “Gobernanza económica y régimen sancionador en caso de incumplimiento de la Eurozona”, op. cit.

⁵⁰⁴ CALVO VÉRGEZ, J., “La imposición de sanciones por déficit excesivo en el ámbito de la zona euro. El llamado *six pack*”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2013, pp. 47-58.

Reglamento 1173/2011). De este modo se facilita la aprobación de las sanciones, que son automáticas tras la propuesta de la Comisión a no ser que el Consejo, por mayoría cualificada, decida lo contrario. Es decir, ya no hace falta un pronunciamiento a favor de la sanción para que ésta sea aprobada, sino un pronunciamiento en contra, lo cual no sólo es diferente sino cualitativamente distinto al reforzar más la vertiente correctiva. Una novedad sustancial que incorporan los nuevos mecanismos de gobernanza económica y que es, siguiendo el análisis de Palmstorfer,⁵⁰⁵ una verdadera revolución en el seno del sistema de decisión comunitario.

Las sanciones, de acuerdo con el artículo 6 del Reglamento 1173/2011, pueden llegar en su importe fijo al 0,2% sobre el PIB, primero en forma de depósito sin intereses que puede después comenzar a devengarlos tras su transformación, propiamente, en sanción final.⁵⁰⁶ No obstante, el artículo 13 del citado Reglamento establece que el total de las multas no podrá nunca sobrepasar el 0,5% del PIB, pues de lo contrario, se sobreentiende, se estaría afectando a la propia capacidad de pago del Estado y ahondando, con ello, sus ya de por sí problemáticas cuentas que han sido sometidas, por algo será, a escrutinio. El artículo 10 establece, por su parte, que el monto de las sanciones y de los intereses devengados de los depósitos se destinará al Fondo Europeo de Estabilidad o al mecanismo que los Estados del euro creen para garantizar la estabilidad de la moneda. Este último caso se ha cumplido tras la entrada en vigor del MEDE, por lo que, se entiende, las multas e intereses pasarían a formar parte de los recursos de la institución. Nuevamente presenciamos aquí una “contaminación” en el derecho derivado de instituciones o previsiones jurídicas de derecho no comunitario, de tratados ajenos a la Unión Europea. A pesar de ello, la nueva regulación acaba con la disfunción del PEC original en el que los intereses y las multas se repartían entre los Estados cumplidores del Pacto, algo anómalo en la medida en que permitía a Estados con problemas financieros traspasar grandes cantidades de recursos a los Estados que no presentaran déficits excesivos o deudas abultadas, en una especie de redistribución hacia arriba que puede deducirse como poco o nada compatible con una consideración mínima del principio de

⁵⁰⁵ PALMSTORFER, R., “The reverse majority voting under the six pack: a bad turn for the Unión?”, *European Law Journal*, vol. 20, nº 2, 2014, pp. 186-203.

⁵⁰⁶ MARCO PEÑAS, E., “Reforma de la gobernanza económica y la disciplina presupuestaria de la Unión Europea: el Six Pack”, op. cit., pp. 51-54, analiza la posibilidad que manejaba la Comisión en sus comunicaciones anteriores a la aprobación del *six pack* de que hubiera antes otro conjunto de sanciones, como la retirada gradual de fondos comunitarios o la suspensión de los programas de cooperación. No obstante, finalmente no se tuvieron en cuenta por el legislador comunitario.

solidaridad. Y aun así sigue existiendo, si lo analizamos bien, cierta incoherencia en la distribución final de las sanciones, pues al destinarse al MEDE... ¿no es este el Mecanismo que ha de asistir a los Estados del Euro en graves dificultades financieras? Se podría dar la paradoja, con ello, de que los Estados que sean sancionados por sus excesos de déficits o de deuda tengan que acudir al Mecanismo que gestiona y acumula...sus propias sanciones; o lo que es lo mismo, que en parte sean rescatados con su propio dinero.

Asimismo, se podrá objetar que el nuevo procedimiento sancionador y el nuevo diseño de las votaciones sólo pueden operar si, previamente, el Consejo por una mayoría cualificada ordinaria aprueba el inicio del PDE... como siempre ha sido. Y formalmente sigue siendo así, en efecto, pero hemos de tener en cuenta que el artículo 7 del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza establece el compromiso, de derecho internacional y ajeno al marco UE, de apoyar las recomendaciones de la Comisión por parte de sus Estados firmantes (todos los de la Eurozona), a no ser que una mayoría cualificada de Estados en el Consejo no esté de acuerdo y vote en contra. Aunque en el apartado correspondiente lo estudiaremos en detalle, valga indicar ahora que de este modo, un Tratado internacional que nada tiene que ver ni con el PEC ni con su revisión de 2011 por el *six pack*, introduce en este paquete una regla de votación distinta a la establecida y sólo para un grupo de Estados, los del Euro, que se ven así más “vinculados” a los objetivos de estabilidad presupuestaria. Otra cosa es, claro está, la eficacia última de un compromiso de derecho internacional que no contiene sanción alguna en caso de incumplimiento y que, *per se*, no modifica formalmente el derecho derivado de la Unión porque, además, no podría hacerlo si esa fuese su intención, como analizaremos a la hora de estudiar el TECG.

Otro elemento que refuerza la efectividad del Pacto, y que no suele ser tenido en cuenta en los análisis que sobre el *six pack* se realizan, es que las circunstancias económicas excepcionales a las que se pueden acoger los Estados para reducir sus sanciones, sólo pueden ser aducidas cuando éstas se hayan impuesto ya por el Consejo y la Comisión. Es más, sólo pueden ser constatadas tales circunstancias excepcionales y atenuantes por la Comisión, que es la que detenta aquí el monopolio de iniciativa, aunque las reducciones tengan que ser aprobadas finalmente por el Consejo.

De este modo las principales novedades de la reforma del PEC que introduce el *six pack* pueden agruparse y resumirse en tres grandes bloques: la necesidad de que los

Estados se anticipen a sus decisiones presupuestarias presentando planes a largo plazo ante Bruselas, la coordinación de los diversos procedimientos y actos del Pacto en el interior del Semestre Europeo, y el mayor protagonismo que se le concede a la Comisión, cuyas recomendaciones alcanzan cierto grado de vinculatoriedad al operar la más restrictiva mayoría cualificada inversa después de haberse abierto el PDE. Precisamente sobre este último punto comenta De Witte la aparente mutación en la institución de la recomendación, por sí misma no vinculante y más propia del *soft law*, pero que con los nuevos instrumentos de gobernanza económica está adquiriendo esos tintes coercitivos apuntados, consecuencia de una mayor automaticidad en la imposición de las sanciones que conllevarían su incumplimiento.⁵⁰⁷ Mayor pero no plena, pues el Consejo siempre podrá, por esa mayoría cualificada inversa, oponerse a la sanción y rechazarla, teniendo nuevamente los grandes Estados el poder último de decisión.⁵⁰⁸

De este modo, y aunque lo veremos detenidamente cuando analicemos la ejecutoriedad de la estabilidad presupuestaria en Europa y la problemática de su control jurisdiccional, los mecanismos jurídicos que el derecho comunitario diseña para su cumplimiento se dejan siempre, al final, al albur de las decisiones del Consejo. El aumento indudable de automaticidad no es pleno, y aunque la mayoría cualificada inversa introducida tiende a facilitar la coerción final, no sólo no se encomiendan funciones jurisdiccionales al Tribunal de Justicia, sino que expresamente se prohíbe que éste actúe en la materia mediante un recurso por incumplimiento (art. 126.10 TFUE). Además se ha de recordar que, conforme a lo que acabamos de ver, las sanciones no se derivan stricto sensu del incumplimiento como tal de los supuestos de hecho “tipificados” en el derecho comunitario, sino de la inobservancia de las decisiones y recomendaciones del Consejo, tras las respectivas emitidas por la Comisión y, por tanto, del margen de discrecionalidad en la interpretación de las previsiones jurídicas de las dos altas instituciones.

Hemos de constatar, asimismo, que hasta ahora ningún Estado ha terminado siendo sancionado por el PDE, ni por la antigua regulación del PEC de 1997 revisado en 2005, ni por la nueva de 2011 tras el *six pack*. La amplitud de los plazos y la complejidad del procedimiento, el peso político de determinados Estados incumplidores, la flexibilidad que a veces se otorga a los objetivos a medio plazo y, en general, elementos

⁵⁰⁷ DE WITTE, B., “Euro Crisis Responses and EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?”, *European Constitutional Law Review*, nº 11, 2015, pp. 442 y ss.

⁵⁰⁸ RUIZ TARRÍAS, S., op. cit., p. 45.

fácticos y extrajurídicos que no son ni pueden ser objeto de esta investigación, son las causas que están detrás del hecho de que las sanciones se mantengan inauditas. Lo cierto es que la negativa de los Estados a reformar el derecho originario y la necesidad que tuvieron de acudir a un conjunto de reglamentos y directivas, impidió la posibilidad de adoptar otro tipo de sanciones quizá más efectivas, como la suspensión de derecho a voto en el Consejo.⁵⁰⁹ Y es que, reiteramos, no parece del todo sensato intentar remediar una situación incontrolada o preocupante de déficit o deuda pública ahondando, precisamente, en la incidencia de tales parámetros en un país con la imposición de cuantiosas sanciones que se miden en relación al PIB. No obstante, a pesar de todas las dificultades aquí apuntadas, en el momento de escribir estas líneas⁵¹⁰ la Comisión pretende iniciar un Procedimiento por Déficit Excesivo contra Italia que sí puede acabar, aunque aún no lo sepamos, en una aplicación inédita del poder sancionador del PEC ahora reforzado con el *six pack*, puesto que el gobierno italiano se ha mostrado hasta el momento contrario a seguir las recomendaciones del guardián comunitario y del Consejo en el marco del SE.

2.2.2.-El nuevo Procedimiento de Desequilibrios Macroeconómicos (PDM) y su relación con la estabilidad presupuestaria

La necesidad vista por la Comisión en las dos comunicaciones ya apuntadas en torno a la creación de procedimientos que controlaran posibles desequilibrios macroeconómicos, más allá del mero control presupuestario del PEC revisado, fue asumida por los Estados miembros en el *six pack* mediante la aprobación de dos reglamentos. Al afectar éstos a la zona euro se fundamentan en el artículo 136 TFUE, que establece el mandato de coordinar las políticas económicas de los países que pertenezcan a la UEM y velar porque las orientaciones económicas se vigilen y cumplan. Lo llamativo a los efectos de la presente tesis de este novedoso procedimiento es que vuelve a contener previsiones en torno al cumplimiento de la estabilidad presupuestaria, de ahí que tengamos que hacer aquí una aunque sea somera descripción del mismo.

Al igual que con el PDE, el nuevo Procedimiento de Desequilibrios Macroeconómicos (PDM, en adelante) contiene dos vertientes, la preventiva y la

⁵⁰⁹ RUFFERT, M., “The European Debt Crisis and European Union Law”, *Common Market Law Review*, vol. 48, nº 6, 2011, p. 1803.

⁵¹⁰ Última redacción, 6 de noviembre de 2018.

correctiva, reguladas respectivamente por los Reglamentos nº 1176/2011 y nº 1174/2011, de 16 de noviembre, y complementa, casi integrándose en él, el Semestre Europeo.⁵¹¹

El PDM puede iniciarse a instancias de la Comisión cuando ésta tenga dudas sobre la evolución económica de un Estado de la UEM, detectando posibles desequilibrios en el denominado como “mecanismo de alerta”, basado en un conjunto de indicadores macroeconómicos (balanza de pagos, empleo, crecimiento del PIB, cuentas públicas, deuda privada...) que son a su vez elaborados por la Comisión pero, y aquí nos encontramos con una de las principales novedades, atendiendo en todo momento a las características y circunstancias económicas específicas de los Estados en cuestión. Es decir, no existe a nivel comunitario un cuadro de indicadores macro que sea uniforme ni unívoco, sino que es la Comisión la que, con un margen de discrecionalidad muy alto (art. 5 Reglamento 1176/2011), establece umbrales y parámetros por país, incluidos nuevamente los referidos a la estabilidad presupuestaria. Sobre ese conjunto de indicadores, la Comisión puede emitir una “alerta” para iniciar el PDM si ve, tras un “examen exhaustivo” (*sic*) que un Estado puede estar desviándose significativamente de los umbrales establecidos. El Consejo, sobre la base de una recomendación de la Comisión, puede dirigir a su vez recomendaciones específicas al Estado en cuestión de acuerdo con el art. 121.2 TFUE, el cual estará obligado a presentar un plan de medidas correctoras en torno a los indicadores que la Comisión, y ahora el Consejo, consideran como preocupantes y que pueden poner en riesgo la estabilidad económica de la zona euro. El plan presentado por el Estado es analizado por la Comisión, que puede proponer al Consejo, caso de considerarlo insuficiente, que vuelva a emitir una recomendación al Estado advirtiéndole de dicha insuficiencia y encomendándole a adoptar medidas concretas para corregir el desequilibrio. Si aun así, y tras sucesivas recomendaciones y plazos, el Estado sigue sin cumplir aquellas, la Comisión puede constatar el incumplimiento y proponer al Consejo una nueva serie de recomendaciones, con plazos más breves, y que se entenderán aprobadas si no se da una mayoría cualificada inversa que las rechace. Estas nuevas recomendaciones, caso de no ser atendidas, pueden dar lugar, mediante iniciativa de la Comisión, a la apertura de la vertiente correctiva (Reglamento 1174/2011) del PDM. Esta fase más coercitiva puede implicar la imposición por el Consejo de un depósito, primero sin intereses tal y como hemos visto en el PDE, o

⁵¹¹ CARRERA HERNÁNDEZ, J., “Nuevos instrumentos para la gobernanza económica en la Unión Europea: el procedimiento de prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos (PDM)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 44, 2013, pp. 66 y 67.

de sucesivas sanciones que pueden llegar hasta el 0,1 % del PIB del Estado. Estas decisiones las toma nuevamente el Consejo sobre la base de una recomendación de la Comisión y por el sistema de voto de mayoría inversa ya descrito, lo que aumenta la probabilidad de su aprobación y, por ende, de la efectividad de todo el procedimiento. No obstante, y de nuevo como en el PDE, la Comisión tiene el monopolio para recomendar al Consejo la reducción de las sanciones, su suspensión o cancelación.⁵¹²

Como vemos, se sigue la constante del PDE de reforzar el papel de la Comisión en todo el curso del nuevo procedimiento, aunque en el PDM se le otorga aún más discrecionalidad si cabe. Y es que la estabilidad presupuestaria es mucho más reconducible a parámetros estables que otros indicadores como el empleo, la competitividad o la balanza de pagos, que ahora sí pasan a estar supervisados por la Comisión. Los límites del 3% de déficit o del 0,5% de deuda son los que son y, si se consigue una mayor armonización de las estadísticas y de las definiciones contables, la constatación de sus incumplimientos puede llegar a ser casi automática. A pesar de que la Comisión sí tenga un margen de discrecionalidad alto en el establecimiento de los objetivos a medio plazo, las superaciones evidentes de los límites prescritos son difícilmente evadibles en la necesidad de su control y supervisión. Ahora bien, con indicadores macroeconómicos tan amplios como los referenciados, que además han de ser modulados en función de las circunstancias económicas y de las previsiones de crecimiento de cada país, la libertad del ejecutivo comunitario puede llegar a cotas difícilmente justificables desde el prisma jurídico. Aunque el Consejo, con su especial legitimidad política, sea el que al final siempre tenga la última palabra, tanto la introducción nuevamente de las mayorías cualificadas inversas como el monopolio de iniciativa de la Comisión en torno a determinadas recomendaciones seminales del procedimiento, refuerzan intensamente el protagonismo del guardián de Bruselas.

⁵¹² MARCO PEÑAS, E., "Reforma de la gobernanza económica y la disciplina presupuestaria de la Unión Europea: el Six Pack", op. cit., p. 70.

2.2.3.-La armonización de los marcos presupuestarios: la Directiva 2011/85/UE

Uno de los problemas más relevantes de la arquitectura jurídica de la estabilidad presupuestaria en Europa era, y sigue siendo en buena medida, la falta de armonización entre los marcos presupuestarios de los Estados miembros. La supervisión de los presupuestos por la Comisión puede convertirse en un ejercicio encomiable de ciencia ficción si cada Estado utiliza unos criterios contables diferentes y si, sobre todo, sus propios presupuestos obedecen a criterios y periodos temporales diferentes. De ahí que el *six pack* incorporara también una directiva, la única, con el objetivo de armonizar dichos marcos normativos permitiendo a los Estados, al tiempo y por el propio alcance y naturaleza jurídicas de una directiva, la necesaria adaptación flexible a las especificidades constitucionales propias.

Así, la Directiva 2011/85/UE establece la obligación de que los Estados, a la hora de elaborar sus presupuestos, utilicen previsiones realistas basadas en la información y estimaciones aportadas por la Comisión, guiándose siempre por el principio de prudencia y con el objetivo último de una mejor planificación para la consecución de los objetivos de estabilidad (Capítulo III). Para evitar una excesiva discrecionalidad contable que desvirtúe la realidad de los planes presupuestarios que han de presentar los Estados, éstos deben ahora adaptar sus normativas al Sistema Europeo de Cuentas (SEC) y motivar el porqué de posibles cambios entre las contabilidades de caja y de devengo, teniendo en cuenta que es el último método el que, de forma general, se reconoce y establece para el conjunto UE. Asimismo, se incorpora la obligación de que los Estados creen marcos presupuestarios plurianuales, superando con ello la naturaleza anual de sus previsiones económicas. Estos marcos plurianuales, de tres años, deben contener las previsiones de gastos e ingresos y proyectar a largo plazo los objetivos de estabilidad sobre las leyes de presupuestos, previendo a su vez cómo pueden verse afectadas las metas de sostenibilidad financiera (Capítulo V). Como tendremos de oportunidad de ver al analizar el TCEG, la problemática de este tipo de previsiones plurianuales y, en general, de cualquier pretensión de vincular más allá de su anualidad a las leyes de presupuestos, reside principalmente en cómo puede ser solventada en normas de valor equivalente. La posibilidad de vincular a largo plazo las decisiones presupuestarias, atadas en todos los sistemas constitucionales europeos a la anualidad cambiante de los parlamentos

nacionales, es mediante la proyección de dicha vinculación desde la Constitución, única norma, por ser la *norma normarum*, capaz de atar la discrecionalidad del legislativo.

Por último, y en cuanto a las obligaciones en materia de transparencia y de información estadística, la Directiva refuerza las previsiones ya existentes en el PEC y en el resto del derecho derivado, mandando a los Estados la adopción de marcos normativos armonizados que impidan la evasión de la regla de estabilidad presupuestaria a través de la manipulación de la información y los datos que han de presentar, como tendremos oportunidad de ver de forma detenida.

2.2.4.-El *two pack*: refuerzo del control para la Eurozona

El *six pack* fue aprobado en 2011 en medio de las turbulencias financieras que afectaban a los Estados de la Unión Europea y, especialmente, de la crisis de deuda pública por la que estaba atravesando Grecia. Apenas dos años después, en 2013, el Parlamento y el Consejo de la Unión decidieron continuar el camino emprendido en aquel paquete de medidas legislativas y aprobaron el conocido como *two pack*, conjunto de dos reglamentos que refuerzan el control por parte de Bruselas de los presupuestos nacionales, pero sólo para los de la Zona Euro en virtud de la misma base normativa que utilizan (art. 136 TFUE). Y es que en 2013 la situación seguía siendo crítica y sin visos de mejorar al haberse expandido los problemas de financiación griegos a otros países del sur de Europa, como Irlanda, Portugal y España, por lo que, en palabras de la propia Comisión, hacía falta avanzar en el control presupuestario de la Eurozona para “prevenir el contagio desde un Estado miembro que esté experimentando dificultades respecto a su estabilidad financiera hacia el resto de la zona euro, y más ampliamente, hacia toda la Unión.”⁵¹³

De ahí que la principal novedad que incorpore el *two pack* para los Estados del Euro sea la supervisión directa de los proyectos de presupuestos nacionales. En efecto, el *Reglamento (UE) n.º 473/2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro*, una de las dos patas del nuevo

⁵¹³ Comisión Europea: “The Two Pack on economic governance: establishing an EU framework for dealing with threats to financial stability in euro area member states”, *European Commission Directorate-General for Economic and Financial Affairs*, n.º 147, 2013, p. 7. Se puede consultar en: http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2013/pdf/ocp147_en.pdf

conjunto normativo, establece en su Capítulo IV la obligación de presentar, antes del 15 de octubre de cada año, los proyectos de ley de presupuestos para el año siguiente con el objetivo, expreso, de ser sometidos a evaluación de la Comisión Europea. Proyectos que, se recalca, habrán de respetar en todo momento las recomendaciones y acuerdos adoptados en el marco del PEC revisado y del Semestre Europeo (arts. 3 y 6.1). Para poder ser fiscalizados por la Comisión, los proyectos de presupuesto han de contener información precisa sobre las previsiones de gastos e ingresos, los posibles incrementos de los primeros, los objetivos de estabilidad presupuestaria que incorporen, la evolución macroeconómica prevista e, incluso, la incidencia redistributiva de los gastos en educación o sanidad que se contemplen (art. 6.3). Una vez presentados, la Comisión tiene la obligación de emitir un dictamen sobre los planes de proyecto presupuestarios antes del 30 de noviembre (art. 7.1), a no ser que detecte ya desde el inicio una desviación significativa respecto a los objetivos de estabilidad presupuestarias acordados en el seno del PEC, en cuyo caso deberá presentar el dictamen antes y solicitar al Estado en cuestión la presentación de un plan presupuestario revisado, sobre el que la Comisión, en menos de dos semanas, volverá a pronunciarse mediante dictamen (art. 7.2). Éste se hará siempre público en el seno del Eurogrupo, pudiendo presentar una opinión ante el Parlamento Europeo o el parlamento nacional si cualquiera de los dos lo pide (art. 7.3).

Además, y en la medida en que se establece una fecha límite para la presentación de los proyectos nacionales, el Reglamento incorpora una tímida armonización del calendario presupuestario para todos los Estados del Euro, a los que obliga a tener aprobados sus proyectos antes del 31 de diciembre del año anterior, imponiéndoles determinadas fechas a medio plazo en el curso de sus correspondientes marcos normativos (art. 4).

A pesar de esta novedad, a partir del artículo 7 descrito el Reglamento cesa la introducción de nuevos procedimientos y, o bien se limita a recordar los ya existentes, o bien incorpora tímidas novedades, sobre todo en cuanto a comunicación de información por parte de los Estados y medidas de transparencia (arts. 8 o 10). ¿Qué ocurre, por tanto, si el Estado sobre el que la Comisión se haya podido pronunciar negativamente en sus dictámenes mantiene su posición y se niega a introducir modificaciones en sus proyectos de presupuestos? Aquí el Reglamento nos remite directamente al PDE ya visto, regulado en el PEC revisado y canalizado en el SE, por lo que, siendo Estado parte del Euro, se podría ver sometido a las sanciones propias de la vertiente correctiva descrita tras la

apertura del PDE en virtud del art. 126.6 TFUE y de las disposiciones del *six pack*. El “avance” respecto a éste proviene, por ende y en cuanto a garantía de la estabilidad presupuestaria se refiere, de la introducción del examen directo de los planes de presupuestos nacionales, algo que no se hacía en el Semestre Europeo, donde lo que se examinaban eran, recordemos, los Planes de Estabilidad y Convergencia y los Planes Nacionales de Reforma sobre la base del Estudio Prospectivo Anual sobre Crecimiento previamente elaborado y aprobado.

Por su parte, el *Reglamento (UE) n° 472/2013 sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades*, establece un nuevo procedimiento o mecanismo de supervisión reforzada, que viene a complementar la supervisión realizada ya por la Comisión y el Consejo en el SE y las estipulaciones que acabamos de describir del Reglamento 473/2013. Este nuevo mecanismo consiste, principalmente, en armonizar la acción conjunta de las instituciones comunitarias envueltas en la gobernanza económica de la UE (Comisión, BCE, agencias europeas...) como de las instituciones que, desde el exterior de la Unión, llevan a cabo también funciones vinculadas a dicha gobernanza (MEDE, principalmente). Los Estados del euro sometidos a supervisión reforzada pueden serlo, además, por diferentes causas que las habilitantes del PDE, superponiéndose el nuevo procedimiento tanto a éste como al PDM, a los que complementa y refuerza con, sobre todo, mayores exigencias de información y transparencia.

El ámbito subjetivo de aplicación comprende tanto a los Estados que “experimenten o corran el riesgo de experimentar graves dificultades desde el punto de vista de su estabilidad financiera o de la sostenibilidad de las finanzas públicas” (art. 1), como a aquellos otros que estén ya bajo un programa de asistencia financiera por el MEDE o...el FMI. El objetivo de la supervisión reforzada es que el Estado sometido a la misma “adopte medidas dirigidas a atajar las causas reales o potenciales de las dificultades” (art. 3), sirviéndose para ello de las recomendaciones de la Comisión y de todas las vertidas en el marco del SE, del PEC, el PDE y el PDM. La novedad es que ahora el Estado en cuestión debe informar continuamente a la Comisión, al BCE y al resto de instituciones involucradas en su asistencia financiera o en el control de su déficit excesivo, de la situación a tiempo real de su sistema financiero, sometiendo este si es preciso a pruebas de “estrés” siguiendo las recomendaciones del BCE y de la Junta

Europea de Riesgo Sistémico (JERS) (art. 3.4). Además, el art. 3.5 habilita a la Comisión a realizar misiones periódicas de evaluación en el Estado afectado, para verificar *in situ* las reformas que lleve a cabo, resultado de las cuales la Comisión puede solicitar al Consejo la adopción por mayoría cualificada de una recomendación en la que se indiquen qué reformas concretas ha de hacer para garantizar la estabilidad y solvencia de su sistema financiero (art. 3.7).

Asimismo, para aquellos Estados que estén recibiendo asistencia financiera del MEDE, el art. 10 de este Reglamento les exime de presentar los programas de estabilidad que se solicitan en el marco del PEC revisado y, por tanto, del Semestre Europeo, quedando fuera del mismo, aunque ahora deberá presentar un *Programa de ajuste macroeconómico* (art. 7) que tendrá que ser expresamente aprobado por el Consejo, por mayoría cualificada, y sobre el cual deberá asimismo basarse el Memorándum de Entendimiento (MoU) que la Comisión firme con el Estado en nombre, y en el marco, del MEDE (art. 7. 2). Es decir, las previsiones del SE y los procedimientos que coordina complementando al PEC no son de aplicación para los Estados sometidos a supervisión por el MEDE en el marco de sus programas de asistencia financiera, algo que vuelve a recalcar el art. 12 del Reglamento. Es de notar, al mismo tiempo, que en las votaciones del Consejo sólo participarán los Estados del Euro de acuerdo con el art. 15, incorporando el art. 14.4 la regla de la mayoría cualificada inversa para las recomendaciones finales que impliquen un cambio de los Programas de ajuste macroeconómico.

El Reglamento introduce, por otra parte, una previsión altamente llamativa, y es que dice expresamente que el Programa de ajuste macroeconómico deberá respetar el artículo 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, referido al derecho de negociación y acción colectiva de los sindicatos. Extraña especificación, en la medida en que el Programa de ajuste, al ser un producto normativo creado en el marco de un Reglamento de la Unión y presentado ante instituciones de la misma por exigencias del propio derecho derivado, ha de respetar en todo momento la Carta, pues ésta posee, recordemos, valor jurídico equivalente al TUE y al TFUE. Al analizar los Memoranda del MEDE y la polémica jurisprudencia del TJUE en la materia, veremos que esta extraña previsión sí cobra cierta virtualidad jurídica o, al menos, es ilustrativa de una tendencia de *huida* de los Estados respecto a las limitaciones de carácter constitucional (derechos fundamentales) que les impone el propio marco comunitario.

También es llamativa la previsión del art. 7.3, que establece que “a fin de evitar la duplicación de obligaciones en la presentación de informes, la Comisión garantizará la coherencia del proceso de supervisión económica y presupuestaria con respecto al Estado miembro sometido al programa de ajuste macroeconómico.” Es decir, el Reglamento deja entrever la falta evidente de armonización normativa en la materia y la superposición de procedimientos y previsiones en cuanto a la supervisión económica de un Estado de la Eurozona.

Siguiendo esa invitación que el propio legislador comunitario realiza en este Reglamento del *two pack*, y para finalizar, valga ahora la constatación de una realidad que no ha debido de pasar desapercibida para el impávido lector. Tantos acrónimos, reglamentos, directivas, recomendaciones, decisiones, procedimientos, tratados...han creado un conjunto nada sistemático de mecanismos de gobierno económico en los que la estabilidad presupuestaria como principio rector se superpone en diversos instrumentos que, aunque interrelacionados, a veces se yuxtaponen sin aparente necesidad. El PDM, por ejemplo, puede contener como parámetros los niveles altos de deuda y déficit, algo que el PDE ya atiende específicamente. Éste, a su vez, aunque en el nombre sólo se refiera al déficit, ha ampliado su radio de acción también a la deuda pública. El SE en sí reúne todos los elementos de confusión, pues aunque es como tal un mecanismo novedoso introducido por el *six pack*, no deja de reflejar previsiones ya establecidas en el PEC antiguo y en el reformado de 2005, intentando por ello armonizarlas en un mismo marco temporal que las clarifique. Si queremos complicar aún más la confusión ya existente en la materia, hemos de sumar los mecanismos propios que establece el *two pack* para los Estados del Euro, como acabamos de ver, y los que existen en el marco de los denominados programas de asistencia financiera, hoy canalizados a través del MEDE, y que contienen especificidades procedimentales y sustantivas para hacer cumplir el principio de estabilidad presupuestaria. Todo ello conforma lo que el profesor De Miguel Bárcena ha denominado, justamente, como “indeterminación institucional” del gobierno económico de la UE.⁵¹⁴

⁵¹⁴ Cfr. DE MIGUEL BÁRCENA, J., *El gobierno de la economía en la Constitución...* op. cit.

CAPÍTULO II: EL MEDE O LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA COMO COERCIÓN FUERA DE LA UE

Summum ius, summa iniuria

Brocardo latino

1.-La creación de un mecanismo controvertido

En la primavera de 2010 la situación financiera de Grecia se volvió insostenible. El traslado de la crisis internacional al continente europeo, aprovechando la falta de mecanismos efectivos en el nivel comunitario que pudieran salvaguardar la integridad económica de los Estados, se había centrado en el pequeño país mediterráneo que arrastraba, ya de por sí, problemas macroeconómicos de calado y que no había conseguido converger con los criterios estipulados en Maastricht.

La Unión, con el soporte del derecho originario tras la débil intervención de Lisboa en la UEM, no podía hacer nada. La cláusula “*no bail-out*” del art. 125 TFUE impedía, e impide, que los Estados o la Unión puedan hacerse cargo de las deudas y compromisos contraídos por terceros Estados miembros, prohibiendo así la asistencia financiera mutua y consagrando el principio de responsabilidad presupuestaria y fiscal. En el art. 123 TFUE, al mismo tiempo, se prohíbe que los Estados puedan acudir al Banco Central Europeo para financiar sus déficits y deudas. La única posibilidad, remota, de anclaje jurídico en el derecho originario para poder acudir en ayuda de Grecia lo ofrecía el artículo 122.2 TFUE, que establece que “en caso de dificultades o de serio riesgo de dificultades graves en un Estado miembro, ocasionadas por catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiera controlar, el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá acordar en determinadas condiciones, una ayuda financiera de la Unión al Estado miembro en cuestión”. Se trata, por ende, de una cláusula de excepción de la “*no bail-out*” del art. 125 TFUE para situaciones ocasionadas por acontecimientos extraños a la propia responsabilidad del Estado afectado. Otra excepción la encontramos, pero para los Estados miembros fuera del Euro, en el artículo 143 TFUE,

que permite la asistencia financiera a los mismos y amparada en todo momento por la Comisión. Fue de hecho sobre esta base normativa como se aprobaron los programas de préstamos ya indicados a Hungría, Letonia y, como veremos al analizar el caso Florescu, Rumanía.

Pero lo que aquí nos interesa, de cara a analizar el MEDE, son los mecanismos diseñados para los Estados que forman parte de la UEM de manera plena. Así, aunque del texto literal del artículo 122.2 TFUE, que establece esa excepción a la “*no bail-out*” del 125, no se desprende que entre los presupuestos habilitantes pueda estar una coyuntura económica negativa que, en cierto modo para el caso griego era también parte de su responsabilidad (recuérdese la falsedad de los datos proporcionadas para entrar en el Euro), la Unión decidió acudir a él como débil cobertura jurídica para crear, rápidamente, el llamado Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (MEEF), mediante el Reglamento UE 407/2010, de 11 de mayo.

Este mecanismo podría, así, asistir financieramente a Grecia⁵¹⁵ y a otros Estados en serias dificultades presupuestarias para afrontar sus vencimientos de deuda, con la autorización previa y por mayoría cualificada del Consejo, sobre la base de una recomendación de la Comisión y bajo una estricta condicionalidad (art. 3 del Reglamento). Ésta se concretaría en un acuerdo de asistencia financiera, denominado *Memorandum of Understanding* (MoU, en adelante) negociado y firmado entre la Comisión y el Estado miembro en cuestión, y que debería reflejar siempre, de acuerdo con el Reglamento, el cumplimiento y la supervisión reforzada del PEC, en el que, recordemos, el principio de estabilidad presupuestaria es el protagonista. El Reglamento facultaba incluso a la Comisión a realizar empréstitos en los mercados internacionales (art. 6.3) para poder sufragar la asistencia financiera, aunque todas las operaciones estarían cubiertas y garantizadas por el presupuesto de la Unión.⁵¹⁶

Sin embargo, pronto se vio insuficiente este mecanismo, precisamente por depender en exceso del presupuesto de la UE como garantía. Dado que el foco principal

⁵¹⁵ Los Estados miembros, no obstante, tuvieron que acudir un poco antes al rescate del país y acordaron aprobar el llamado Instrumento de Préstamo a Grecia, un conjunto de préstamos bilaterales entre Estados de dudosa legalidad. Una crítica puede verse en RUFFERT, M., “The European Debt Crisis and European Union Law,” op. cit., p. 1785. Acuerdo de Servicio de Préstamo entre los Estados miembros cuya moneda es el euro, de 8 de mayo de 2010, por un montante de 80 millones de euros; *BOE* de 13.5.2010, núm. 117, p. 42155.

⁵¹⁶ El Tribunal General se había pronunciado de forma negativa sobre la legitimación activa de las personas físicas o jurídicas para interponer recurso directo contra el Reglamento que estableció el MEEF. *Asunto Thomas Ax*, Auto del Tribunal General de 15 de junio de 2011, T-259/10.

de los problemas financieros, además, se centraba en la Eurozona, se acordó crear un instrumento específico para los Estados miembros de la misma. Ahora sí, no obstante, no podía acudirse a ninguna cobertura jurídica intracomunitaria para crear un fondo, que era lo que se pretendía, con gran capacidad financiera y que pudiese operar autónomamente en los mercados financieros, de los que poder nutrirse sin necesidad de depender del presupuesto de la UE y de la siempre farragosa burocracia comunitaria. Así, el Consejo ECOFIN de 9 de mayo 2010 creó la llamada Facilidad Europea de Estabilidad Financiera (FEEF),⁵¹⁷ una sociedad limitada con sede en Luxemburgo, con carácter instrumental y de naturaleza temporal. Su actividad cesaría a partir del 30 de junio de 2013, y en su organización el Consejo de Administración estaría compuesto por los Estados del euro participantes, avalistas del fondo en proporción a sus contribuciones en el BCE. De nuevo, el procedimiento de concesión de asistencia financiera era similar, encomendando a la Comisión la negociación del MoU, sometido a estricta condicionalidad, en coordinación con el BCE... ¡y el FMI! Es decir, los Estados de la eurozona no sólo se salen aquí del marco comunitario creando una empresa, sino que al mismo tiempo encomiendan funciones a instituciones de la Unión y otorgan un papel relevante en la nueva institucionalidad a un organismo ajeno por completo a la Unión como es el Fondo Monetario Internacional.

La base jurídica de la Facilidad, un Acuerdo Marco⁵¹⁸, no encuentra acomodo en el derecho originario UE y, de hecho, en ningún momento se busca tal pretensión. Es más, siguiendo la opinión de Embid Irujo, también podemos aquí encontrar una contradicción flagrante entre instituciones y normas de derecho público con las de derecho privado, al ser la Facilidad, como decíamos, una sociedad mercantil pero protagonizada institucionalmente, al mismo tiempo, por los Estados y sus mecanismos jurídicos.⁵¹⁹

Se trata, en consecuencia, de la primera *huida* de los Estados respecto al marco de la Unión que se produce durante la respuesta europea a la crisis económica y representará un precedente en lo que vendrá a constituir el *nuevo método comunitario*, mezcla sin respaldo en los Tratados UE de intergubernamentalidad y atribución de funciones a las instituciones de la propia UE, y todo ello fuera del derecho originario.

⁵¹⁷ En España: BOE, núm. 164, de 11 de julio de 2011, p. 76137.

⁵¹⁸ Publicado en el BOE el 11 de julio de 2011.

⁵¹⁹ EMBID IRUJO, A., *La constitucionalización de la crisis económica*, Madrid: Iustel, 2012, pp. 96-97.

Así las cosas, con un Mecanismo de asistencia financiera débil y de dudoso anclaje jurídico, dependiente del presupuesto de la Unión, y una Facilidad temporal ajena al marco comunitario en tanto sociedad anónima participada, los Estados se vieron en la necesidad de acometer un renovado impulso a la asistencia financiera para los países con graves problemas de sostenibilidad en sus cuentas públicas. Pero esta vez se decidieron a hacerlo con la pretensión, al menos teórica, de respetar el derecho originario de la UE proyectando, por ende, una reforma del mismo. Como quiera que el amparo del 122.2 TFUE (catástrofes naturales) se veía cuanto menos insuficiente, el Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011 (Decisión 2011/199/UE), optó por reformar mediante el procedimiento simplificado (art. 48.6 TUE) el TFUE y permitir, con ello, un Mecanismo permanente de asistencia financiera para los Estados de la Eurozona. La operación fue, no obstante, rocambolesca y no dudamos en calificarla como “chapuza”, por lo que a continuación explicamos.

El artículo reformado, el 136 TFUE, incorporó una cláusula para permitir tal Mecanismo permanente, incluyendo que las ayudas se concederían bajo “condiciones estrictas”. Ahora bien, esa enmienda lo que constituía no era la creación dentro del aparato UE de una nueva institución, sino la cobertura desde el derecho originario de otra huida de aquél, aunque esta vez bendecida jurídicamente por el mismo. La intención era, y fue, crear otro Tratado internacional por la vía intergubernamental, pero ahora no como mero acuerdo entre Estados (como comenzara el SME, Schengen, la Prüm Convention⁵²⁰ o la propia FEEF),⁵²¹ sino como Tratado constitutivo de una verdadera organización internacional diferente de la UE. En efecto, el 2 de febrero de 2012, los Estados participantes de la moneda única firmaron el Tratado del Mecanismo Europeo de

⁵²⁰ Tratado de Prüm, celebrado el 27 de mayo de 2005 por siete Estados miembros de la Unión Europea. Un tratado de Derecho internacional adoptado al margen de la Unión pero con un contenido estrechamente relacionado con competencias propias de la misma, abierto al resto de Estados miembros y con vocación de reconducirse al ámbito del Derecho comunitario. *Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal*, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005. ZILLER, J., “El Tratado de Prüm”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 7, 2007 pp. 21-30; MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., “¿Son los acuerdos *inter se* una alternativa a la cooperación reforzada en la Unión Europea? Reflexiones al hilo del Tratado de Prüm”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 40, 2011, pp. 419-439; BAR CENDÓN, A., “El Tratado de Prüm y la inmigración ilegal”, *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 7, 2007, pp. 235-276.

⁵²¹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UEM: Reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los tratados constitutivos”, *Revista de derecho comunitario europeo*, nº 42, 2012, p. 406. Aquí el autor hace referencia a la polémica Deliège-Sequaris *versus* Jean-Victor Louis en alusión a la surgida a principios de la década de los ochenta del siglo pasado en torno a la naturaleza de los acuerdos intergubernamentales.

Estabilidad Financiera (más conocido por sus siglas en inglés, MEDE), que entraría en vigor el 27 de septiembre de 2012 y que vendría a sustituir, pasado el tiempo, a la FEEF, cuyas obligaciones y operaciones asumiría.

Lo rocambolesco de la situación no es sólo esa huida del marco comunitario y la creación de otra organización internacional en paralelo para salvaguardar la estabilidad de la UEM, sino también la inutilidad última de la reforma del derecho originario, de ahí nuestra previa calificación como chapuza. Y es que el Tratado MEDE entró en vigor... ¡antes de la entrada en vigor de la reforma del TFUE que le iba a dar cobertura; Como explicó el Tribunal Constitucional polaco en su sentencia de 26 de junio de 2013⁵²², el MEDE no puede respaldarse jurídicamente en la reforma del art. 136 TFUE, algo que puede desprenderse hasta de los propios razonamientos del TJUE en Pringle (caso que veremos a continuación) donde explícitamente el Tribunal habla de que el ámbito de actuación del Mecanismo recae en competencias propias de los Estados, dando a entender su falta de fundamento en la modificación del Tratado (párrafos 184-185). Error este, el de seguir considerando la reforma del 136 como precedente necesario del Tratado MEDE, que continúa estando, sin embargo, presente en la doctrina española.⁵²³

No obstante esta inutilidad formal de la reforma y del pretendido amparo jurídico, lo cierto y verdad es que existe una “innegable vinculación material” entre aquella y el MEDE, que a posteriori, burlando eso sí los principios generales del Derecho, vendría a respaldar jurídicamente su existencia en el art. 136. Ésta es la interpretación asumida por el Tribunal Constitucional Alemán, como pronto tendremos oportunidad de ver, y que se desmarca así de su homólogo polaco.⁵²⁴ Asimismo, como apuntan Aguilar Calahorro, Bardutsky y Fahey⁵²⁵, con la reforma exprés el Consejo Europeo estaría también intentando cubrir al MEDE de posibles recursos por incumplimiento de la cláusula “*no bail-out*”, siendo en el fondo el nuevo art. 136 una nueva excepción a la misma.⁵²⁶ Es

⁵²² Comentario de la sentencia: GRANAT, K: “Approval of art. 136 TFEU Amendment in Poland: The Perspective of the Constitutional Court on Eurozone Crisis Law”, *European Public Law*, vol. 21, nº 1, 2015, pp. 33-46.

⁵²³ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “El Tribunal de Justicia al rescate de los derechos en el contexto de las medidas de estabilidad derivadas de la crisis económica: Pringle vs. Ledra Advertising”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 39, 2017, p. 616.

⁵²⁴ La Sentencia del 18 de marzo de 2014 del TCA, sin embargo, dice que el fundamento jurídico es la reforma del 136.3 TFUE, en su párrafo 179.

⁵²⁵ BARDUTZKY, S. y FAHEY, E., “Who Got to Adjudicate the EU’s Financial Crisis and Why? Judicial Review of the Legal Instruments of the Eurozone”, op. cit., en M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp. 355-356.

⁵²⁶ AGUILAR CALAHORRO, A., “La decisión Pringle en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 101, 2014, pp. 343-344.

más, así lo acogería en cierto modo el propio TJUE, al vincular la estricta condicionalidad del MEDE y sus instrumentos con la disciplina presupuestaria que constituye, según palabras del propio Tribunal, la finalidad de la cláusula “*no bail-out*”, es decir, la de que los Estados sean responsables de sus compromisos y que, al prohibir la corresponsabilidad financiera, se vean impelidos a guardar cuentas públicas disciplinadas dentro de los márgenes de la estabilidad presupuestaria (puntos 135 y 137 de Pringle). Ésta no se nombra como tal, sino con el subterfugio adjetivado de cuentas públicas “saneadas” (vid. *inter alia* párrafo 143). Además, como indica el TJUE, la asistencia financiera del MEDE no implica una dejación de responsabilidades por parte del Estado asistido, que seguirá siendo responsable ante sus acreedores de las deudas contraídas (párrafos 139-140).

Sea como fuere, el MEDE sigue la línea emprendida por la FEEF y confiere funciones a instituciones de la UE sin ser él mismo parte de la Unión. Como tempranamente analizó Urbaneja Cillán, el Mecanismo se articula además en una estructura institucional y de toma de decisiones totalmente diferente a la del método comunitario y en la que el peso de los Estados en la misma depende del volumen de fondos que aporten.⁵²⁷ Eso sí, el MoU entre el Mecanismo y el Estado miembro que precise asistencia será nuevamente negociado y firmado, en nombre del propio MEDE, por la Comisión Europea, quien además tendrá encomendadas funciones complementarias, como la posibilidad de sugerir que se active el procedimiento por votación de urgencia. Un tratado internacional firmado entre Estados de la zona euro atribuye competencias, por ende, a una institución que representa al conjunto de la Unión Europea y que está sometida única y exclusivamente al derecho originario, fundamento de su legitimidad jurídica, permitiéndose además la paradoja de que Estados que no son parte del Euro y, por tanto, desinteresados perfectamente del MEDE, de alguna u otra forma se vean envueltos en su configuración al estar ellos, ahora sí, representados en su conjunto por la Comisión. La asimetría entre la Eurozona y el resto de la Unión, en un marco institucional común para todos, vuelve a mostrarse en su desnudez, y lo hace en

⁵²⁷ URBANEJA CILLÁN, J., “El mecanismo europeo de estabilidad. Análisis a través de la jurisprudencia comunitaria en el asunto Pringle”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 30, 2012-2013, pp. 123-159.

medio de este rompecabezas ajeno a toda lógica de claridad y cercanía con los ciudadanos y los procedimientos democráticos tradicionales.⁵²⁸

2.-Pringle: la bendición jurisdiccional sobre la huida del marco jurídico comunitario

Este aparente sinsentido jurídico no tardaría en llegar a sede jurisdiccional tras la interposición de una cuestión prejudicial por los tribunales irlandeses que habían sido llamados a pronunciarse sobre la legalidad de la reforma del art. 136 TFUE y la adecuación del MEDE al ordenamiento comunitario. La sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2012 (*Asunto C-370/12. Pringle vs. Ireland*), ventilada por el Pleno, es quizá de los últimos hitos jurisprudenciales de la Unión más comentados y analizados por la doctrina.⁵²⁹ No queremos aquí, por ello, extendernos en una descripción y comentario sistemático de sus principales argumentaciones, sino por el contrario centrarnos en el papel que Pringle juega para con la juridificación y consolidación en el nivel europeo de la estabilidad presupuestaria. En la medida en que es un fallo sobre la legalidad del MEDE y éste es, a su vez, un mecanismo que, tras la activación de sus instrumentos de asistencia financiera, impone una condicionalidad estricta en la que la estabilidad presupuestaria figura como meta, Pringle es relevante al objeto de estudio aquí tratado. Como dice nuevamente Aguilar Calahorro: “la Sentencia *Pringle* es crucial para entender la evolución futura de la estructura económica de la Unión, pero también para reflexionar sobre la ordenación del poder y la garantía de derechos en clave constitucional.”⁵³⁰

Declarando previamente, como ya aventuramos, que el art. 122 y sus previsiones de asistencia financiera para acontecimientos excepcionales no “constituye una base jurídica apropiada” (párrafo 116) para un mecanismo permanente, el Tribunal analiza la adecuación de la reforma operada en el art. 136 que, en teoría, iba a dar cobertura. Una

⁵²⁸ DE GREGORIO MERINO, A., “Legal developments in the Economic and Monetary Union During the debt crisis: The mechanisms of financial assistance”, *Common Market Law Review*, vol 49, nº 5, 2012, p. 1634.

⁵²⁹ ADAM, S. y MENA PARRAS, F. J., “The European Stability Mechanism through the legal meanderings of Union’s constitutionalism: Comment on *Pringle*”, *European Law Review*, vol. 38, nº 6, 2013. SERRANO PÉREZ, M., “La Constitución Económica Europea y la gobernanza económica. La Sentencia Pringle: desde la coordinación de la política económica al mecanismo de estabilidad presupuestaria”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 43, nº 118, enero-junio 2013. HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., “La compatibilidad del Mecanismo Europeo de Estabilidad con el Derecho europeo: jurisprudencia para tiempos de crisis”, en LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (dir.), *Las crisis políticas y económicas: nuevos escenarios internacionales*, Madrid: Tecnos, 2014, pp. 212-240.

⁵³⁰ AGUILAR CALAHORRO, A., “La decisión Pringle en el proceso de...”, op. cit. p. 345.

de las cuestiones centrales al respecto, y sobre la que no nos detendremos, era si dicha reforma incidía o no en competencias exclusivas de la UE, como la política monetaria, o ampliaba competencias de la misma, sobre todo en materia económica, en cuyo caso no podría haberse seguido el procedimiento simplificado, erigiéndose el Tribunal en la instancia con capacidad de controlar el poder de reforma de los Tratados sobre la base del art. 48.6 TFUE.⁵³¹ El TJUE aclara, no obstante, que la asistencia financiera del Mecanismo recae en el ámbito de las competencias propias de los Estados, no amplía competencias de la UE y no incide sustancialmente en las políticas monetarias ni económicas de la misma, aun siendo un mecanismo que complementa la coordinación económica de la UEM.⁵³² Recordemos, además, lo rocambolesco de la operación de reforma, que se perfeccionó jurídicamente tras la entrada en vigor del propio MEDE, algo que en su argumentación, y como dijimos, el TJUE parece entrever. Si la reforma del 136 da cobertura al Mecanismo, sea como fuere, aquí se abren dos grandes interrogantes que sí son esenciales para dilucidar la fuerza que la huida en la juridificación de la estabilidad presupuestaria ha llegado a cobrar en Europa.

En primer lugar, ¿es jurídicamente posible, de acuerdo con el marco comunitario, crear estructuras fuera de éste pero que le encomienden funciones y atribuciones a sus instituciones? Hemos de recordar que ya en 1993 el TJUE tuvo que pronunciarse al respecto, en los famosos casos *C-181 y C-248/91 European Parliament v. Council and Commission* (1993). En ellos, se ventiló, entre otras cuestiones, la posibilidad de encomendar a la Comisión, sobre la base de un acuerdo del Consejo, funciones que explícitamente no tenía atribuidas en competencias que no fueran de su dominio. Las ayudas económicas a Bangladesh después de un desastre natural y la inexistencia de un mecanismo unitario de solidaridad de toda la UE, habían impelido al Consejo a aprobar un paquete de ayudas extraordinarias, abonadas por los Estados miembros, y a encomendar su gestión y la administración de dicho fondo a la Comisión. El Parlamento Europeo, viendo que sus competencias en cuanto al presupuesto de la UE podrían estar siendo menoscabadas, fue el que interpuso un recurso de anulación respecto a tal decisión

⁵³¹ Ese poder de controlar la reforma de los Tratados en virtud de la doctrina asentada en *Pringle* es analizado con detenimiento por AGUILAR CALAHORRO, A., “La decisión *Pringle* en el proceso de...”, op. cit. pp. 346-356.

⁵³² Una lectura crítica al respecto, CRAIG, P., “*Pringle*: legal reasoning, text, purpose and teleology”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, nº 53, 2013, p. 5.

del Consejo.⁵³³ Pues bien, la conclusión del TJUE, condensada sobre todo en el párrafo 20 de la Sentencia, fue que los Tratados no “impiden a los Estados miembros encomendar a la Comisión las tareas de coordinar una acción colectiva decidida por los mismos sobre la base de un acto de sus representantes reunidos en el Consejo”, argumento que podría ser extensible a la atribución de funciones que ya operaba en la FEEF anterior al MEDE.

Ahora bien, creemos que, aunque como apuntan Dimopoulos⁵³⁴ o Craig⁵³⁵ este sea un antecedente de la controversia suscitada en Pringle y así lo recoja el propio Abogado General en sus Conclusiones (párrafo 171), no es del todo pertinente hacer una traslación automática de los casos, puesto que el MEDE no es un mero acuerdo del Consejo, sino una organización internacional ajena a la Unión y creada por un tratado intergubernamental sin utilizar los órganos comunitarios. No obstante ello, el TJUE valida la operación que aquí denominamos de huida y la atribución de nuevas funciones, desde el Tratado MEDE y su organización a instituciones comunitarias imponiendo al tiempo, empero, dos límites: que dicha participación y el entramado jurídico-institucional en el que se encuadra sean compatibles con los Tratados UE, y que las nuevas atribuciones encomendadas extra UE no menoscaben la esencia y las funciones principales de las instituciones comunitarias de acuerdo con el mismo derecho originario. Sobre lo primero, el TJUE ya había dejado asentado a principios de los noventa la supremacía del derecho UE sobre el derecho internacional en el que los Estados miembros participen o sean protagonistas (C-3/91, 10 de noviembre de 1992 *Exportur SA v LOR SA and Confiserie du Tech SA*. - *Reference for a preliminary ruling: Cour d’appel de Montpellier*),⁵³⁶ y en esta misma sentencia Pringle establece que el MEDE no es incompatible con los Tratados ni con el marco competencial en ellos establecido, enmarcándose en la libre voluntad de los Estados miembros que se canaliza, aun fuera de la UE, hacia objetivos de la misma, como la consecución de una UEM más sólida, la garantía del PEC revisado y la prohibición de déficits excesivos (recordemos siempre la previsión de la “estricta condicionalidad” de las ayudas del MEDE). Como se establece en el artículo 13.3 del

⁵³³ Caso comentado profusamente en BROWN, N. L., “Joined Cases C-181/91 and C-248/91, *European Parliament v. Council and Commission*, Judgment of 30 June, [1993] ECR I-3685”, *Common Market Law Review*, vol. 31, nº 6, 1994, pp. 1347–1355.

⁵³⁴ DIMOPOULOS, A., “The Use of International Law as a Tool for Enhancing Governance in the Eurozone and its Impact on EU Institutional Integrity”, en ADAMS, M., FABBRINI, F., y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., p. 46.

⁵³⁵ CRAIG, P., “Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance”, *European Constitutional Law Review*, vol. 9, nº 2, 2013, pp. 263-284.

⁵³⁶ GOSTYŃSKA, A., “The Fiscal Compact and European Union Economic Governance: An Institutional and Legal Assessment”, *The Polish Quarterly of International Affairs*, abril, 2012.

Tratado por el que se establece el Mecanismo, los MoU serán “plenamente compatibles con las medidas de coordinación de la política económica previstas en el TFUE, en particular con cualquier acto del Derecho de la Unión Europea, incluido cualquier dictamen, advertencia, recomendación o decisión que se haya dirigido al miembro del MEDE en cuestión”. Empero, el Tratado no consigna en ningún momento la subordinación plena del Mecanismo al Derecho de la UE, como sí han hecho otros instrumentos de derecho internacional ajenos al marco comunitario, como la Prüm Convention (art. 1.2) o el propio TECG que analizaremos más adelante (art. 2).

En cuanto a si el Tratado MEDE modifica la naturaleza y funciones principales de las instituciones comunitarias a las que les encomienda nuevas atribuciones, que era la siguiente condición que imponía el TJUE en Pringle, coincidimos con Craig⁵³⁷ en que aquí el Tribunal jugó con (y en) la máxima indeterminación y flexibilidad (punto 158 STJUE), apenas definiendo qué entiende por “funciones principales” y aceptando, finalmente y sin mucha argumentación (162), que la Comisión sea una institución central en una organización internacional ajena a la Unión Europea. Pues recordemos que es la Comisión la que debe negociar y firmar los MoU, el instrumento básico de asistencia financiera del MEDE en el que se concentran todos los compromisos entre el Estado ayudado y aquél, incluida la condicionalidad estricta que se imponga a cambio de dicha asistencia. Ambas conclusiones del TJUE nos llevan, al mismo tiempo, a preguntarnos lo siguiente: si el MEDE no amplía las competencias de la UE ni de sus instituciones, si, como dice el propio Tribunal, se incardina en los objetivos mismos de la UEM...¿de dónde procede la necesidad de que sea un Tratado internacional ajeno a la UE el que lo establezca? ¿No se podía realizar bajo el amparo de las competencias implícitas del art. 352 TFUE? Este establece, en efecto, la llamada cláusula de imprevisión, que reconoce que:

Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo

⁵³⁷ CRAIG, P., “Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp. 27-28.

adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo.

Para el establecimiento del MEDE no había tantos obstáculos por parte de Reino Unido o Chequia, como si los habrá con el TECG, y no hubiera sido difícil alcanzar la unanimidad para crear tal estructura en el interior de la UE. Una posible respuesta que encontramos es que los Estados quisieron en todo momento salirse del marco UE, huyendo del mismo para evitar el método comunitario, la participación del PE, los pesos y contrapesos de la arquitectura europea y hasta posibles aplicaciones tempranas, o extemporáneas, de la CDFUE.⁵³⁸ Una decisión plenamente consciente, como a la que en la tercera parte de esta tesis nos referiremos en torno a la ausencia del PE en casi todo el nuevo gobierno económico de la Unión.

En segundo lugar, el otro gran interrogante al que el TJUE debía responder giraba en torno a la misma naturaleza de los instrumentos normativos del MEDE, su nuevo marco jurídico y su integración, o no, en el marco comunitario. Aquí el TJUE es inflexible: el MEDE, como organización internacional ajena a la Unión Europea, no es parte de la Unión Europea y las decisiones e instrumentos normativos que adopte son propios de dicha organización. Los MoU, por ende, no son derecho derivado de la UE, si bien, como hemos indicado, el Tribunal dice que en la medida en que se le encomiendan a las instituciones UE determinadas funciones, la estructura en la que se incardinan ésta debe ser compatible con los Tratados. Es decir, los MoU deben adecuarse al derecho originario (párrafos 68, 69, 111...), especificando el Tribunal, en el párrafo 174, que aquellos habrán de adecuarse a las previsiones de coordinación y supervisión económica de la UEM, siguiendo además la propia previsión del art. 13.3 Tratado MEDE. Al recoger dicho tratado y la reforma del art. 136 TFUE el concepto de *estricta condicionalidad*, dice el Tribunal (69 y 72), es evidente que éstas serán las dictadas en el marco de la coordinación económica de la UE (PEC revisado, Semestre Europeo...), al que deberán subordinarse. Es más, el propio art. 13.4 del Tratado MEDE establece que la Comisión será la encargada de comprobar la adecuación del acuerdo con dicha política.

⁵³⁸ DIMOPOULOS, A., op. cit., en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp. 58-60.

La estabilidad presupuestaria, uno de los principios basilares del pilar económico de la UEM, quedaría así salvaguardada como principio al introducirse ella a través de la estricta condicionalidad subordinada, a su vez, a las decisiones tomadas en el marco de la gobernanza económica europea. Es más, la garantía de la misma se convierte, y esto es decisivo, en el presupuesto habilitante del MEDE, en la medida en que la condicionalidad estricta que éste acompaña en sus programas de asistencia financiera es lo que posibilita su compatibilidad con el Derecho UE, incluida la previsión ya indicada del art. 125 que prohíbe la corresponsabilidad financiera (cláusula “no bail-out”). Siguiendo a Craig⁵³⁹ y Montalvo⁵⁴⁰, el TJUE lleva a cabo en Pringle una interpretación teleológica de tal cláusula en la medida en que, entiende, ésta no prohíbe cualquier asistencia financiera, sino que la misma no incite o promueva al Estado asistido en el incumplimiento de la política económica y presupuestaria de la gobernanza UE. O lo que es lo mismo, lo que busca el art. 125 TFUE es garantizar, en última instancia, que los Estados sean responsables de sus finanzas saneadas en un contexto de disciplina presupuestaria. Ésta se erige, así, en el elemento transversal que permite la legalidad del MEDE y su compatibilidad con el marco UE, exigiendo que la nueva organización internacional coadyuve a la consecución de la estabilidad presupuestaria en el contexto del resto de mecanismos que la garantizan (PEC revisado, SE, PDE, PDM...). Presupuesto habilitante y transversal que, como veremos, será acogido en gran medida también por el Tribunal Constitucional Alemán en su ejercicio de resistencia constitucional.

Llegados a este punto, y de acuerdo con Aguilar Calahorro, “el planteamiento inicial que debemos hacernos en este es el siguiente: si la Comisión y los Estados miembros se encuentran vinculados, en su actuación en el marco del MEDE, al Derecho de la UE: ¿qué instrumentos de control existen para prevenir una vulneración del Derecho de la UE por las Instituciones o los Estados miembros en el marco del MEDE?”⁵⁴¹

Aquí es donde Luxemburgo lleva a cabo una auténtica pirueta jurídica: los MoU no pueden ser fiscalizados por él sobre su grado de cumplimiento respecto a la Carta de

⁵³⁹ Sobre la interpretación que, en concreto, hace el Tribunal de Justicia del art. 125 TFUE puede verse CRAIG, P., “Pringle and the nature of legal reasoning”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, nº 21, 2014, pp. 218 y 219.

⁵⁴⁰ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “El Tribunal de Justicia al rescate de los derechos en”, op. cit., p. 623.

⁵⁴¹ AGUILAR CALAHORRO, A., “La decisión Pringle en el proceso de...”, op. cit. p. 361.

Derechos Fundamentales de la Unión Europea (puntos 178-180), por cuanto aquellos no entran dentro del ámbito del artículo 51.1 de la Carta, que está dirigido únicamente a instituciones de la Unión y a los Estados miembros cuando apliquen el derecho comunitario. Es decir, el MEDE y sus instrumentos deben ser compatibles con el derecho originario de la UE, y la Carta de Derechos Fundamentales lo es y está al mismo nivel que el resto de Tratados, pero ésta no es posible aplicarla a los instrumentos normativos que se deriven del *sui generis* Mecanismo.⁵⁴² La única posibilidad de control, reafirma el TJUE, versaría sobre la conformidad del MoU, ahora sí, con la coordinación de las políticas económicas de la UE y la estabilidad presupuestaria (cuentas “saneadas”), cuya virtualidad se ventila a través de la *estricta condicionalidad*. La aplicación de las medidas correctoras del déficit, con la carga política y jurídica que conllevan de reducción potencial de derechos sociales, quedaría en consecuencia en una zona de inmunidad jurídica⁵⁴³ en la que algunos Estados, sorteando mediante el Tratado MEDE la estructura y los límites “constitucionales” de la UE (CDFUE incluida) pueden “imponer” determinadas condiciones económicas y presupuestarias a los países necesitados de asistencia financiera. Como afirma Montalvo, “las instituciones de la Unión decidieron actuar fuera del ordenamiento jurídico comunitario mediante acuerdos internacionales, consiguiendo de esta manera no quedar sujetos a las restricciones de éste, refugiándose en una zona no jurídica”.⁵⁴⁴ Una huida en toda regla.

No obstante, si admitiésemos que las decisiones del MEDE no pueden fiscalizarse a la luz de la CDFUE, pero sí del marco general de la UEM y de sus instrumentos de gobernanza...la Comisión Europea, en tanto institución bicéfala tanto de la Unión como del MEDE, ¿estaría exenta del cumplimiento de la Carta aun cuando actuara en el marco del Mecanismo? La CDFUE parece contundente en su art. 51.1 cuando señala que sus disposiciones serán aplicables a las “instituciones de la Unión”, y no hay institución más paradigmática de la misma que la Comisión. Esa será la base del caso *Ledra Advertising*, que analizaremos en la tercera parte como reciente e insuficiente resistencia y en tanto posible cambio, aunque tímido, de paradigma por parte del TJUE respecto a *Pringle* al abrir una ventana, siguiendo algunos de los resquicios apuntados, a través de la cual puede

⁵⁴² Como apunta Aguilar Calahorro, “el último resquicio constitucional del modelo supranacional parece disiparse en apenas un párrafo de la sentencia”, *ibid.*, pp. p. 364.

⁵⁴³ Sobre la necesidad de límites que garanticen jurídicamente el respeto de los derechos por el MEDE, *ibid.*, pp. 373-377.

⁵⁴⁴ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “El Tribunal de Justicia al rescate de los derechos en”, op. cit., p. 627.

operar un “combate” jurídico *intra* UE respecto a la estabilidad presupuestaria y sus consecuencias.

Sin adelantarnos a ello, no obstante, cabe apuntar que este planteamiento inicial del Tribunal en Pringle no obsta a que el mismo quede al margen del MEDE, pues el Tratado constitutivo le otorga una serie de funciones también al propio Tribunal (art. 37 Tratado MEDE), el cual tiene que examinar en el propio asunto Pringle (dándole la vuelta al rizo) la conveniencia jurídica de sus nuevas funciones atribuidas por un Tratado que, en esencia, le es ajeno. Y de nuevo Luxemburgo valida tal operación, siguiendo el argumento ya usado para con la Comisión y basándose, además, en la previsión específica del art. 273 TFUE, que establece que “el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre cualquier controversia entre Estados miembros relacionada con el objeto de los Tratados, si dicha controversia le es sometida en virtud de un compromiso.” La interpretación no deja de ser forzada, o cuanto menos criticable, puesto que tendríamos que considerar al MEDE dentro del “objeto de los Tratados”, y el Tribunal ya había establecido que la asistencia financiera y su articulación institucional entraba en el ámbito de las competencias propias de los Estados; y, asimismo, tendríamos que entender que la creación de una organización internacional *extra* UE puede calificarse como “compromiso”. Para salvaguardar la primera previsión, el TJUE recuerda reiteradamente que dentro del MEDE él sólo podrá conocer de aquellos aspectos relacionados con el “objeto de los tratados” (párrafo 173), pero no llega a delimitarlos en el ámbito concreto de actuación del Mecanismo y de las funciones que el mismo le atribuye.

Haciendo una retrospectiva sobre lo hasta aquí analizado de la argumentación de Pringle, no nos ha de extrañar que Bardutzky y Fahey⁵⁴⁵ lleguen a calificar la sentencia como “esotérica”...

⁵⁴⁵ BARDUTZKY, S. y FAHEY, E., “Judicial Review of Eurozone Law: The Adjudication of Postnational Norms in the EU Courts, Plural-A Case study of the European Stability Mechanism”, *Michigan Journal of International Law Online*, nº 34, 2013.

3.-Las aparentes resistencias constitucionales

3.1.-Al MEDE como institución

3.1.1.-Desde Alemania y Austria...y huida del propio MEDE y estabilidad presupuestaria como elemento habilitador

Como ya hemos tenido oportunidad de analizar, el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCA), el denominado “señor del constitucionalismo europeo”, inauguró con su Sentencia Maastricht de 12 de octubre de 1993 una jurisprudencia de control sobre el proceso de integración al entender éste como vinculado, en todo momento, al principio democrático en su forma estatal. El Tribunal estableció que la Unión era una mera extensión, en virtud de la atribución de competencias que habían realizado los Estados, de las funciones democráticas de éstos, y que, en consecuencia, la peculiar “comunidad de Derecho” hundía su legitimidad en última instancia, siempre, sobre el suelo de las soberanías estatales. Los avances en el proceso de integración debían, por ende, fiscalizarse desde la sede de dicha soberanía y sus principios vertebradores, destacando en el caso alemán el principio democrático vehiculado a través de la centralidad del Parlamento y su protección pétrea. Ya vimos, asimismo, que al estudiar la UEM el Tribunal dividió, sin mucha meticulosidad, sus dos componentes, el económico y el monetario, permitiendo una integración plena en este último por considerar que era un ámbito técnico no vinculado al núcleo de soberanía estatal pero, al tiempo, limitando las potencialidades de aquél, del componente económico, para cuya realización íntegra se necesitaría un proceso político paralelo que le diera sustento y en el que, incluso, se haría necesaria la reforma de la Ley Fundamental o un virtual proceso constituyente.

Una Unión Económica avanzada, incluida en ella la fiscal y presupuestaria, suponían para el TCA de Maastricht un salto cualitativo en el proceso de integración, salto que no veía y sobre el que no imponía límites en el caso de la Monetaria. Esa diferenciación, que parecía condenar a la Unión a la mera coordinación de sus políticas económicas y presupuestarias sin mayores cuotas de concentración unitaria, va a pervivir a lo largo de esta segunda década de los dos mil cuando, tras la Sentencia Lisboa de 2009 que continuaba la línea abierta en Maastricht,⁵⁴⁶ al Tribunal lleguen, reiteradamente, los

⁵⁴⁶ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. J., “Defensa (moderada) de la Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Alemán”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 17, 2011, pp. 32-45, p. 33.

cuestionamientos presentados en su sede en torno a los nuevos mecanismos de gobernanza económica que vienen a consagrar, entre otros principios, la estabilidad presupuestaria para el conjunto comunitario. Los mecanismos de asistencia financiera, instrumentos centrales en la consolidación de dicho principio a través de su especial coerción como consecuencia de los llamados “rescates”, no estarán exentos de examen por parte del Tribunal, quien va a presidir y liderar en esta materia la resistencia constitucional estatal frente a la huida indicada.

Así, ya en 2011 Karlsruhe tuvo que pronunciarse sobre la constitucionalidad del MEEF y de la FEEF, los mecanismos que precedieron al MEDE y que éste ha venido a sustituir y absorber.⁵⁴⁷ En su sentencia de 7 de septiembre de 2011, el Tribunal Constitucional Alemán sienta las bases de la participación del país germano en cualesquiera mecanismos de asistencia financiera, proyectando sobre ellos las exigencias derivadas de su peculiar interpretación del principio democrático aplicado sobre el proceso de integración. Siguiendo a su Sentencia de Lisboa (de 30 de junio de 2009), que venía a ahondar en la doctrina asentada en Maastricht ya descrita y que tan pormenorizadamente ha sido analizada por López Castillo,⁵⁴⁸ el TCA establece la imposibilidad de que las competencias presupuestarias en su totalidad sean transferidas a la Unión, en la medida en que debe siempre mantenerse la “soberanía” alemana transmutada en la autonomía del Parlamento y la centralidad de éste en la autorización de gastos. De acuerdo con la doctrina de Lisboa, “una cesión del derecho del Bundestag a aprobar el presupuesto y a controlar su ejecución por el Gobierno vulneraría el principio democrático si la determinación del modo y la cantidad de los tributos impuestos a los ciudadanos fuera supranacionalizados en una medida considerable” (párrafo 256).

Al examinar en la nueva sentencia los mecanismos descritos, el Tribunal completa su doctrina en la materia estableciendo un vínculo indisoluble entre la autonomía financiera del Bundestag y el principio democrático (art. 2 LFB), concretando en su argumentación los límites que cualquier mecanismo similar tendrá que respetar si quiere adecuarse al marco constitucional alemán. Así, el Parlamento alemán debe aprobar en

⁵⁴⁷ RUIZ TARRÍAS, S., op. cit., pp. 175-181.

⁵⁴⁸ LÓPEZ CASTILLO, A., “Alemania en la Unión Europea a la luz de la Sentencia-Lisboa de 30 de junio de 2009, del Tribunal Constitucional Federal alemán”, *Revista española de derecho constitucional*, n° 87, 2009, pp. 337-360.

última instancia cualquier gasto que decidan dichos mecanismos, teniendo que mantenerse su influencia parlamentaria en la gestión de los mismos.

Lo que ahora nos interesa destacar es que ya aquí el Tribunal enlazó la constitucionalidad de los instrumentos y de los programas de asistencia financiera con la *estricta condicionalidad* que deben llevar parejos. Al igual que hiciera el TJUE en Pringle, para quien también era nexo de legalidad con el Derecho UE el cumplimiento estricto de las normas de gobernanza económica de la UEM, el de Karlsruhe ve en la condicionalidad de la asistencia financiera la garantía de que el dinero prestado por Alemania se devolverá, no irá a un fondo perdido y podrá ser controlado de acuerdo con una serie de imposiciones en las que el Estado alemán participará. La soberanía presupuestaria del Parlamento se vincula así, para el TCA, con una condicionalidad alta que debe reflejarse en los MoU de forma concreta y no indefinida, condicionalidad que será reflejo en todo momento de las exigencias derivadas del principio de estabilidad presupuestaria. Además, hemos de tener en cuenta que sobre el razonamiento del Tribunal no sólo pesan las previsiones de coordinación económica de la UEM, en las que, como hemos visto, dicha estabilidad es un principio rector, sino también y de forma destacada la propia reforma constitucional alemana de 2009, que consagra aquella (art. 109. 3) al más alto nivel jurídico. Por tanto, la estabilidad presupuestaria inherente a toda condicionalidad como meta que ha de alcanzarse, se erige tanto para el TJUE como para el TCA en vehículo transversal a través del cual se garantiza tanto el cumplimiento y respeto del marco UE como el de la Constitución alemana. La estabilidad presupuestaria, en consecuencia, cobra nuevamente un papel central como presupuesto habilitante en esta construcción tan peculiar de la nueva constitución económica europea que estamos estudiando y que intentaremos categorizar en la tercera parte bajo la rúbrica de la *constitución económica neoliberal*.

Así las cosas, y con el MEDE ya en vigor, el 12 de septiembre de 2012 el Tribunal tuvo que examinar también su compatibilidad con la LFB, siguiendo claramente, además, el referente de la Sentencia que acabamos de analizar de septiembre del año anterior. Lo que la diferencia de ésta es, básicamente, la imposición de dos condiciones para que el MEDE pueda ser constitucionalmente aceptable de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales de Karlsruhe: que las contribuciones alemanas al mecanismo se ciñan a las estrictamente acordadas e indicadas en el Tratado MEDE, y que se informe continuamente al Parlamento alemán de las negociaciones y decisiones tomadas por el

Mecanismo en el uso de los fondos que aquél ha aprobado previamente destinar. Bardutzky apunta, como sospecha, la posibilidad de que esta todavía más restrictiva decisión del TCA tuviera alguna influencia en la Sentencia Pringle del TJUE, que se emitiría apenas tres meses después.⁵⁴⁹

Y en tal interpretación, más exigente aún, es donde surgió el principal problema: el Tratado MEDE, sobre el que el TCA hace tales observaciones, ya estaba firmado y en vigor, y su reforma, por la vía del derecho internacional clásico (unanimitad de todos los Estados) se veía cuanto menos como una posibilidad lenta e incluso arriesgada. Todo el entramado creado entraba ahora con la nueva sentencia, por ende, en un ámbito indeterminado y alejado de toda seguridad jurídica, donde la pertenencia alemana (sin duda, además, la más relevante) quedaba en entredicho. Por ello, y con una rapidez inaudita, unos días después de la publicación del *dictum* los Estados firmantes del Tratado adoptaron una Declaración interpretativa, dada a conocer el 26 de septiembre y publicada posteriormente,⁵⁵⁰ en la que adaptaron las previsiones del texto a lo exigido y estipulado por el TCA. La Declaración, que constituía en el fondo una verdadera adenda al Tratado, cuando no su reforma expresa, ni siquiera fue no obstante refrendada por los Jefes de Estado participantes, sino por notas diplomáticas de los respectivos embajadores. Es decir, la decisión pretoriana de un Tribunal de un Estado miembro entra de lleno en un Tratado internacional que pretende sortear el proceso de integración, limitado éste ya por dicho Tribunal, y lo hace sorteando a su vez los principios más elementales del derecho internacional. Jurídicamente, pues, no sabemos ya ni cómo denominar a esta operación, que perfectamente podría ser catalogada, al menos, como una doble huida. Huida primera del marco UE para evadir sus limitaciones y garantías constitucionales, y huida segunda del marco del derecho internacional sobre esa primera que ya de por sí se pretendía fundamentar en una base jurídica excesivamente endeble (Pringle mediante).

No es de extrañar que tamaña operación “ajurídica” llegara finalmente a un Tribunal Constitucional e intentara despertar una nueva resistencia. Empero, aquel no fue esta vez el alemán, lo cual habría constituido ya una verdadera tragedia griega, sino el austríaco. En efecto, un *Land* llevó en 2013 al máximo intérprete constitucional del pequeño país la posible inconstitucionalidad de la Declaración interpretativa del Tratado

⁵⁴⁹ BARDUTZKY, S. y FAHEY, E., “Who Got to Adjudicate...”, op. cit., en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., p. 350.

⁵⁵⁰ En el caso español, en el BOE del sábado 6 de octubre de 2012. Puede consultarse: <https://www.boe.es/boe/dias/2012/10/06/pdfs/BOE-A-2012-12481.pdf>

MEDE, resolviendo el 16 de marzo de 2013 el alto tribunal austríaco que no vulneraba la Constitución Federal dicha Declaración, puesto que, hete aquí, la posible (y diríamos probable) ilegalidad de la Declaración de acuerdo con el Derecho Internacional y el propio Tratado no puede presuponer, en ningún caso, la inconstitucionalidad del mismo. Diferenciando ambos ámbitos el Tribunal, no descarta, por tanto, que de acuerdo con las previsiones generales del Derecho Internacional la Declaración fuese ilegal...pero claro, la sede propicia para ventilar dicha cuestión no debía ser la del garante de la Constitución austríaca.

El último pronunciamiento del TCA sobre el MEDE se sustanció en una sentencia que pasó más inadvertida, la de 18 de marzo de 2014, pero que consolidó la doctrina asentada en las anteriores y guiadas por el espíritu de la jurisprudencia de Maastricht. Analizada magistralmente por Azpitarte Sánchez,⁵⁵¹ el Tribunal mantiene aquí la vinculación estrecha entre el principio democrático, la sustentación nacional del mismo, el control del Parlamento alemán sobre las decisiones presupuestarias y, siguiendo la cadena, la necesidad de que Alemania controle en última instancia los gastos del MEDE para cumplir con el criterio interpretativo adoptado en las sentencias Maastricht y Lisboa (párrafos 161 y 162 de la sentencia de 18 de marzo). Recalca Karlsruhe en su nuevo fallo que Alemania no puede comprometerse a pagos permanentemente abiertos, a instrumentos de solidaridad entre Estados que no estén definidos ni circunscritos de antemano, si no se quiere incurrir en una inconstitucionalidad basada en la centralidad que el Parlamento alemán reviste en la toma de decisiones presupuestarias de acuerdo con la LFB (165 y 166). Interesante es al respecto que los recurrentes en este caso impugnen también el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, ya entonces en vigor, y que el Tribunal desestime rápidamente dicha impugnación por no verse en entredicho ni el principio democrático ni dicha centralidad parlamentaria, sin llegar siquiera a analizar exhaustivamente el fondo del nuevo Tratado (243 y 244).

⁵⁵¹ AZPITARTE SÁNCHEZ, M., “Los confines de la democracia y la solidaridad. A propósito de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 14 de enero y de 18 de marzo de 2014, que enjuician el marco jurídico-supranacional de las políticas de rescate”, *Revista española de derecho constitucional*, nº 101, 2014, pp. 301-336; sobre todo, pp. 310-312.

En esta sentencia, como puede comprobar el lector, el Tribunal apenas incorpora novedades o diferentes matices a la línea jurisprudencial ya comentada, aunque hemos de destacar la especial importancia que concede a la necesidad de que los préstamos del MEDE, si quieren resistir en su funcionamiento mismo el parámetro de constitucionalidad de Karlsruhe, tengan que contener una *estricta condicionalidad* para asegurar, bajo el principio de estabilidad presupuestaria y la disciplina fiscal, el retorno del dinero consignado por Alemania (217 y 218). Aquí, siguiendo el razonamiento del TJUE en Pringle, aunque sin mentarlo siquiera, el TCA lleva a cabo un análisis de la “constitucionalidad” (¿?) de la reforma del 136 TFUE que da cobertura al MEDE para llegar a la conclusión, siguiendo sus razonamientos anteriores, de que no invade ni la identidad constitucional alemana ni su *sui generis* interpretación del principio democrático aplicado a la política presupuestaria (179-189), y ello porque el nuevo precepto garantiza, efectivamente, la estricta condicionalidad de los programas de asistencia financiera y, por tanto, la disciplina fiscal y presupuestaria necesarias, según el TCA, para el correcto funcionamiento de la UEM. Así, pues, el Tribunal Constitucional Federal Alemán viene nuevamente a considerar la estabilidad presupuestaria como hilo conductor de una de las partes más relevantes de toda la integración europea, la UEM, y como elemento habilitador de los nuevos mecanismos de gobernanza económica de la misma, en los que el MEDE y sus polémicos MoU cobran especial protagonismo.

3.1.2.- Desde Estonia: el infructuoso intento de proteger la soberanía en la excepción a la unanimidad

Hasta ahora, las sentencias vistas se habían centrado sobre todo en la adecuación del Tratado MEDE, *in toto*, con la constitución estatal respectiva, desprendiendo de la vinculación entre autonomía presupuestaria y asistencia financiera vehiculada por el Mecanismo, los límites constitucionales que éste debe soportar. El TCA, al constatar que el Tratado garantizaba la autonomía del Parlamento alemán a la hora de decidir sobre los fondos comprometidos por el país, había analizado ya el sistema de votación del MEDE, en el que la regla general es la unanimidad con la que, en efecto, aquella autonomía podría en última instancia garantizarse, pues basta con que el representante alemán en el MEDE, controlado por el Bundestag, se oponga a un programa de asistencia concreto para que éste decaiga.

Ahora bien, lo que no analiza el TCA es la excepción a esa regla de la unanimidad, es decir, la previsión contenida en el art. 4.4 del Tratado de que determinadas solicitudes de asistencia financiera se decidan por un procedimiento de urgencia en el que “sólo” es necesario el 85% de los votos emitidos para que se aprueben. Al TCA no le interesaba dicha excepción por un motivo sencillo: Alemania tiene más del 15% de votos y, por tanto, su capacidad de veto se mantiene en toda circunstancia. Como apunta Ginter en su fundamentada crítica al sistema de voto del MEDE,⁵⁵² países como Italia, Francia o la propia Alemania gozarían así de una situación privilegiada en la toma de decisiones en el interior del Mecanismo, frente a países más pequeños o con menos potencial económico que no pueden llegar a alcanzar la posibilidad de veto alguno; una de las caracterizaciones de lo que en la tercera parte categorizaremos como *nuevo método plutocrático*. Tal procedimiento de urgencia sí puede resultar finalmente en la imposición de medidas de estabilidad presupuestaria, entre otras, por parte de la mayoría (85% o más) respecto a una minoría formada por uno o varios países que no alcancen el 15%...y este era, y es, el caso de Estonia. El procedimiento, pues, se llevó a su Tribunal Constitucional, que se pronunció el 12 de julio de 2012 con una cuanto menos interesante sentencia cuyo razonamiento vale la pena estudiar en la medida en que arroja luz, aunque un tanto difuminada,⁵⁵³ sobre la legitimidad última del nuevo instrumento de coerción de la estabilidad presupuestaria que conforma, junto al PEC revisado y el TECG, la tríada de mecanismos.

En primer lugar el Tribunal constata una evidencia: el mismo tiempo se necesita en una votación en la que se precise unanimidad que en la que se exijan 85% de los votos. Es decir, el procedimiento que el Tratado MEDE califica como de “urgente” en verdad no es tal, debiendo diferenciar entre tal adjetivo y la categoría de “emergencia”, quizá más correcta. En segundo lugar, y aquí es donde reside el grueso de la argumentación del Tribunal, al no tener el pequeño país estonio capacidad de veto en tal procedimiento, se pueden llegar a comprometer sumas de dinero del presupuesto estonio (vinculado a su aportación al MEDE) sin el consentimiento, no obstante, del Parlamento estatal. El Tribunal, siguiendo además la vinculación que tan bien arma su homólogo alemán entre

⁵⁵² “Este modo de calcular la mayoría cualificada, sin precedente en el Derecho de la Unión Europea, otorga a Italia, Francia y Alemania, los cuales contribuyen con más de un 15% de capital, un poder de veto absoluto y, al mismo tiempo, reduce la importancia de los votos de la mayoría de otros Estados miembros”. Vid. GINTER, C., “Constitutionality of the European Stability Mechanism in Estonia: Applying Proportionality to Sovereignty”, *European Constitutional Law Review*, nº 9, 2013, p. 338.

⁵⁵³ Para un breve análisis, RUIZ TARRÍAS, S., op. cit., pp. 188-190.

autonomía presupuestaria estatal, principio democrático y destino último de los fondos comprometidos, concluye que la previsión aludida del MEDE puede constituir, en efecto, un menoscabo inconstitucional de la soberanía de Estonia. Empero, para salvar la situación, y utilizando un equilibrismo erístico digno de la mejor sofística, el Tribunal no declara la inconstitucionalidad del MEDE (en verdad, por ser ello imposible, la inconstitucionalidad de la adhesión estonia), al argumentar que, dado que Estonia ha entrado mediante referéndum (2003) en la UE y en la zona euro, existe una decisión del pueblo soberano que dota de legitimidad a la UEM y sus consecuciones. Pero claro, lo que no recuerda el Tribunal es que, siguiendo precisamente al propio TJUE en Pringle, el Tratado MEDE... ¡no pertenece a la Unión Europea ni al marco comunitario! Es decir, la salvaguarda constitucional del Mecanismo es su aparente legitimidad por pertenecer a una estructura y a un proceso del que es ajeno por completo porque precisamente ese fue su objetivo constitutivo. Por si fuera poco, el Tribunal intenta seguir fundamentando su decisión al vincular la necesidad de garantizar la estabilidad económica del conjunto de la Eurozona (sea lo que sea eso, que tampoco lo define) con la efectividad última de los derechos sociales reconocidos por la propia Constitución estonia. De suerte tal que éstos pasan de ser parámetro de constitucionalidad desde su reconocimiento jurídico, a objetos de pretendida protección empírica desde categorías económicas indeterminadas cuando no, directamente, desconocidas. Además, y como veremos en la tercera parte, son precisamente los derechos sociales los que se ven afectados, negativamente, por la estricta condicionalidad pareja a los programas de asistencia financiera y que gira, siempre, en torno al objetivo último de la estabilidad presupuestaria sin atender, nunca, a la efectiva garantía de los derechos fundamentales estatalmente “protegidos”.

Más bien lo que parece pesar en las espaldas del Tribunal es la necesidad última, e imperiosa, de no menoscabar la nueva gobernanza económica europea aunque ésta no esté jurídicamente fundamentada y adolezca de múltiples vicios de posible inconstitucionalidad. La *salus rei publicae* convertida en *pecunia rei publicae*, o la excepcionalidad de lo económico proyectándose sobre la normalidad de lo jurídicamente establecido y malgradamente garantizado. Las resistencias constitucionales al final se van quedando así, finalmente, en meros intentos o apariencias que no logran cumplir sus ampulosos objetivos...ni llegan a atreverse.

3.2.-A la condicionalidad de los MoU asociada a la estabilidad presupuestaria

Los diversos intentos de resistencias comunitarias y constitucionales estudiadas han hecho hincapié en la adecuación del MEDE en tanto nuevo instrumento de derecho internacional ajeno al marco UE (Pringle) y nueva organización con posibilidad de alterar el diseño orgánico de las funciones y poderes del Estado soberano (TCs de Alemania y Estonia) e, incluso, sobre el propio respeto al Tratado ya en vigor (Austria), en lo que podríamos denominar como *resistencia constitucional orgánica*. No obstante, ninguna de ellas analiza la propia materialización de las decisiones tomadas por el MEDE en forma de MoUs que imponen una condicionalidad estricta con el objetivo de garantizar, entre otros factores, la convergencia en la estabilidad presupuestaria y que, en virtud de ésta, pueden conllevar una afectación de derechos fundamentales. De ahí que sean los países que han recibido asistencia financiera para solucionar sus problemas de déficit, como Grecia o Portugal, quienes hayan protagonizado esta nueva *resistencia constitucional dogmática*, analizada *inter alia* por Fabbrini.⁵⁵⁴ Y en ambos casos el patrón se repetirá: primero, analizan la naturaleza de los MoUs firmados por sus Estados y, en segundo lugar, la adecuación constitucional de la condicionalidad establecida en ellos a la luz de los derechos fundamentales reconocidos en las respectivas Constituciones estatales.⁵⁵⁵

3.2.1.-El antecedente letón: la posibilidad de los contralímites frente a los MoU

Antes del rescate a Grecia, y a veces en paralelo, las instituciones europeas (Comisión y BCE), en coordinación con el FMI, ya habían participado en otros programas de asistencia financiera mediante créditos y préstamos bilaterales. Hungría, en 2008, activó el que sería el primer rescate financiero de un Estado miembro de la Unión, seguido de Rumanía en 2009. Pero de la primera resistencia constitucional de la que tenemos constancia en cuanto al mandato contenido en los MoU por su posible vulneración de derechos fundamentales, es la que nos ofreció también en 2009 la Corte Constitucional de Letonia.⁵⁵⁶ El pequeño país báltico, en efecto, había tenido que solicitar a la Comisión y el FMI, con la asistencia

⁵⁵⁴ FABBRINI, F., “The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 32, nº 1, 2014, pp. 64 y ss.

⁵⁵⁵ Cfr. RUIZ TARRÍAS, S., op. cit., pp. 164-181.

⁵⁵⁶ Caso sucintamente analizado por POTTAKIS, A., “In Search of a Modern Deus ex Machina: Towards an Orderly Bankruptcy of European Legal Orders”, *European Public Law*, vol. 17, nº 2, 2011, pp. 183-184.

técnica del BCE, un préstamo para poder hacer frente a sus obligaciones financieras internacionales, puestas en peligro debido, entre otros factores, a la contaminación de la banca letona con la crisis financiera islandesa. Una vez conseguido el préstamo, y con la estricta condicionalidad impuesta como guía (meta: la estabilidad presupuestaria), el Parlamento letón (*Saeima*) aprobó el 16 de junio de 2009 una ley por la que se reformaba el sistema de pensiones recortando su importe, ya que ésta era una de las exigencias del MoU negociado y firmado.

El Tribunal, reconociendo que el Gobierno tiene la facultad constitucionalmente atribuida de celebrar acuerdos internacionales, establece no obstante que éstos nunca podrán limitar el núcleo de los derechos fundamentales protegidos en la propia Constitución, así como los principios basilares de la forma de gobierno y del ejercicio del poder público que aquella constituye, pues son previos a cualquier tratado internacional; algo que, indefectiblemente, nos recuerda a la doctrina alemana de la *identidad constitucional* y a los contralímites. Con base a esta consideración, el alto tribunal letón declaró inconstitucional la ley y obligó al Gobierno y las instituciones internacionales envueltas en el “rescate” a renegociar los términos y condiciones del MoU. Decisión relevante de una corte constitucional hasta entonces de escasa incidencia en Europa y que, siguiendo a Pottakis, “fue seminal en dicha línea de argumentación, influyendo e inspirando los recursos que ya se aventuraban en otros países”.⁵⁵⁷

3.2.2.-Desde Portugal: una relativa resistencia continuada frente a los recortes

En abril de 2011, el gobierno socialista de Portugal se vio en la necesidad, o al menos así lo expresó, de solicitar asistencia financiera al MEEF y a la FEEF recién creados para poder, con ella, hacer frente a los vencimientos de deuda pública ya comprometidos. El impacto de la crisis financiera en Portugal se había agravado por momentos como consecuencia de una ulterior recapitalización bancaria y la debilidad intrínseca de la economía lusa, aquejada desde hace décadas de múltiples asimetrías.

El rescate, negociado con los mecanismos europeos y con la ayuda del FMI, se ventiló en un Memorándum de Entendimiento (MoU) negociado y firmado entre la

⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 184.

Comisión Europea y el Gobierno portugués.⁵⁵⁸ El 16 de mayo de 2011 se aprobaba, en consecuencia, el paquete de asistencia financiera, con una disponibilidad de más de 78.000 millones de euros repartidos entre el MEEF (garantía en el presupuesto UE) y en la FEEF (garantía en los Estados participantes de la sociedad). El MoU, por supuesto, conllevó una condicionalidad muy estricta que impelía al Estado luso a realizar una multitud de reformas en ámbitos tan sensibles como las pensiones, el tamaño de la administración pública o el llamado “mercado laboral”, y todo ello siempre bajo el objetivo final de alcanzar las metas de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera desde las cuales, para Bruselas, sólo puede conseguirse finalmente la salida de la negativa coyuntura económica.

Pues bien, sobre esa estricta condicionalidad impuesta como consecuencia de la firma del MoU, el Tribunal Constitucional portugués⁵⁵⁹ ha tenido que pronunciarse en dos ocasiones, estudiadas además por la doctrina española, la cual se aleja así de un incomprensible distanciamiento ya tradicional para con el país vecino,⁵⁶⁰ que también es el de quien escribe estas páginas. Hemos de recordar, asimismo, que la Constitución portuguesa, a pesar de la fecha de su aprobación (1976), responde al paradigma del Estado social en el que se incardinó, en un inicio, desde cierta radicalidad revolucionaria⁵⁶¹ que fue, paulatinamente, rebajada.⁵⁶²

Sobre el parámetro de esa Constitución, en la primera sentencia (*Acórdao*) 353/2012, de 5 de julio, el Tribunal evalúa un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de Presupuestos de ese año, en la que se recogían la mayor parte de los

⁵⁵⁸ Sobre la asistencia financiera a Portugal, MAGONE, J., “EU coordination in Portugal: continuity and flexibility in a Troike regime”, en RAGONE, S. (edit.), *Managing the Euro crisis: National EU Policy Coordination in the Debtor Countries*, New York: Routledge, 2018, pp. 55-82.

⁵⁵⁹ La justicia constitucional en Portugal posee algunas particularidades que la diferencian de sus homólogas europeas. Además de ser una de las primeras del Continente, pues ya la Constitución republicana de 1911 contemplaba mecanismos de control jurisdiccional de constitucionalidad, se permiten en ella instituciones poco comunes en Europa, como el control por omisión. Para un análisis amplio y detallado de la misma, VVAA., “Tribunal Constitucional de Portugal” (número especial), *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, nº 2, 1998, pp. 369-426.

⁵⁶⁰ BONACHELA MESAS, A., y RUIZ TARRIAS, S., “De la consideración del “constitucionalismo” como paradigma. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional de Portugal sobre las medidas de rescate financiero”, en ASENSI SABATER, J., GARCÍA HERRERA, M. A. (coords.), *Constitucionalismo crítico: Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Valencia: Tirant lo Blanch, vol. 1, 2016, pp. 627-689.

⁵⁶¹ MORENO GONZÁLEZ, G., “El proceso constituyente portugués (1974-1976): hacia una constitución viciada desde su origen”, *Diálogo de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, nº 47, 2017, pp. 103-122.

⁵⁶² NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “¿Constitución o Ley Fundamental? Acerca de la Constitución portuguesa de 1976”, op. cit., pp. 615-638.

recortes acordados en el MoU para el cumplimiento de sus estipulaciones y que fue aprobado por el Consejo (Decisión 2011/344/UE). Lo primero que hace la sentencia, por tanto, es dilucidar hasta qué punto lo impugnado en la Ley de Presupuestos es consecuencia de la traslación de las obligaciones del MoU, analizando en ese sentido la naturaleza jurídica de éste. El Tribunal portugués llega a la conclusión de que el MoU, al incardinarse dentro del derecho internacional y al haber Portugal asumido el compromiso a través de su participación en el proceso de integración (FJ. 2º), tiene una naturaleza vinculante, predicable del art. 2.1 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.⁵⁶³ Una naturaleza jurídicamente vinculante que ya había sido defendida por parte de la propia doctrina portuguesa, de forma destacada por Correia Baptista.⁵⁶⁴

A pesar de esa vinculatoriedad, el Tribunal analiza la Ley de Presupuestos de acuerdo con el parámetro de constitucionalidad al que ha de someterse, es decir, el del cumplimiento de las disposiciones de la propia Constitución portuguesa. Y aquí encuentra, sin necesidad de argumentaciones muy sofisticadas, que parte de los recortes son abiertamente inconstitucionales por atentar, entre otros principios, contra el de igualdad. El Tribunal aduce que los recortes encomendados por el MoU son, en este sentido, excesivamente concentrados en determinados sectores (funcionarios y pensionistas) y que la carga del “sacrificio” no es equitativa, declarando inconstitucional esas disposiciones de la Ley de Presupuestos pero, al mismo tiempo, sustrayendo toda eficacia a dicha declaración de inconstitucionalidad (¡!). Y es que la Constitución portuguesa, en su art. 282.4, recoge la posibilidad de que por razones de seguridad jurídica, interés público o equidad el Tribunal Constitucional, de forma fundamentada, pueda “fijar los efectos de la inconstitucionalidad o ilegalidad”, permitiendo así la existencia de declaraciones meramente formales de inconstitucionalidad sin efecto material alguno, y menos aún retroactivo.

Ante esta situación, varios pensionistas portugueses acudieron al TEDH por entender vulnerado su derecho a la propiedad privada con tales recortes, denegando el fondo del asunto el alto tribunal (STEDH de 8 de octubre de 2013) por venir establecidos

⁵⁶³ CISSOTA, R., y GALLO, D., “The Portuguese Constitutional Court Case Law on Austerity Measures: a Reappraisal”, Working Paper, *Luiss Academy*, nº4, 2014, p. 5.

⁵⁶⁴ Para CORREIA BAPTISTA, E., son acuerdos jurídicamente vinculantes, no políticos. “Natureza jurídica dos Memorandos com o FMI e com União Europeia”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71 vol. II, 2011.

en una ley, ser proporcionales y limitados en el tiempo, y buscar un interés público o general (la sostenibilidad financiera).

En el mismo año de 2013 en el que Estrasburgo dictaminó, no obstante, el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de volver a pronunciarse sobre la Ley de Presupuestos para ese año (Sentencia 187/2013, de 5 de abril), declarando también en esta ocasión varios recortes inconstitucionales, como la suspensión de la paga extra a los funcionarios y jubilados, pero haciendo efectiva dicha decisión sin acogerse al 282.4. Y es que, de acuerdo con la propia argumentación del Tribunal y con el análisis que ha realizado Ponce Solé,⁵⁶⁵ parece desprenderse la idea de que el legislador tiene cada vez menos margen discrecional en la aplicación de recortes conforme va transcurriendo el tiempo desde la firma de los MoU y el inicio de la crisis económica. El Constitucional portugués intenta así controlar cierta temporalidad de las medidas aplicando sobre ellas el principio de igual proporcionalidad, que sólo puede ser modulado si dicha temporalidad está acotada.

En 2014, y ante la aplicación de otro paquete de recortes presupuestarios que afectaron sobre todo de nuevo a los funcionarios públicos y a los pensionistas, el TC portugués volvería a declarar inconstitucionales determinadas leyes que venían a implementar los acuerdos adoptados por la República en el marco de los programas de rescate, ahora protagonizados en exclusiva por el MEDE. Así, en las sentencias 574 y 575/2014, ambas de 14 de agosto, el Tribunal establece que, aun cuando las medidas legislativas que anula sean consecuencia de dichos programas de rescate, los MoU aprobados en el marco de éstos siempre dejan un margen de actuación al legislador, pues nunca llegan a ser tan concretos como para determinar qué decisiones exactas de política económica se imponen. Es ese margen de discrecionalidad legislativa el que se va reduciendo paulatinamente cuando afecte a derechos sociales o al principio de igualdad, y es sobre dicho margen en el que el Tribunal proyecta las exigencias de constitucionalidad, no sobre los mandatos *per se* de los Memoranda. Además, y como recuerda en el FJ. 12 de la primera Sentencia, en todo caso se ha de respetar siempre la “identidad constitucional” del Estado, conectando así con la doctrina alemana y el antecedente letón en cuanto a la protección de los derechos fundamentales se refiere frente a las exigencias de ajuste presupuestario y disciplina fiscal. Los fundamentos de las

⁵⁶⁵ PONCE SOLÉ, J., “El estado social y democrático de derecho ante la austeridad y los recortes sociales: La jurisprudencia del tribunal constitucional portugués y su interés para el caso español”, *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 23, 2015.

declaraciones de inconstitucionalidad se vuelven a concentrar, además, en una interpretación extensiva que el Tribunal de Lisboa lleva a cabo de las categorías de igualdad y proporcionalidad (*igualdade proporcional*, las hace converger...), que ha sido tildada muy críticamente por algún autor luso, como Almeida Ribeiro, de activismo judicial impropio.⁵⁶⁶

3.2.3.-Desde Grecia

No es de extrañar que el país donde la asistencia financiera ha sido más intensa y, por tanto, también la condicionalidad pareja a ella, haya también protagonizado una cierta resistencia constitucional frente a las decisiones de los mecanismos y su implementación nacional. Grecia, el Estado que está, en buena medida, en el origen mismo de tales mecanismos y que impulsó la urgencia con la que tuvieron que diseñarse al inicio, se vio sometida desde abril de 2010 a una serie de programas de “rescate” que vinieron acompañados de fuertes recortes presupuestarios y de una contracción de sus servicios y prestaciones sociales quizá sin precedentes en la historia europea y que, hasta hoy mismo, proyectan sus consecuencias.⁵⁶⁷

La Constitución griega, de 1975, al igual que la portuguesa y la española, responde a lo que Huntington llamó la tercera ola de democratización y, al tiempo, al paradigma del Estado social, si bien en sus estertores teóricos y fácticos y con una debilidad añadida en lo que Adelantado denomina como “modelo social latino-mediterráneo”.⁵⁶⁸ Recoge así un catálogo de derechos sociales, si bien no excesivamente extenso ni detallado (arts. 21 a 24 de la Constitución griega), que gozan no obstante de la máxima protección constitucional. Y aunque Pottakis⁵⁶⁹ ha analizado con rigor la resistencia constitucional alrededor de los cambios institucionales introducidos por el Parlamento y el Gobierno helenos para flexibilizar la negociación de los sucesivos MoU con la Comisión

⁵⁶⁶ DE ALMEIDA RIBEIRO, G., “Judicial Activism Against Austerity in Portugal”, *Int. J. Const. L.*, nº 3, 2013. Disponible en <http://www.iconnectblog.com/2013/12/judicial-activism-against-austerity-in-portugal/>.

⁵⁶⁷ MATSAGANIS, “The Welfare State and the Crisis: The Case of Greece”, *Journal of European Social Policy*, vol. 21 nº 5, 2011. Sobre la jurisprudencia del Comité Social Europeo en torno a las medidas adoptadas por el Estado griego en el marco de los rescates y sucesivos MoU, puede verse GIOVANNI, G., “A jurisprudência do Comité Europeu de Direitos Sociais em tempos de crise económica: as decisões relativas à Grécia”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, nº 7, 2017, pp. 190-210.

⁵⁶⁸ J. ADELANTADO (ed.), *Cambios en el Estado de Bienestar*, Barcelona: Icaria/UAB, 2000, pp. 70-72.

⁵⁶⁹ POTTAKIS, A., op. cit.

Europea,⁵⁷⁰ nuestro interés aquí ha de residir en la decisiones de la justicia constitucional griega sobre la condicionalidad de los MoU que exigen la meta de la estabilidad presupuestaria y el conflicto de ésta con la garantía y efectividad de los derechos sociales.

La contundencia de los recortes y reformas estructurales, estudiados por Noguera Fernández desde la óptica del derecho constitucional,⁵⁷¹ llegó a su cénit en el periodo 2010-2012, donde la estricta condicionalidad impuesta por los mecanismos de rescate exigía reducir drásticamente el déficit público griego. Una de las medidas más relevantes fue la reforma del sistema de seguridad social, indicada por el MoU, y que incluyó numerosos recortes en las prestaciones que cubría. Sobre tal reforma el Consejo de Estado griego, que cumple funciones de jurisdicción constitucional, se pronunció en su sentencia 2287 de 10 de junio de 2015.⁵⁷² En ella la alta instancia griega reconoce que el Gobierno y el Parlamento tienen un amplio margen de discrecionalidad para dirigir la política económica del país y que ésta puede contemplar, si así se decide, reformas regresivas en el alcance de los derechos sociales en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado y reflejadas en los Memoranda. Reformas que son compatibles con la Constitución siempre que se trate de medidas excepcionales, no permanentes en el tiempo, dirigidas a solventar una coyuntura económica desfavorable y sean, sobre todo, proporcionales. Es decir, el Consejo de Estado exige a los poderes constituidos que aprueben medidas idóneas y basadas en estudios previos sobre la conveniencia, o no, de las reformas y su potencial impacto en el radio de protección de los derechos. El Consejo, no obstante, cree que el grueso de la reforma no vulnera el núcleo esencial de los derechos constitucionales de asistencia y seguridad social, bendiciendo con ello su constitucionalidad, a pesar de lo cual sí anula varios recortes en el monto de las pensiones al considerar que estos no fueron proporcionados y no respondieron, debido a su lejanía en el tiempo respecto a un MoU ya de por sí indeterminado, a la condicionalidad del mismo.

⁵⁷⁰ Sobre las sucesivas asistencias financieras a Grecia y su coordinación europea, SPANOU, C., “EU coordination in Greece: “Forced” Europeanization un the MoU?”, en RAGONE, S. (edit.), *Managing the Euro Crisis...*, op. cit., pp. 13-38.

⁵⁷¹ NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “Los nuevos instrumentos de gobernanza económica europea y sus consecuencias sobre los derechos sociales en Grecia (periodo 2009-2015)”, *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 24, 2015.

⁵⁷² RUIZ TARRÍAS, S., op. cit., pp. 171-175.

De este modo, los ejemplos portugués y griego ilustran las posibilidades de resistencia constitucional, *mínima*, respecto a los derechos fundamentales que los Tribunales Constitucionales de los Estados de la Unión pueden proyectar frente a la condicionalidad de los programas de asistencia financiera del MEDE; una condicionalidad que, recordemos, viene presidida en todo momento por la exigencia de consolidación fiscal, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y que, en el fondo, constituye el presupuesto habilitante para la existencia jurídica misma del Mecanismo y su posible adecuación al Derecho UE de acuerdo con Pringle y, como paradójicamente hemos visto, con el propio Tribunal Constitucional alemán. Las notas dominantes en esta *resistencia constitucional dogmática* vienen constituidas por la consideración de los Memoranda de Entendimiento como instrumentos de derecho internacional, que implican un compromiso desde el mismo por parte de los Estados pero que permiten al legislador, al tiempo, un margen de discrecionalidad lo suficientemente amplio como para poder operar sobre él desde el parámetro de constitucionalidad. Se descarta así el examen directo o indirecto de los MoU y su afectación, directa o indirecta también, a los derechos fundamentales, pero éstos pueden tener cierta virtualidad de resistencia pasiva si son vulnerados por el legislador en su contenido esencial o sobre la base de las interpretaciones extensivas que los propios Tribunales realicen. Como defenderemos en la tercera parte, la resistencia constitucional dogmática, tal y como se ha desarrollado en Europa siguiendo tales características, es completamente insuficiente para poder hacer frente a las consecuencias más lesivas de la estabilidad presupuestaria juridificada e institucionalizada en la Unión y, lo que venimos críticamente analizando, en un marco exterior a la misma y a sus limitaciones de naturaleza constitucional.

CAPÍTULO III. EL TECG: HUIDA CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONALIZACIÓN DEFINITIVA DE LA *GOLDEN RULE*

La leal recomendación “ajústate a los hechos” conlleva siempre, deslealmente embozado, el mensaje subliminal “doblégate al más fuerte”. La mera conveniencia del conocimiento de hecho de las fuerzas adversas taimadamente enfatizada e impuesta como un principio ético se convierte, sin más, en reconocimiento de derecho de la fuerza misma.

Rafael Sánchez Ferlosio
Prebósticas y abusiones

1.- Un nuevo Tratado intergubernamental: el abrazo a la estabilidad presupuestaria

La aparente inoperancia y poca ambición del PEC, unido a los deseos de algunos Estados liderados por Alemania de consolidar la estabilidad presupuestaria como axioma central e indisponible, estuvo a debate en el decisivo Consejo Europeo de Bruselas del 8 y 9 de diciembre de 2011, en medio del ciclo más intenso de la crisis financiera internacional. En dicho Consejo se acordó la oportunidad de celebrar un Tratado intergubernamental, fuera del marco de la UE y siguiendo el modelo Schengen-Prüm ya explicado más arriba, que consagrara la *golden rule* o regla de déficit cero o cercano a cero, en todos los Estados de manera vinculante y sólidamente anclada a sus ordenamientos.⁵⁷³

Este acuerdo de explorar la vía intergubernamental y extracomunitaria tuvo sus resultados y, tras las respectivas negociaciones, el así llamado Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG) fue firmado, sin mucha pompa, el 2 de marzo de 2012 por todos los Estados de la Unión excepto el Reino Unido y Chequia.⁵⁷⁴ El primero directamente no participó en las negociaciones (sí como observador) y el segundo, aun haciéndolo, se negó finalmente a firmar el Tratado. Hemos de tener en cuenta también la

⁵⁷³ El acuerdo puede consultarse en:

https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/126658.pdf

⁵⁷⁴ EDITORIAL, “Some thoughts concerning the Draft Treaty on a Reinforced Economic Union”, *Common Market Law Review*, vol 49, 2012, pp. 1-2.

especial posición que siempre reviste la República de Irlanda en cualquier modificación de los Tratados, siendo su caso paradigmático al necesitarse la aprobación popular vía referéndum (doctrina asentada en *Crotty vs. An Taoiseach* de 1987), lo cual era visto con pavor por parte de los líderes europeos, dados los antecedentes existentes en torno a la consulta a los *demoi* estatales sobre el proyecto comunitario. El único país, por tanto, cuyo sistema constitucional obligaba a la celebración de un referéndum popular tuvo que celebrar éste a finales de mayo de 2012, cuyo resultado fue positivo por una cómoda mayoría superior al 60% y quedando así el camino expedito para la incorporación de la República al Tratado, no la entrada en vigor de éste, que sólo necesitaba la ratificación de doce de los diecisiete países de la eurozona. Curioso, sin embargo, que siendo el único país que ha dotado de legitimidad directa a las disposiciones del TCEG, haya sido tan renuente a llevar a cabo la transposición de la previsión principal del mismo, como veremos más adelante.

En cuanto a la negociación del contenido del TCEG, ésta fue excepcionalmente rápida, como minuciosamente explican Tsebelis y Hahm,⁵⁷⁵ teniendo ya una semana después del Consejo Europeo mentado un borrador de tratado,⁵⁷⁶ y produciéndose el grueso de las negociaciones en enero y febrero de 2012, protagonizadas por tres representantes de cada Estado aunque con un claro predominio del eje franco-alemán.⁵⁷⁷ Estas negociaciones fueron además relativamente transparentes, pues en un hecho poco usual se pudo tener acceso casi instantáneamente al conjunto de borradores que se fueron alternando hasta el texto definitivo.

La urgencia con la que se llevaron a cabo las negociaciones y el contenido, trascendental, del nuevo Tratado, provocaron hasta seis grandes modificaciones a lo largo de esos dos meses, como bien ha analizado Kreilinger⁵⁷⁸ o, más cuantitativamente, los ya citados Tsebelis y Hahm. Las dudas y cambios introducidos nos dan buena cuenta, además, de la relevancia de la materia que se estaba dilucidando y de la apertura e indeterminación que rodea algunos de los preceptos más relevantes, como el art. 3.2 que

⁵⁷⁵ TSEBELIS, G., y HAHM, H., "Suspending vetoes: how the euro countries achieved unanimity in the fiscal compact", *Journal of European Public Policy*, vol. 21, nº10, 2014, pp. 1388-1411.

⁵⁷⁶ En este primer borrador, el Tratado se llamaba *International Agreement on a Reinforced Economic Union*.

⁵⁷⁷ TSEBELIS, G., y HAHM, H., op. cit., p. 1396.

⁵⁷⁸ KREILINGER, V., "The Making of a New Treaty: Six Rounds of Political Bargaining," *Notre Europe Policy Brief*, nº 32, 2012, pp. 1-6.

estudiaremos en detalle. Y es que la necesidad de llegar a un consenso y de adaptarse a las exigencias y necesidades de todos los Estados, con tradiciones constitucionales a veces tan dispares, suele alentar la ambigüedad y apertura interpretativa de los preceptos finalmente acordados. Asimismo, la ausencia del Parlamento Europeo y la nueva huida del procedimiento comunitario que implicaba el Tratado, hará que la Eurocámara se pronuncie de forma muy crítica desde el principio, percibiéndolo como un ataque más a la rendición de cuentas democrática y la idea misma de integración europea desde y por la Unión.⁵⁷⁹

En cuanto al contenido del TECG, hemos de destacar, en primer lugar, que éste se somete en su interpretación y cumplimiento a lo estipulado en los derechos originario y derivado de la UE de conformidad con el art. 4.3 TUE, siendo de aplicación en la medida en que lo permita la propia Unión (art. 2 TECG).⁵⁸⁰ Situación de subordinación que nos recuerda a la del MEDE en Pringle o la ya mentada de Prüm (art. 1.2), pero que es en este caso mucho más explícita, directa y ambiciosa. La relación con el Derecho UE se complementa con otras dos previsiones finales, a saber: que está abierto continuamente a su firma por el resto de Estados de la Unión que no lo hayan hecho (art. 15 TECG) y que, en un plazo máximo de cinco años (art. 16 TECG) a partir de su entrada en vigor, fijada para el 1 de enero de 2013, las disposiciones del TECG se deberán incorporar al acervo de la Unión Europea (es decir, antes del 1 de enero de 2018) de acuerdo con lo estipulado en sus Tratados (*sunset clause*). Por tanto, la salida que se produce ahora del marco de la Unión tiene un pretendido efecto boomerang respecto de dicho marco, pues aun alejándose del mismo no deja de mirarlo y querer regresar a él, algo que no sucede con el MEDE.

Una de las dos claves del TECG, en verdad no muy extenso, reside en el llamado “Pacto fiscal” (*Fiscal Compact*) del artículo 3.1, donde se establece que “la situación presupuestaria de las administraciones públicas de cada Parte Contratante será de equilibrio o superávit”. Acto seguido, en su apartado b), el artículo aclara qué se entiende por tal situación, indicando que se llegará a la misma cuando “el saldo estructural anual de las administraciones públicas alcance el objetivo nacional específico a medio plazo,

⁵⁷⁹ *European Parliament Resolution of 18 January 2012 on the European Council of 8–9 December 2011 (2011/2546 (RSP); y POP, V., “Parliament Worried New Treaty Divides Europe,” EU Observer, n° 18, 2012.*

⁵⁸⁰ Analizado, con el proceso de negociación del Tratado que configuró dicha disposición, por PEERS, S., “The Stability Treaty: Permanent Austerity or Gesture Politics?”, *European Constitutional Law Review*, vol. 8, n° 3, 2012, pp. 409-411.

definido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, con un límite inferior de déficit estructural del 0,5% del producto interior bruto a precios de mercado”. Es decir, se mandata nuevamente a los Estados, ya de por sí vinculados al PEC y a los objetivos a medio plazo que en su seno se establecen, a que acaten éste y las indicaciones emanadas de sus mecanismos preventivos y correctores, al tiempo que se establece un límite de déficit, en todo caso, de un 0,5% del PIB, siguiendo la estela del *six pack* y endureciendo así el parámetro estipulado en el Protocolo nº 12. A su vez, se faculta a la Comisión para que sea la que supervise e imponga los calendarios de convergencia con dicho objetivo, que podrán ser revisados en el medio plazo de acuerdo con los “riesgos específicos para la sostenibilidad de cada país”.

Ese límite, llamado como vimos por la doctrina norteamericana como “regla de oro” o *golden rule*⁵⁸¹, y que nunca es del todo identificable con un déficit estrictamente nulo, sólo puede ser evadido de acuerdo con las previsiones del Tratado en dos bloques de supuestos. En primer lugar, y como indica el art. 3.1 d), cuando “la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto a precios de mercado esté muy por debajo del 60% y los riesgos para la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas sean bajos”, el límite de déficit estructural podrá elevarse hasta el 1%. Se trataría, con ello, de premiar a los Estados cuya disciplina presupuestaria haya sido seguida a rajatabla y tengan, en consonancia, ratios de deuda pública inferiores a lo estipulado por el propio PEC. En segundo lugar, cuando concurren en el Estado parte del TCEG “circunstancias excepcionales”, siguiendo el concepto que el art. 3.3. b) intenta desarrollar con no mucho éxito y que reproduce las indeterminaciones del propio derecho originario comunitario y su desarrollo (PEC revisado).⁵⁸² En efecto, se entiende por tal excepcionalidad todo “acontecimiento inusual” que quede fuera de control del Estado y tenga una gran incidencia en “la situación financiera de las administraciones públicas”. Asimismo, una grave recesión económica también podría habilitar el descuelgue de la *golden rule*, siempre, eso sí (“aclara” nuevamente el TCEG) que ello “no ponga en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo”. Como veremos posteriormente, la apertura y ambigüedad de tales conceptos puede comportar más de un conflicto jurídico, tal y como ya ocurre en la experiencia estadounidense analizada y que nos servirá de referencia comparativa.

⁵⁸¹ Así es denominada, de hecho, por el propio TCEG en el Considerando 3 del Preámbulo.

⁵⁸² PEERS, S., “The Stability Treaty: Permanent Austerity or Gesture Politics?”, op. cit., p. 412.

Los límites al déficit ya estaban recogidos en el PEC, por lo que, ¿cuál es la segunda gran clave del nuevo Tratado y su innovación más relevante? Sin duda, la previsión que incorpora el TCEG en el art. 3.2, y por la que quizá sea más conocido entre la doctrina y el gran público.⁵⁸³ Nos referimos al mandato que, contra toda lógica del sistema de fuentes, establece la obligación para las Partes Contratantes de incorporar a su derecho nacional, a más tardar en el año siguiente a la fecha de entrada en vigor del TCEG (1 de enero de 2014), la regla de estabilidad presupuestaria del apartado 1 (es decir, el límite del 0,5% para el déficit estructural), y hacerlo no meramente en sus ordenamientos jurídicos internos (a modo de transposición), sino al máximo nivel posible, es decir, *preferentemente* en el constitucional. “Mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales”, es exactamente la expresión, y la frase, que se utiliza. Aunque luego abordaremos el impacto de tamaña novedad “constitucional” con más detenimiento, valga ahora recordar que dicha previsión no es un canto al viento, pues el artículo 8 “invita” (*sic*) a la Comisión a presentar un informe sobre su cumplimiento que, caso de ser inexistente, puede dar lugar a la intervención del TJUE y a la imposición, consecuente, de severas multas si, tras el plazo impuesto al Estado por el propio Tribunal, aquél no ha cumplido con su deber de transposición y así ha sido denunciado por algún Estado parte (art. 8.2). En esta última activación del TJUE por parte de los Estados se sigue así la nota general introducida por Maastricht de supervisión de los cumplimientos mutuos entre los Estados de acuerdo con el art. 260.2 TFUE.

Continuando con el somero recorrido que estamos realizando del TCEG, sus artículos 4 a 7 son, por su parte, referencias al PEC revisado, algunas de las cuales, a nuestro juicio, no tienen mucho sentido. Es como si el Tratado quisiera, recordando los reglamentos del PEC que ya hemos analizado, reforzar o duplicar su fuerza vinculante. No obstante esta redundancia generalizada, el TCEG sí incorpora una novedad de carácter trascendental en su artículo 7. En él se establece que los Estados parte cuya moneda es el euro se comprometerán (*sic*) a apoyar las propuestas realizadas por la Comisión Europea sobre Estados de la Eurozona para iniciar el Procedimiento de Déficit Excesivo (PDE),

⁵⁸³ Un sucinto análisis, por todos, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El nuevo Tratado de Estabilidad...”, op. cit., pp. 408-411.

obligación que decae cuando haya una mayoría cualificada inversa (en contra) de tal recomendación. Es decir, sin volver a modificar los procedimientos del PEC, se instaura *de iure*, fuera del Pacto y del marco UE, la regla de la mayoría inversa sobre la base de un compromiso de derecho internacional que afecta a las votaciones en el seno del Consejo de la Unión. Como dice Gostyńska en su pormenorizado análisis de las nuevas previsiones del Tratado, los Estados parte intentan así circunvalar y evadir los procedimientos de votación establecidos en el art. 126.13 TFUE.⁵⁸⁴ Sin duda la intención es clara y hasta loable en la lógica interna del PEC, a saber: blindar en lo posible las decisiones seminales de la Comisión, acercándose a cierto automatismo difícil de sortear e intentando evitar la situación de 2005 en la que el Consejo no continuó el procedimiento abierto contra Francia y Alemania. Empero, ello constituye un nuevo artilugio jurídico que viene a complicar aún más el proceloso esquema de la gobernanza económica de la UE y a ahondar en los procesos simultáneos y solapados de huida que está sufriendo.

En cuanto a las novedades orgánicas, es decir, aquellas que afectan a la organización institucional de los Estados o de la Unión, el Tratado incorpora dos novedades de diferente impacto y naturaleza. En primer lugar, la necesidad de que los Estados establezcan un mecanismo corrector automático que ha de activarse cuando detecten desviaciones de los objetivos de estabilidad presupuestaria, algo que analizaremos más detenidamente después. En segundo lugar, y de cara a la propia arquitectura europea (que no, estrictamente de la UE), se consagra jurídicamente la llamada “Cumbre del Euro”, la reunión de Jefes de Estado o de Gobierno de la zona euro (un Consejo Europeo reducido), que deberá celebrarse como mínimo dos veces al año o cuando sea necesario (art. 12). Aunque esta previsión no es muy relevante de cara a la estabilidad presupuestaria, y ni mucho menos equiparable a la necesidad de transponer un mecanismo corrector, viene a completar eso sí la modificación orgánica que se establece desde el TCEG, que no sólo afectará a los Estados miembros sino al propio marco comunitario en la medida en que, de facto, se está creando una nueva Institución de la Unión Europea...pero desde su exterior.

⁵⁸⁴ GOSTYŃSKA, A., “The Fiscal Compact and European Union Economic Governance: An Institutional and Legal Assessment,” *op. cit.*, p. 39.

2.- La nueva huida del marco constitucional de la UE

Pero, ¿por qué adoptar nuevamente un Tratado ajeno al derecho UE? ¿Existían otras posibilidades para avanzar en el objetivo de estabilidad presupuestaria? Antes de iniciar las negociaciones, y ante los planteamientos del Consejo Europeo, su Presidente, el belga van Rompuy, aconsejó por el contrario, sin mucho éxito, que los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión siguieran el procedimiento previsto en el art. 126.14 TFUE que permitía avanzar en la integración económica dentro del marco de la Unión. En efecto, esta cláusula incorpora la novedad, tras el rediseño del Tratado de Lisboa, de que el Consejo por *unanimidad* pueda sustituir el Protocolo nº 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo (PDE), pudiendo con ello ahondar en la disciplina presupuestaria y en los mecanismos de su salvaguarda. Ahora bien, la negativa del Reino Unido y la posible de otros países del grupo de Visegrado, como Chequia, fue el argumento principal aducido por el Consejo Europeo para no seguir la recomendación de su Presidente.⁵⁸⁵ Al margen de tal recomendación, sin embargo, el derecho originario ofrecía otras tres posibilidades para poder perseguir desde el interior de la UE los objetivos de estabilidad planteados, pero que fueron descartadas aduciendo causas similares a la anterior.⁵⁸⁶

En primer lugar, el art. 352 TFUE establece la llamada cláusula de imprevisión, ya mentada más arriba, que permite que, mediante unanimidad del Consejo y aprobación del Parlamento Europeo, puedan aumentarse competencias de la UE. Aquí de nuevo, tanto la necesidad de una unanimidad que no iba a conseguirse como el plus de exigencia debido a la participación del PE, hacía muy difícil el recurso a tal vía⁵⁸⁷. En segundo lugar, la posibilidad de reforma simplificada de los Tratados *ex art.* 48.6 TUE, como ocurrió *ex post* con el MEDE, seguía manteniendo el problema del requisito de la unanimidad del Consejo más un límite jurídico difícilmente evadible. Y es que para poder reformar los Tratados por tal cauce no pueden aumentarse las competencias de la Unión atribuidas por el propio derecho originario, como sucintamente apuntamos en torno a la sentencia Pringle en cuanto a la posibilidad de que el MEDE afectara a la política

⁵⁸⁵ Para un acercamiento exhaustivo a la posición sostenida por el Reino Unido durante el Consejo Europeo de 8 y 9 de diciembre de 2011, resulta particularmente informativo el trabajo de su propio Parlamento, *The Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union: political Issues*, Research Paper 12/24, Londres: House of Commons, 2012.

⁵⁸⁶ Así lo analiza MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El nuevo Tratado de Estabilidad...”, *op. cit.*, pp. 403-408.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, 423

monetaria o a las competencias de la UEM. La evidencia de que aquí las competencias de la UE en materia presupuestaria iban a ser afectadas es tan grande que, no en vano y por ejemplo, España seguiría el artículo 93 de su Constitución, que es el que habilita las atribuciones de competencias, mediante ley orgánica, derivadas del propio texto constitucional. Por el contrario, la reforma del 136 TFUE que validaría el MEDE sería simplemente autorizada por el Congreso de los Diputados en virtud del artículo 94 CE, es decir, sin entenderse que mediaba una atribución de nuevas competencias soberanas a la UE.⁵⁸⁸

En tercer, último y destacado lugar, existía la posibilidad de activar una cooperación reforzada de acuerdo con las previsiones, y los límites, del art. 20 TUE (Título IV) y de los arts. 326-334 TFUE. Así, se conseguiría aumentar la disciplina presupuestaria para un grupo de Estados que quisieran avanzar más decididamente en un objetivo de la Unión (la UEM), sin menoscabar el procedimiento comunitario ni salirse del propio marco de la *sui generis* organización y logrando, al tiempo, esquivar el obstáculo de la unanimidad y de la esperable oposición inglesa, pues esta quedaría directamente fuera. ¿Pero por qué esta opción, a primera vista tan razonable, apenas siquiera se vislumbró? Aquí no podemos seguir a Martín y Pérez de Nanclares⁵⁸⁹, quien rápidamente zanja la posibilidad jurídica de tal procedimiento basándose, entre otros razonamientos y como argumento de autoridad, en un artículo de periódico.⁵⁹⁰ Es verdad que las cooperaciones reforzadas quedan vedadas para utilizarse en el ámbito de las competencias exclusivas de la UE y que no pueden perjudicar al mercado interior, pero, si atendemos a los argumentos de Pringle, ¿las disposiciones del TCEG serían materia de política monetaria en tanto esta sería la supuesta competencia exclusiva de la UE afectada? Ya vimos cómo el TJUE ha utilizado un criterio flexible para definir qué es y qué no es tal materia, permitiendo que un mecanismo permanente y ajeno a la UE influya directamente en determinadas políticas presupuestarias de los Estados miembros. Pérez de Nanclares parece extender, sin embargo, lo monetario a lo presupuestario y fiscal, y aunque es indudable que estos dos últimos ámbitos terminan afectando a lo primero, lo es también que ninguna competencia es estanca y que la articulación jurídica de una mayor disciplina presupuestaria no impacta en el núcleo de lo monetario. De lo contrario

⁵⁸⁸ Dictamen del Consejo de Estado 1565/2011, de 13 de octubre de 2011.

⁵⁸⁹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El nuevo Tratado de Estabilidad...”, op. cit., pp. 424-425

⁵⁹⁰ Artículo de Manuel Marín y Mariola Urrea: “Una aclaración necesaria”, publicado el 29 de noviembre de 2011: https://elpais.com/diario/2011/11/29/opinion/1322521211_850215.html

tendríamos, además, que considerar toda coordinación de las políticas fiscales y presupuestarias como derivados de la política monetaria, petrificando como competencia exclusiva de la Unión a la totalidad del marco proyectado por la UEM. No sabemos tampoco cómo las previsiones del futuro Tratado podrían perjudicar al mercado interior, cuando es precisamente la estabilidad presupuestaria, y de acuerdo con el argumentario seguido por sus defensores, la que mejor garantiza en última instancia el correcto funcionamiento de la UEM y evita, con ello, excesivos desequilibrios macroeconómicos que redunden negativamente en el mercado común. El citado autor, además, se encuentra con una contradicción propia, y es que justo después de negar la cooperación reforzada como posibilidad alternativa para aprobar el TCEG, admite que aquella sí podría darse para avanzar en los objetivos de éste, tal y como recoge el artículo 10 del propio Tratado.⁵⁹¹ En efecto, se establece en él lo siguiente:

De conformidad con las disposiciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea, las Partes Contratantes se declaran dispuestas a hacer un uso activo, cuando proceda y sea necesario, de medidas específicas para los Estados miembros cuya moneda es el euro, a tenor del artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como de la cooperación reforzada, a tenor del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 326 a 334 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en cuestiones que sean esenciales para el correcto funcionamiento de la zona del euro, sin perjudicar al mercado interior.

¿Por qué entonces sí se puede *ex post*, una vez aprobado el TCEG, y no *ex ante*, para aprobarlo?

La causa finalmente de la superación del marco comunitario y del rechazo a la posibilidad de una cooperación reforzada o a explorar vías internas en la UE, hemos de encontrarla en la voluntad consciente de los Estados por huir de la Unión y de su sistema institucional de pesos y contrapesos y, sobre todo, del control democrático ejercido por el Parlamento Europeo.⁵⁹² Siguiendo las palabras de Dimopoulos, “la introducción del *Fiscal Compact* no puede ser racionalmente justificada por la necesidad de nuevas reglas sobre las cuales la Unión Europea no tuviese competencias”.⁵⁹³ Se blandió una imposibilidad política debido a la falta de compromiso del Reino Unido, y una

⁵⁹¹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El nuevo Tratado de Estabilidad...”, op. cit., p. 425.

⁵⁹² ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp. 60-62.

⁵⁹³ DIMOPOULOS, A., op. cit., en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp. 61.

imposibilidad jurídica como consecuencia de la aparente inadecuación de la cooperación reforzada, sí, pero el motivo último que parece subyacer al rechazo de ésta no es tan jurídico como político, no responde tanto a un imperativo del derecho originario como a una voluntad velada de huir, siquiera temporalmente, del marco constitucional de la Unión. El mismo objetivo y el mismo planteamiento que subyace a la peculiar existencia del MEDE, lo que nos lleva a hablar de sus semejanzas y diferencias.

Recordemos que en marzo de 2012 se firmó el TECG recién analizado, y en noviembre del mismo año el TJUE se pronunciaba sobre la legalidad de la reforma expres del art. 135 TFUE y de la existencia, paralela y ajena al marco UE, del MEDE. La decisión de cómo crear éste fuera de la Unión vino inmediatamente sucedida por la de impulsar también un Tratado ajeno a la misma que consagrara jurídicamente la *golden rule*. Y aunque ambos son tratados intergubernamentales, los dos no tienen el mismo alcance: mientras el del MEDE crea una verdadera organización internacional diferenciada y con personalidad jurídica propia, el TECG se limita a crear una serie de obligaciones jurídico-internacionales para las Partes. Ello no es baladí,⁵⁹⁴ puesto que el hecho de que el MEDE sea en sí mismo un conjunto de reglas y procedimientos de decisión diferenciados, le permite ahondar aún más en el alejamiento del derecho comunitario, incluido el sistema de voto, como hemos visto y como el TCA o el Tribunal Constitucional de Estonia tuvieron la oportunidad de examinar.

Ambos Tratados, asimismo, mantienen el doble juego con la UE de, por un lado, rechazar ser parte de su marco pero, por otro, aprovecharse del marco institucional que el mismo brinda. Tanto el Tratado MEDE como el TECG encomiendan funciones a instituciones comunitarias tan centrales como la Comisión, el Consejo o el TJUE, a pesar de existir ambos fuera de la órbita de la Unión. Ese doble juego se manifiesta también en la interdependencia con el Derecho comunitario y las políticas económico-presupuestarias que éste consagra, pues tanto el MEDE como el TECG responden a la lógica de la estabilidad presupuestaria, ya sea desde la estricta condicionalidad de los programas de asistencia financiera del primero como de los objetivos de déficit y sostenibilidad que impone el segundo.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, pp. 44-46; BARDUTZKY, S., y FAHEY, E., “Who Got to Adjudicate the EU’s Financial Crisis and Why? Judicial Review of the Legal Instruments of the Eurozone”, op. cit., en *ibid.*, pp. 345-347.

Con éste nos encontramos, pues, con una nueva huida respecto del marco de la Unión Europea protagonizada por los Estados miembros, que revitalizan con ello la intergubernamentalidad que Maastricht, Ámsterdam o Lisboa habían intentado dejar atrás o, cuanto menos, vehicular jurídicamente a través del refuerzo del método comunitario en el que la codecisión legislativa es esencial. El modelo que se sigue ahora es el del SME, el de Schengen-Prüm y el MEDE para avanzar, o al menos ese es el objetivo que rimbombantemente se dice perseguir desde el preámbulo del Tratado, en el proceso de construcción europea. Pero para ello, no obstante, los Estados han pretendido (y hasta ahora, más o menos conseguido) evadir el alto grado de institucionalización y garantías que la Unión había conseguido tras la elevación jurídica de la CDFUE, el reforzamiento del papel otorgado por los Tratados al Parlamento o la democratización de instituciones como la Comisión. La pregunta que debemos hacernos es si esta evasión es conscientemente deseada o si responde, por el contrario, a la salvaguarda de intereses pretendidamente superiores cuya consecución se impediría si se respetara el marco comunitario preestablecido.

En este sentido nos vamos a valer del ejemplo ilustrativo del caso francés con el objetivo de dilucidar, en la medida de lo posible, la verdadera virtualidad que para los Estados tiene la elección de una fórmula de derecho internacional *extra* UE. Como oportuna y tempranamente apuntó en su momento Baudu⁵⁹⁵, el impulso que el gobierno de Sarkozy dio a la idea de que se firmara el TECG fuera del marco comunitario, tan bien respaldada luego por Alemania, se debió en gran medida a la imposibilidad de llevar a cabo una reforma constitucional interna que consagrara con eficacia la estabilidad presupuestaria. Y es que el rechazo que ésta ha(bía) despertado siempre en el país galo, unido a la insuficiencia de la mayoría parlamentaria del propio partido de Sarkozy sin la cual la reforma constitucional no era posible, produjeron únicamente una tímida modificación de la Carta Magna que, a pesar de revestir una alta dosis de innovación jurídica, era desde el inicio palmariamente insuficiente.

En efecto, en julio de 2008 se había conseguido reformar el artículo 34 de la Constitución francesa para incorporar un intento de que los presupuestos fuesen pensados y aprobados teniendo en cuenta un margen temporal más amplio que superara la anualidad tradicional y que fuesen, a su vez, programados en unas leyes específicas presididas por

⁵⁹⁵ BAUDU, A., “La regla de oro de las finanzas públicas: ¿una tragicomedia a la francesa?”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 38, 2009, pp. 177-200.

el principio de equilibrio.⁵⁹⁶ Así, se establecía que “las orientaciones plurianuales de las finanzas públicas se definen por las leyes programáticas. Éstas se inscriben en el objetivo de equilibrio de las cuentas de las Administraciones públicas”. Las leyes programáticas no existían en el constitucionalismo francés, por lo que son una innovación cuya normatividad es además dudosa y, por ende, la propia normatividad del equilibrio presupuestario que se pretende.

Pues bien, esta falta de contundencia y normatividad desde el nivel constitucional era una de las causas por las que el gobierno Sarkozy intentó realizar una nueva reforma que sin ambages recogiera como mandato vinculante el principio de estabilidad presupuestaria.⁵⁹⁷ Como afirman Arroyo Gil y Giménez Sánchez,⁵⁹⁸ este proyecto de reforma constitucional establecía una remisión directa en la materia al derecho UE (al *six pack* ya) así como la posibilidad, explícita, de que el Consejo de Estado (que ejerce la jurisdicción constitucional en Francia) controlara los presupuestos bajo el nuevo parámetro de la *golden rule* y de sus valores referenciados en la Unión.

Al no contar con el consenso necesario para llevarla a cabo, sin embargo, el Presidente se limitó a aprobar una Ley de estabilidad presupuestaria en julio de 2011 que, siguiendo la estela de la reforma de 2008 que pretendía reforzar, no añade apenas vinculatoriedad sobre los presupuestos anuales, más allá de previsiones en torno a la necesidad de realizar programaciones plurianuales, vagos objetivos sobre estabilidad presupuestaria a largo plazo y la exigencia, eso sí, de equilibrio presupuestario para los ayuntamientos (que no tienen capacidad legislativa) en sus gastos ordinarios. Algo que ilustra a la perfección la ausencia de verdadera vinculatoriedad cuando el mandato de estabilidad presupuestaria está garantizado al mismo nivel jurídico que las leyes anuales de presupuestos, pues éstas pueden sortear aquél aunque sea por el principio cronológico general de *lex posterior*.

Es en este contexto en el que el Presidente de la República impulsa en el seno del Consejo Europeo, como decimos, el futuro mandato de transposición del TCEG, lo que

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 191; y PIERRE-CAPS, S., “La revisión constitucional francesa de 2008 o el cambio de la continuidad”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 29, 2012, pp. 91-130.

⁵⁹⁷ Sobre el debate y el contexto jurídico-político del momento, RUÍZ RUÍZ, J. J., y SÁNCHEZ NAVARRO, A., “El debate sobre la consagración de la estabilidad presupuestaria en Francia”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 29, 2012, pp. 219-236.

⁵⁹⁸ ARROYO GIL, A. y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., “La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia”, *Revista española de derecho constitucional*, nº 98, 2013, pp. 175-181.

nos lleva a preguntarnos si lo que estaba pretendiendo aquél no era más que circunvalar la Constitución francesa, huyendo de su marco jurídico para, desde afuera y desde un afuera mismo de la UE, conseguir el objetivo que mediante los procedimientos constitucionales previstos no podía alcanzar, y más teniendo en cuenta que el mandato final del TCEG será mucho más estricto y vinculante que lo recogido en la tímida reforma del 2008 o en la Ley de 2011.⁵⁹⁹ El derecho internacional sirve así de parapeto jurídico para intentar constitucionalizar un principio que, de acuerdo a los procedimientos de reforma y a la necesidad política de mayorías determinadas que los respaldasen, no conseguía ser juridificado en el nivel interno. Una utilización del derecho internacional con un objetivo claro de pretender sortear la propia pirámide normativa y la supremacía de la Constitución, aun la material, sobre el que tendremos oportunidad de reflexionar detenidamente cuando establezcamos, y analicemos, las características de la nueva *constitución (económica) neoliberal europea*. Una huida que recibe ciertas visiones positivas por parte de algunos autores⁶⁰⁰, pero que aquí no compartimos.

Al tiempo, hemos de tener presente que una de las virtualidades de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria impulsada desde un Tratado *extra* UE, es la de blindar dicho principio ante decisiones de los tribunales constitucionales que puedan atacarlo si sólo está residenciado en los Tratados, ya sean los de derecho originario o el TCEG y el Tratado MEDE. Como indica Lina Papadopoulou,⁶⁰¹ la que aquí denominamos como resistencia comunitaria y constitucional quedaría prácticamente invalidada como consecuencia de la posible institucionalización del mandato que, aunque flexible, acoge el Tratado.

Si hacemos una breve recapitulación podemos aumentar la intensidad, y la conciencia, del cambio de paradigma que constituyen tratados como el MEDE o el TCEG. Y es que, a través de la peculiar utilización del derecho internacional aquí descrita la huida no sólo sería de la Unión Europea, su estructura y las garantías asociadas a su gradual institucionalización con efectos constitucionales, sino también del propio marco

⁵⁹⁹ Algo que apunta, nuevamente, BAUDU, A., “La regla de oro de las finanzas públicas: ¿una tragicomedia a la francesa?”, op. cit., pp. 178-181.

⁶⁰⁰ MERINO DE GREGORIO, A., “Legal developments in the Economic and Monetary Union during the debt crisis: the mechanisms of financial assistance”, *Common market law review*, vol. 49, nº 5, 2012, pp. 1613-1645, sobre todo en p. 1636.

⁶⁰¹ PAPADOPOULOU, L., “Can Constitutional Rules, Even if “Golden”, Tame Greek Public Debt?”, en ADAMS, M., FABBRINI, F., y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp. 233-234.

constitucional estatal, al que se intentaría rebasar a través del establecimiento de un mandato sobre la reforma del mismo; mandato, recordemos, que no estaría situado en el sistema constitucional sobre el que recae, sino en un tratado de derecho internacional para cuya aprobación se han necesitado mayorías diferentes, y menores, de las constitucionalmente exigidas para las reformas de los textos fundamentales. Un compromiso internacional que constituye el cénit de una huida que ya podemos denominar como doble y que, como ha sido calificada por Kocharov, podemos también etiquetar como un verdadero “monstruo jurídico”.⁶⁰² Por el contrario, si se intenta objetar que el compromiso internacional recogido en el TCEG no fuerza el marco ni los mecanismos constitucionales, hemos de recalcar que la disposición del art. 3.2 TCEG no es un canto al viento ni se mueve en el ámbito del derecho simbólico o programático, puesto que el propio Tratado establece mecanismos coercitivos para su cumplimiento. Otra cosa es que la interpretación posterior de la Comisión y la falta de voluntad política los haya atenuado, pero ello ya pertenece a la esfera de lo fáctico. En la de lo jurídico, no obstante, tales mecanismos siguen existiendo y teniendo validez de acuerdo con el derecho de los tratados.

3.-La constitucionalización europea de la *golden rule* antes y después del TCEG

Como analizamos en la primera parte de esta tesis, el liberalismo clásico europeo no se preocupó por diseñar el marco constitucional para hacerlo funcional a la garantía de la estabilidad presupuestaria. El desdén liberal para con el Estado y su consciente tratamiento apriorístico desde la Constitución hizo que en ella no se viera la sede adecuada desde la que proyectar tal principio, el cual tampoco revestía un interés extraordinario de salvaguarda por cuanto, recordemos, el Estado decimonónico aún no había consolidado la espiral expansionista de su Administración y de los recursos a ella inherente. La excepción estadounidense, donde la estabilidad presupuestaria se fue consagrando paulatinamente en la totalidad de las constituciones estatales, se debió, como vimos, a coyunturas precisas y circunscritas a la propia realidad norteamericana en la que

⁶⁰² El autor hace una lectura muy negativa de la huida, que compartimos en gran medida: KOCHAROV, A., “Another Legal Monster? An EUI Debate on the Fiscal Compact Treaty”, *European Union Institute*, Working paper n° 9, 2012, pp. 3-5.

la disparidad de regulaciones, el pragmatismo y la ausencia de una teorización homogénea fueron notas dominantes hasta los años 70 y el desembarco de la Economía constitucional.

En Europa, las doctrinas del liberalismo económico, aunque se centraran en ocasiones en la necesidad de que los presupuestos fueran gestionados como un “buen padre de familia” y no incurrieran en déficits abusivos, no llegaron nunca al punto de pretender utilizar la Constitución para su consecución jurídica. La Constitución misma, al contrario del caso estadounidense, no revestía un carácter normativo y la naturaleza meramente político-programática impedía, al tiempo, que pudiera ser considerada como instrumento eficaz de conducción jurídica de la política económica. Una paradoja evidente en el primer constitucionalismo, pues como señala Della Cananea, los orígenes del mismo están estrechamente conectados con la necesidad de controlar las finanzas del Rey y su potestad tributaria.⁶⁰³

Es sintomática al respecto la previsión contenida en el artículo XIII de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, uno de los bautismos de fuego del liberalismo político, en el que se contiene la necesidad de que los tributos estén dirigidos únicamente al mantenimiento de los gastos ordinarios del Estado, por lo que, *a contrario sensu*, se ha de entender que no puede exigirse mayor tributación que la necesaria para que aquellos sean cubiertos. La estabilidad presupuestaria no aparece, y menos se dota de normatividad a la intención de cierto equilibrio contable que se pierde en la ambigüedad e indeterminación de la Declaración.⁶⁰⁴

No obstante esta ausencia en relación a Estados Unidos, no hemos de esperar a la llegada del TCEG de 2012 para encontrar el desembarco de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria en Europa. Fuera de la Unión y, por tanto, sin mandato alguno de la misma, dos fueron las grandes experiencias al respecto, la suiza y la polaca. Siguiendo, eso sí, la estela del Tratado de Ámsterdam y la adopción del PEC, en 1997 Polonia sería el primer país europeo en adoptar la estabilidad presupuestaria⁶⁰⁵ en su Constitución, país que posteriormente, en 2004, se adheriría a la Unión junto a casi todos los Estados de la Europa central. El artículo 216 de la Constitución de 1997, que venía a

⁶⁰³ DELLA CANANEA, G., *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna: El Mulino, 1996, pp. 10 y ss.

⁶⁰⁴ WALINE, C., “Un principe ancré dans l’histoire constitutionnelle et financière”, en BOUVIER, M., (coord.), *Constitution et équilibre des finances publiques, un débat d’avenir*, París: Colloque Fondafip, 2011.

⁶⁰⁵ GREEN, C., HOLMES, J. y KOWALSKI, T., “Poland: A Successful Transition to Budget Sustainability?”, *Emerging Markets Review*, vol. 2, 2001, pp. 160-182.

sustituir el remedio constitucional realizado tras la caída del régimen socialista, establecía que el Gobierno no podía incurrir en una deuda superior a los tres quintos del producto interior bruto, prohibiendo al Parlamento elevar la posibilidad de déficit (art. 220) y dándole casi toda la preeminencia presupuestaria al Gobierno (art. 221). Además, la Constitución incorporaba algunas novedades procedimentales respecto a la *balanced budget*, como la potestad que le otorgaba al Presidente de la República de llevar ante la Corte Constitucional la ley de presupuestos si ésta excedía la regla de estabilidad presupuestaria (art. 224).⁶⁰⁶ En 2011, asimismo, Polonia aprobaría un complemento a la regla de oro, la llamada *Belka's rule*, que impide el crecimiento presupuestario interanual por encima del 1% PIB.⁶⁰⁷ Esta previsión, no obstante, ya había sido propuesta en 2001 por el entonces Ministro de Finanzas y famoso economista Marek Belka, quien da nombre a la misma, y que tras haber trabajado para el FMI y el Banco Mundial, se convertiría en Primer Ministro de su país.

En cuanto a Suiza, que sigue sin pertenecer al club comunitario, la realidad constitucional de la estabilidad presupuestaria es mucho más compleja, debido tanto a su sistema federal como a su peculiar sistema democrático.⁶⁰⁸ De acuerdo con el análisis de Feld y Kirchgässner,⁶⁰⁹ la República Helvética tiene una experiencia parecida a la de los Estados Unidos en cuanto a la juridificación de la estabilidad presupuestaria, pues al igual que en aquellos, el país ya contaba con una amplia gama de instrumentos normativos para asegurar la *golden rule* en el nivel infrafederal, incluidos los institutos de democracia semidirecta como blindaje ante posibles elevaciones de gasto y en los que resuenan, por ende, los mecanismos de la Economía constitucional de Buchanan *et alii*. ya vistos. Pero a diferencia de los Estados Unidos, Suiza sí haría finalmente una reforma de su Constitución Federal, incorporando en tal nivel un freno al endeudamiento público en 2001 mediante, cómo no, un referéndum popular. La crisis de deuda de los años 90 había provocado una preocupación por el déficit en la ciudadanía suiza, que comenzó con ello

⁶⁰⁶ ANTOS, M., "Fiscal Stability Rules in Central European Constitutions", en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp. 213-214.

⁶⁰⁷ SCHAECHTER, *et alii*, "Fiscal rules in Response to the Crisis. Toward the Next Generation Rules", *IMF Working Paper*, julio, 2012.

⁶⁰⁸ GEROTTO, S., *Suiza: sobre cómo se gobiernan los suizos*, op. cit.

⁶⁰⁹ FELD, L. y KIRCHGÄSSNER, G., "On the Effectiveness of Debt Brakes: The Swiss Experience", *Center for Research in Economics*, nº 21, 2006.

a ver la necesidad de consagrar la estabilidad presupuestaria también en su plano más elevado⁶¹⁰.

Acercándonos a los Estados miembros, antes del TCEG y su mandato de constitucionalización “flexible”, varios países de la Unión ya habían llevado a cabo reformas sustantivas para establecer la estabilidad presupuestaria en sus normas fundamentales. Países que, además, no son secundarios o con poco peso sociopolítico y económico, puesto que Alemania, uno de ellos, es ella misma el motor económico del continente. A continuación analizaremos sucintamente, en consecuencia, los cambios constitucionales producidos en Alemania, España e Italia, con los que podremos ya vislumbrar la problemática de la transposición constitucional de la estabilidad presupuestaria que estudiaremos después.

En primer lugar, la reforma alemana de 2009 reviste singular importancia tanto por la centralidad misma del país en el contexto comunitario como por haber constituido, para el resto, un verdadero referente. Siguiendo el completo análisis de Arroyo Gil y Giménez Sánchez,⁶¹¹ hemos de recordar que el debate en Alemania ya era amplio y con unos antecedentes bien marcados desde finales de los años sesenta, cuando se constitucionalizó en 1969 la restricción de los ingresos de deuda pública únicamente a las inversiones, alejando la posibilidad de que aquellos pudieran financiar los gastos ordinarios del Estado (antiguo art. 115 LF). A ello hemos de sumarle el debate que se produjo en la segunda mitad de la década de los dos mil respecto a la necesidad de adaptar el sistema federal y armonizarlo, manifestándose ya la idea de incorporar la estabilidad presupuestaria *stricto sensu* desde 2007. Recordemos que Alemania acababa de salir airoso del intento de sanción de la Comisión por vulneración del PEC, y que los niveles de deuda pública sobrepasaban con creces los límites indicados en Maastricht. De ahí que la coalición conservadora impulsara la idea de una modificación constitucional, que se produciría tras dos años de debate en julio de 2009.⁶¹² En ella se incorpora la *golden rule* a la Ley Fundamental, principalmente en el art. 115.2 LF, con un límite de déficit del 0,35% sobre el PIB para la Federación (a partir de 2016) y la exigencia de equilibrio presupuestario para los *Länder* (a partir de 2020). Al tiempo, y siguiendo la estela de la reforma de 1969, se prohíbe desde sede constitucional que el Gobierno pueda elaborar

⁶¹⁰ *Ibid.*, pp. 16-19.

⁶¹¹ ARROYO GIL, A. y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., op. cit., pp. 153-167.

⁶¹² Ley de modificación de la Ley Fundamental (arts. 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115 y 143d), de 29 de julio de 2009 (entrada en vigor el 1 de agosto de 2009).

presupuestos con partidas que provengan de la emisión de deuda pública (art. 109.3.1 LF). No obstante, esta limitación tan estricta a priori se flexibiliza mediante la asunción de excepciones que pueden evadirla constitucionalmente, ya sea por una evolución coyuntural negativa de la economía como por supuestos de catástrofes o situaciones de emergencia extraordinaria. Por último, se crea también el Consejo de Estabilidad como órgano de supervisión de la ejecución presupuestaria y del cumplimiento mismo de la *golden rule* ahora constitucionalizada, aunque sus decisiones son siempre de carácter preventivo y no vinculante.⁶¹³

En segundo lugar, la reforma constitucional española de septiembre de 2011 hemos de encuadrarla en una correlativa crisis de deuda pública auspiciada, a su vez, por la recesión económica en que estaba sumido el país. En ese contexto, y con la reforma constitucional alemana como referente inmediato,⁶¹⁴ el Gobierno español recibiría una carta (*sic*) del BCE a principios de agosto del mismo año en el que se le solicitaba la adopción urgente de una serie de medidas estructurales, en diversos ámbitos, para hacer frente a dicha crisis. El contenido de la misiva fue mantenido en secreto hasta la publicación privada de un libro del ex presidente Rodríguez Zapatero,⁶¹⁵ y aunque no se indica expresamente la oportunidad para el BCE de una reforma constitucional que blindara la estabilidad presupuestaria, no tenemos que obviar el hecho evidente de que esta se produciría acto seguido, adoptándose la iniciativa en pleno mes de agosto y tras la compra masiva de deuda pública en los mercados secundarios por el propio BCE.

La reforma del art. 135 CE, que se publicaría el 27 de septiembre de 2011 en el BOE, fue posible gracias al acuerdo sobre su contenido de los dos grandes partidos políticos con representación parlamentaria y a la activación, con dicha aplastante mayoría, del procedimiento del artículo 167 CE. Aunque la bibliografía sobre ella es inabarcable, con algunas contribuciones de gran calidad,⁶¹⁶ no podemos sino realizar aquí un somero repaso a las novedades que para el sistema constitucional español la reforma

⁶¹³ REIMER, E., “La crisis financiera como oportunidad político-constitucional. El nuevo freno al endeudamiento en la Constitución alemana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011, pp. 93-132.

⁶¹⁴ Un estudio comparativo en CORDERO GONZÁLEZ, E., “La reforma de la Constitución financiera alemana: en particular, el nuevo límite al endeudamiento de la Federación y los Länder”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 29, 2012, pp. 289-324.

⁶¹⁵ RODRÍGUEZ ZAPATERO, J. L., *El Dilema: 600 días de vértigo*, Barcelona: Planeta, 2013.

⁶¹⁶ Destacamos el nº 29, de 2012, de *Teoría y realidad constitucional*, monográfico dedicado sobre la materia; o la obra colectiva GARCÍA ROCA, F. J. y MARTÍNEZ LAGO, M. A., *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Madrid: Civitas, 2013.

incorpora y más teniendo en cuenta su valor como antecedente de cara a nuestro objetivo siguiente, que no es otro que perfilar la problemática de la transposición constitucional del mandato *ex* TECG.

El nuevo art. 135 CE incorpora la regla de estabilidad presupuestaria para todas las Administraciones públicas, que se entenderá respetada si no se sobrepasa el límite de déficit *estructural* establecido por la Unión Europea y cuyo objetivo es indicado por una Ley Orgánica. Por el contrario, para la administración local la regla es la del equilibrio presupuestario, es decir, déficit cero en todo momento. Al mismo tiempo se constitucionaliza un límite a la deuda pública referenciado en el TFUE, que por remisión es de un 60% sobre el PIB; deuda pública a cuyo vencimiento y pago se le otorga una prioridad absoluta. Ambos valores, tanto el límite de déficit como el de deuda, pueden ser superados mediante una decisión por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados y cuando concurren una serie de circunstancias, como una catástrofe natural o una recesión económica, así consideradas por la Cámara. La concreción y desarrollo de tales previsiones se remite a una Ley Orgánica, la cual sería aprobada menos de un año después, la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que impone una cifra muy similar a la alemana, un 0,4% sobre el PIB como límite para el déficit estructural antedicho. Siguiendo el ejemplo alemán, se establece un período amplio de *vacatio* hasta la entrada en vigor de los límites constitucionales, que en este caso se fija en 2020.

Las principales críticas doctrinales a la reforma se centraron en dos grandes aspectos. Primero, en el procedimiento de urgencia seguido y la rapidez y hasta improvisación con la que se llevó a cabo la segunda reforma constitucional del texto del 78, sin una reflexión pausada y un debate público adecuado.⁶¹⁷ Segundo, el impacto que dicha reforma puede tener en el adjetivo *Social* que la propia Constitución, en su art. 1, proclama como constitutivo del Estado y que podría haber sido presupuesto suficiente para la activación del procedimiento más agravado de reforma, el del 168 CE.⁶¹⁸ Esta última cuestión tendremos oportunidad de analizarla en la tercera parte de la tesis, donde estudiaremos la relación problemática entre Estado social y estabilidad presupuestaria, pero hemos también de llamar aquí la atención sobre una relativa ausencia en la doctrina

⁶¹⁷ RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., “La reforma del artículo 135 de la Constitución Española: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?”, *Teoría y realidad constitucional*, n° 29, 2012, pp. 237-260.

⁶¹⁸ Así lo defiende ESCUDERO ALDAY, R., “Texto y contexto de la reforma constitucional exprés de agosto de 2011”, *Eunomía: Revista de cultura de la legalidad*, n° 2, 2012, pp. 86-98.

española en torno a un tercer elemento de discordia que se da en toda constitucionalización de dicha regla, a saber, la propia efectividad jurídica de la misma y los medios coercitivos de cumplimiento jurisdiccional.

Por último, la reforma constitucional italiana de abril de 2012, que consagra en el vetusto texto de 1947 la estabilidad presupuestaria, se encuadra justo en el cambio de paradigma que la *golden rule* adquiere con la aprobación del TCEG. Y es que el texto de la reforma se aprobaría en su primera lectura el 30 de noviembre de 2011, es decir, antes del comienzo de las negociaciones del futuro Tratado y justo después de la aprobación del *six pack*, y quedaría aprobado curiosamente tras la propia aprobación del Tratado, en marzo de 2012, publicándose la reforma el 20 de abril (*Ley constitucional 1/2012*). De todos modos, siempre anterior a la entrada en vigor del TCEG, prevista, recordemos, para el 1 de enero de 2013. Aquí también, de acuerdo a lo indicado por Van der Sluis,⁶¹⁹ las presiones mediante una carta del BCE serían determinantes en la consecución de la reforma. De ella cabe destacar tanto su anticipo a lo decidido en el TCEG como la rapidez inusitada (motivada por dicha carta) y el cierto consenso que hubo sobre sus disposiciones, y más dado el sempiterno volátil contexto político italiano. Recordemos el panorama económico y político por el que estaba atravesando una Italia gobernada por Mario Monti tras la estrepitosa salida de Berlusconi y las exigencias de la Unión Europea.⁶²⁰

La reforma constitucional modifica sólo cuatro artículos de la Constitución italiana (81, 97, 117 y 119), aunque la novedad relevante reside en el nuevo art. 81, donde se juridifica al más alto nivel la estabilidad presupuestaria (“equilibrio entre gastos e ingresos”), descartándose *ab initio* el recurso al endeudamiento salvo para corregir los efectos negativos del ciclo económico o para actuar en caso de circunstancias extraordinarias, todo ello teniendo que ser considerado por las dos cámaras del Parlamento mediante mayoría absoluta. El equilibrio, sin embargo, no se refiere a una regla estricta de déficit cero nominal, sino que, como indica el propio art. 81, se ha de tener en cuenta en el interior de la estabilidad presupuestaria la propia coyuntura económica, por lo que se estaría refiriendo, sin hacerlo expresamente, al déficit *estructural* que es, precisamente, el que el TCEG recoge(rá). En virtud de la reforma del

⁶¹⁹ VAN DER SLUIS, M., “Maastricht Revisited: Economic Constitutionalism, the ECB and the Bundesbank”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp.120-121.

⁶²⁰ ARROYO GIL, A. y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., op. cit., pp. 167-175.

art. 97 se asumen como valores de referencia tanto para el déficit como para la deuda los establecidos en el marco de la Unión Europea, aunque la regla de estabilidad sólo se aplicará a partir del ejercicio presupuestario de 2014. En esta remisión expresa resuena una posible influencia de la reforma constitucional española, que la precedía por escasos meses. Y, como en esta, la italiana también encomienda a una ley de desarrollo la concreción de la *golden rule*, aunque con un refuerzo constitucional de su especialidad y resistencia frente a las leyes de presupuestos. Así, de acuerdo con el apartado 6 del mentado art. 81 y el análisis de Morgante,⁶²¹ la de desarrollo es una ley especial que ha de ser aprobada por mayoría cualificada en las dos cámaras del Parlamento italiano, y que, con ello, es revestida de un blindaje específico que la lleva a ser incorporada al bloque de constitucionalidad. De este modo se permite que tal ley, especial, pueda servir de parámetro de constitucionalidad en futuros controles jurisdiccionales que la Corte Constitucional pueda hacer sobre las leyes de presupuestos, que quedan así directamente vinculadas no sólo frente a la nueva disposición de la Carta Magna sino también, y de forma más concreta, a las previsiones de la ley de desarrollo.

Así pues, Alemania, España e Italia constituyen los tres principales Estados miembros de la UE que antes de la entrada en vigor del TCEG ya habían aprobado reformas constitucionales destinadas a asegurar el principio de estabilidad presupuestaria, siendo la española e italiana muy parecidas entre sí y la alemana, debido a las características propias de su sistema, más divergente pero también más integral. Son además Estados, como resalta acertadamente Delledome en su estudio sobre las tres reformas, que reúnen una serie de características constitucionales comunes, como una fuerte presencia de la justicia constitucional o procesos avanzados de descentralización en su interior, lo cual no es baladí en la medida en que se hace más necesaria para ellos el blindaje jurídico que sólo la Constitución puede brindar, tanto para las dinámicas políticas internas como para las posibles resistencias de los entes subestatales.⁶²² Francia, que no reúne parte de tales características y país al que hicimos referencia ya en el anterior apartado al abordar su peculiar huida, también había reformado su Constitución en 2008,

⁶²¹ MORGANTE, D., “La costituzionalizzazione dell’equilibrio di bilancio”, *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, nº 14, 2012, pp. 2-42.

⁶²² DELLEDOME, G., “A Legalization of Financial Constitution in the EU? Reflections on the German, Spanish, Italian and French Experiences”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp. 181-203.

antes incluso que Alemania, pero hemos podido comprobar cómo su alcance y falta de efectividad no permiten que la califiquemos como constitucionalización de la regla de oro. Es más, el fuerte apoyo del gobierno francés al Tratado en sus inicios se debía, en buena medida, a su pretensión de sortear así la imposibilidad de una reforma constitucional en profundidad en su propio país y de acuerdo con su propio ordenamiento. Por su parte, los casos polaco y suizo, aunque ajenos al marco de la UE, nos proporcionan por su cercanía un antecedente que hay que tener siempre en cuenta, sobre todo en el caso de Polonia dada la innovación de algunas de sus reglas complementarias (como la *Belka's rule*) y la rigidez y profundidad de la concreta constitucionalización de la estabilidad presupuestaria que llevó a cabo en una fecha tan temprana. Es pues, en este contexto, en el que el TCEG es aprobado y entra en vigor, con un mandato en su polémico art. 3 de garantía de la *golden rule* sobre cuya problemática jurídica estudiamos a continuación.

3.1.-La problemática de la transposición del art. 3.2 TCEG: paradojas y contradicciones

Como tempranamente apuntó el editorial de la *European Constitutional Law Review*,⁶²³ el plazo impuesto de un año por el TCEG para que los Estados incorporen la estabilidad presupuestaria es prácticamente imposible de cumplir por todos los países, pues las modificaciones constitucionales o la transposición en normas de equivalente efecto dependen de diversos y muy variados procedimientos, algunos de los cuales implican esperar ciclos electorales, renovación de los parlamentos o procesos muy complejos. Una previsión más del Tratado, como la del carácter *permanente* de la transposición, que estaba destinada desde el principio a su incumplimiento y que se mueve más en el terreno de lo simbólico, o del compromiso y aliciente políticos, que en el jurídico-normativo.

La entrada en vigor del TCEG, recuérdese, implica la existencia de un mandato imperativo, vinculante desde el derecho internacional, para que los Estados parte del Tratado incorporen en sus Constituciones o normas de similar eficacia el principio que, de formas diferentes, habían consagrado ya algunos países europeos y de manera destacada, como acabamos de ver, Alemania, España e Italia. Las interpretaciones sobre

⁶²³ “The Fiscal Compact and the European constitutions: Europe speaking German”, *European Constitutional Law Review*, nº 8, pp.1-8, 2012, p. 3.

la cláusula del art. 3.2 TCEG que recoge esa obligación son diversas, y más dada la amplitud e indeterminación del precepto. Antes de nada, vale la pena recordar parte de su tenor literal, que a continuación vamos a analizar con detalle y que constituye el núcleo esencial, y más controvertido, del TCEG:

[el mandato de la estabilidad presupuestaria del art. 3.1] se incorporará al Derecho nacional de las Partes Contratantes a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales.

Aunque el segundo inciso pueda parecer una disyuntiva, lo cierto es que de un análisis teleológico del precepto se desprende que es éste el objetivo de todo el mandato y su misma razón de ser. La necesidad de incorporar la estabilidad presupuestaria a la Constitución o normas de igual valor no se deriva de ilusorios pruritos jurídicos, sino de la efectividad y vinculatoriedad que sólo tales niveles normativos pueden proyectar sobre las leyes de presupuestos. Éstas, al no estar antes limitadas más que por las restricciones propias del Estado de Derecho liberal y clásico (recuérdese al respecto la reflexión de Buchanan), pueden seguir provocando e impulsando déficits elevados si no se les impone un mandato constitucional, el único que puede reconducirlas jurídicamente dada su superioridad jerárquica. Situarse, por tanto, en un nivel jurídicamente vinculante y superior para restringir el margen de maniobra político (político-presupuestario) es la razón de ser del art. 3.2 TCEG, objetivo que conecta directamente con lo estudiado de la Economía constitucional (Capítulo II de la Segunda parte) a pesar de presentar en su articulación, no obstante y como veremos, diferencias nada triviales. Por supuesto, ese nivel óptimo es el constitucional, y dado que los Estados partes del Tratado son sistemas donde se reconoce la supremacía de la Constitución... ¿por qué no reducir el mandato única y exclusivamente a la incorporación de la estabilidad presupuestaria a aquella? ¿Por qué flexibilizarlo con el adverbio “preferentemente” y dando la posibilidad de que se juridifique en normas de similar valor cuando, en la mayoría de los casos, sólo la Constitución tiene tal virtualidad? Las respuestas, cómo no, hemos de encontrarlas en el siempre complejo y proceloso engranaje de poderes de los Estados miembros y de éstos con la UE, puesto que la diversidad constitucional europea, aunque parta de un sustrato común, permite aún que determinados sistemas exijan un plus de legitimidad a sus

reformas constitucionales vía referéndum, y ya sabemos por la experiencia acumulada lo “peligrosos” que son estos para la integración. Además, países centrales como Francia habían sido incapaces de reformar la constitución en ese estricto sentido en el momento de las negociaciones del Tratado, sin duda por falta de consenso suficiente para poder llevar a cabo dicho proceso. Recordemos, también, que en el intersticio de las negociaciones del Tratado Sarkozy, su gran valedor, dio paso en la Presidencia de la República francesa a Hollande, quien en un principio siempre se mostró más crítico con la estabilidad presupuestaria y con la idea misma del Tratado. De ahí que, entre otras cuestiones, como apunta Peers,⁶²⁴ se suavizara el anteproyecto de éste, mucho más directo y restrictivo y que imponía la obligación, sí o sí, de incorporar la *golden rule* a las constituciones estatales, llegando finalmente a la redacción actual y su indeterminación en torno a los medios alternativos a la constitucionalización.

Ahora existirían dos vías para cumplir con el mandato: la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria, que no arrojaría dudas de su vinculatoriedad, o la asunción de aquella mediante disposiciones vinculantes no constitucionales en puridad pero con fuerza suficiente como para limitar y condicionar los procedimientos presupuestarios (“constitucionalización flexible”). La indeterminación de esta segunda opción es la que, a su vez, y como indicábamos, ha provocado una serie de interpretaciones que pueden, de conformidad con el compendio que ha realizado con acierto Reestman,⁶²⁵ dividirse en tres grandes bloques.

La primera sería la que sostendría Craig, a quien hemos ya citado en numerosas ocasiones y a quien creemos acertada la mayor parte de sus consideraciones, menos la presente.⁶²⁶ Para este autor, de acuerdo con el art. 3.2 y la naturaleza del propio TCEG, sólo con que los Estados cumplieran con el mandato en el seno de sus procedimientos de aprobación presupuestaria, sin necesidad de llevarlo a un ámbito supralegislativo, sería suficiente para respetar el mismo. Es decir, Craig interpreta el art. 3.2 como una obligación para los Estados, pero una obligación que ha de proyectarse en cada ejercicio

⁶²⁴ PEERS, S., “The Stability Treaty: Permanent Austerity or Gesture Politics?”, op. cit., p. 414.

⁶²⁵ REESTMAN, J. H., “On the Dutch Implementing Act and the Hazardous Interpretation of the Implementation Duty in Article 3(2) Fiscal Compact”, *European Constitutional Law Review*, vol. 9, n° 3, 2013, pp. 490-500.

⁶²⁶ Formulada en CRAIG, P., ‘The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism’, *European Law Review*, n° 37, 2012, pp. 231 y 237.

presupuestario y en cada ley de presupuestos sin necesidad de que normas con especial resistencia sean las que las limiten desde una posición jerárquica superior.

La segunda interpretación sobre la alternativa a la constitucionalización que permite el TECG es la que, en buena medida, ha acogido el Consejo Constitucional francés en su decisión sobre el mismo del 9 de agosto de 2012⁶²⁷. Para el Consejo, el art. 3.2 del TECG ni siquiera establecería una obligación jurídica de vinculatoriedad sobre los procesos presupuestarios, sino que consistiría en un mero compromiso internacional en un sistema, el francés, donde prima la concepción monista. Es decir, sería una interpretación aún más flexible que la que hace Craig, para quien la obligación es jurídica y la necesidad de vinculatoriedad se ha de preservar en el interior de los procedimientos presupuestarios, aunque no explique exactamente cómo puede conseguirse tal extremo. Seguimos aquí a Reestman cuando dice, abiertamente, que la interpretación que realiza el Consejo Constitucional galo no es compatible con el tenor del Tratado, que impone la obligación de consagrar la estabilidad presupuestaria en normas que vinculen al legislador presupuestario.⁶²⁸

La tercera que describe el autor es la suya propia, con la que sí concordamos y que viene a desmontar las anteriores. El Tratado, como ya hemos apuntado, señala en su último inciso el verdadero objetivo del precepto, que no es otro que dotar de estabilidad supralegal (*fuerza vinculante y de carácter permanente*) a la *golden rule* fuera y por encima del marco legislativo que tendría la potestad de no respetarla. Cuando el artículo habla *in fine* de “a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales” está dejando asentado que la estabilidad presupuestaria no puede darse aisladamente en el interior de éstos, sino en un marco superior más estable que proyecte su fuerza vinculante a través del tiempo y de los ciclos presupuestarios ordinarios. Ese marco superior puede ser la constitución, y es de hecho para el Tratado lo más recomendable (*preferentemente*), pero se deja la puerta abierta a otras normas que, de similar efecto y con posibilidad de proyectar su vinculatoriedad sobre los procedimientos presupuestarios, acojan la regla de oro. O lo que es lo mismo, normas que aun no siendo constitución, estén por encima de las leyes de presupuestos y tengan, en cierto sentido, una naturaleza supralegal más cercana al parámetro de constitucionalidad o integrante de su bloque (recordemos el caso

⁶²⁷ Decision 2012-653 DC, ver sobre todo punto 22. Es posible consultar el texto en español de dicha Decisión en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/decisiones/decision-n-2012-653-dc-de-9-de-agosto-de-2012.115836.html>

⁶²⁸ REESTMAN, J. H., op. cit., pp. 497-498.

italiano). De ahí que denominemos a esta segunda alternativa como una especie de “constitucionalización flexible”, quizá la principal novedad que el Tratado recoge.

La interpretación sobre el cumplimiento de dicha transposición que la propia Comisión ha acogido en su informe de febrero de 2017⁶²⁹ es tan abierta que en ella caben, perfectamente, las tres opciones (!). El *report* viene a responder a la invitación establecida en el art. 8 TCEG, y a la que ya nos hemos referido más arriba, de realizar una comunicación o informe sobre el grado de cumplimiento del Tratado por parte de los Estados firmantes en cuanto a la transposición de las obligaciones contenidas en el art. 3 TCEG. Es la comunicación, recordemos, que puede activar la obligación de interponer un recurso ante el TJUE a fin de garantizar la vinculatoriedad de la *sui generis* transposición del art. 3.2 TCEG. Pues bien, en ella la Comisión avala todas las actuaciones de los Estados miembros que se han venido aprobando desde 2013 (o antes de la entrada misma en vigor del Tratado, como en Alemania, España, Italia) con el objetivo de incorporar a sus ordenamientos, en los distintos niveles que estos permitan, la estabilidad presupuestaria como principio pretendidamente permanente. Así, Bruselas viene a bendecir de igual manera tanto las constitucionalizaciones *fuertes* de la *golden rule* producidas en Italia, España o Alemania como las débiles previsiones legales aprobadas al respecto en países como Portugal, verbigracia. En el Apéndice III de la Comunicación se detallan, de hecho, la variedad de tipos de normas que han “incorporado” la estabilidad presupuestaria, desde acuerdos entre los niveles federal y subfederal (Austria y Bélgica siguieron esta vía) a leyes meramente ordinarias de cuya potencialidad vinculante para los presupuestos dudamos seriamente (así, Bulgaria, Dinamarca, Rumanía, Irlanda,⁶³⁰ Finlandia,⁶³¹ Francia o la mentada Portugal). Caso

⁶²⁹ C(2017), 1201, disponible, con un desglose por países muy interesante, en

https://ec.europa.eu/info/publications/fiscal-compact-taking-stock_en

⁶³⁰ Al inicio de este capítulo, cuando analizábamos la aprobación del TCEG, recordamos que Irlanda es el único país de la Unión que precisó explícitamente un referéndum para la firma del polémico Tratado y que, paradójicamente, es de los Estados que con menos contundencia han “transpuesto” el mandato de su art. 3.2, pues ello se ha materializado simplemente en una ley, la Fiscal Responsibility Act, de 2012.

⁶³¹ El caso finlandés es particularmente interesante por la diferente naturaleza que, de acuerdo con el sistema constitucional del país escandinavo, revisten los presupuestos, los cuales, como tales, no son aprobados mediante ley. La implementación del TCEG en Finlandia, donde se da cuenta de tal excepción, es analizada por LEINO, P. y SALMINEN, J., “The Euro Crisis and Its Constitutional Consequences for Finland: Is There Room for National Politics in EU Decision-Making?”, *European Constitutional Law Review*, vol. 9, nº 3, 2013, pp. 451-479.

aparte son Estados como Países Bajos,⁶³² Grecia⁶³³ o Francia, donde la concepción monista del derecho internacional está inserta en el propio orden constitucional, por lo que los tratados firmados en el seno de aquél, y de acuerdo con las disposiciones procedimentales de éste, son parte integrante del derecho interno con eficacia directa. Así, la vulneración en ellos de la *golden rule* del TECEG por parte de los presupuestos nacionales, no sólo podría conculcar las previsiones de derecho internacional del propio Tratado, sino derecho interno mismo al ser este parte del ordenamiento nacional. Esta es la interpretación que acoge el Consejo Constitucional francés ya vista (punto 18 de la Sentencia), para quien, recordemos, no existe un mandato jurídicamente vinculante sobre la necesidad de incorporar en una norma suprallegal, *ex art. 3.2 TECEG*, la estabilidad presupuestaria. Ahora bien, y aquí reside la principal problemática de esta concepción monista, si no se establecen vías jurisdiccionales internas para hacer cumplir dicho principio, la mera vulneración del mandato contenido en el TECEG no implica sanción alguna más allá de lo establecido en el PEC revisado. Y es que, recordemos, los recursos que pueden interponerse ante el TJUE y que el TECEG habilita pueden venir causados única y exclusivamente por la consideración, de la Comisión o terceros Estados, de que alguno de éstos no ha transpuesto como debe lo previsto en el art. 3. Así, estaríamos de nuevo en presencia de una paradoja, aquilatada por el propio Consejo Constitucional: un Tratado internacional firmado y ratificado por un Estado (Francia), que es parte del ordenamiento interno debido a una concepción monista del derecho internacional, pero al que se le priva de la facultad de imponer, de acuerdo con su propio tenor, una transposición que haga efectivo el principio de estabilidad presupuestaria. Y es que, más allá de las consecuencias políticas de un incumplimiento del *pacta sunt servanda* o de una posible responsabilidad ante el Tribunal Internacional de Justicia, no tendríamos asidero de coerción jurídica posible con el que poder garantizar la eficacia normativa de la regla aprobada.

Sea como fuere, la indeterminación del mandato del TECEG y la posibilidad tan abierta de que medios alternativos a la constitucionalización sean los seguidos por los

⁶³² DIAMANT, M. y EMMERIK, M., “Mandatory Balanced Budget in Dutch Legislation Following Examples Abroad?”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUICHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp., 249-271; sobre el monismo holandés y sus posibilidades de jurisdiccionalidad, pp. 258-259.

⁶³³ Para el caso griego, quizá más controvertido, así se defiende por PAPADOPOULOU, L., op. cit., en MICHAL DIAMANT, ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUICHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., p. 236.

Estados, es despachada rápidamente por la Comisión en un único párrafo en el que siembra sus dudas pero donde no decide ni determinada nada:

En los casos restantes donde la ley de transposición y la ley de presupuestos están en el mismo nivel, problemas de status emergen si no está claro que pueda ser garantizado que las normas del *Fiscal Compact* sean de aplicación sobre los presupuestos. Incluso para los Estados con un orden legal monista (por el que el TCEG es parte de sus sistemas jurídicos automáticamente), no es a veces del todo claro si hay instrumentos judiciales efectivos para asegurar el cumplimiento de las normas.

Y ahí se queda. Sin continuar en esa crítica, acto seguido declara, no obstante, que todas las regulaciones y modificaciones legales que se han producido en los Estados parte del TCEG se adecuan a las exigencias de transposición de éste... ¡aun teniendo algunas meramente rango legal y no cumplir con los requisitos mínimos impuestos por el Tratado!

Esta peculiar postura de la Comisión cierra la puerta, aparentemente, a la revisión jurisdiccional por parte del TJUE de la transposición, pues aun quedando la vía libre para los recursos entre Estados, éstos suelen ser bastante extraños y entrañan un riesgo político elevado. Huelga decir que la interpretación tan lisonjera de la Comisión para con los Estados sólo es posible por haberse realizado sobre un precepto tan abierto e indeterminado como el que hemos descrito, producto en gran medida de las tensiones (político-constitucionales) que en las negociaciones tuvieron que acomodarse, y por la ausencia de una voluntad clara de cumplimiento vertical.

He aquí mostrada, por tanto, una de las dos grandes paradojas jurídicas que atraviesan el art. 3.2 y su mandato. Y es que, si por un lado se habla de la necesidad de llevar la estabilidad presupuestaria a normas permanentes (¡permanentes!), vinculantes y con proyección jurídica sobre (y por encima de) los presupuestos nacionales, por el otro se permite circunvalar las constituciones, las cuales, por su propia naturaleza, constituyen el medio más idóneo para acoger tal mandato y cumplir con tales requisitos. Esa permisividad se realiza, además, sobre la base de un tenor lo suficientemente amplio como para despertar diversas interpretaciones o, directamente, confusiones de difícil comprensión.

La segunda paradoja jurídica que se da en el interior del precepto es de más sucinta explicación y comprensión, aunque no por ello de menor intensidad. Recordemos que el artículo habla explícitamente de que la incorporación de la estabilidad presupuestaria a los ordenamientos nacionales ha de tener carácter *permanente*, es decir, ha de resistir posibles modificaciones ulteriores. Pero, en sistemas democráticos como los europeos,

¿cómo puede garantizarse la permanencia de una norma más allá de ciertos procedimientos cualificados de revisión? Aun incorporando la *golden rule* al corazón mismo de todas las constituciones europeas, muchas de éstas son flexibles y otras son más rígidas pero con procedimientos de revisión perfectamente asumibles desde la óptica democrática. Casi ninguna garantiza nada *ad perpetuam*...y decimos bien, casi ninguna. La controvertida existencia de cláusulas pétreas en algunas constituciones europeas, como en la francesa, la italiana o la alemana, es una realidad jurídica cuya potencialidad va más allá de lo meramente declarativo o simbólico. Con base, en buena medida, en dicha *cláusula de eternidad*, algunos tribunales constitucionales, como el alemán, se han erigido no sólo en guardianes de las reformas de sus textos fundamentales a través de su control jurisdiccional, sino hasta del mismo proceso de integración europea. La extensión y proyección que el TCA realiza desde la LFB hacia la Unión Europea y la reforma y ampliación paulatina de los Tratados, cuya sustancia reside en la concepción ya explicada de la “identidad constitucional”, se fundamenta en parte en el hecho de que tal identidad tiene como anclaje perenne una cláusula pétrea. Ésta sólo no puede ser modificada ni siquiera por el poder de reforma supracualificado, puesto que sobre él mismo la Constitución desde su articulado impone ciertos límites insoslayables dentro del orden jurídico vigente. Saliéndose a través de un proceso constituyente, que podría tomar diversas formas, incluida la revolucionaria, por supuesto que se podría evadir la pretensión de permanencia de tales disposiciones, pero ahí ya no estaríamos situándonos en el campo de lo jurídico sino en la desnuda roca de lo político. ¿El TCEG se refiere con dicho término, *permanencia*, a la realidad de tales cláusulas? Aunque pueda parecer algo inimaginable, lo cierto es que de las declaraciones de la canciller Merkel el 30 de enero de 2012 se podría desprender tan surrealista opción, como apunta Pühringer⁶³⁴ y recogió en su momento el periódico *The Guardian*. Vale la pena reproducir las palabras exactas de la Canciller: “Los límites a la deuda serán vinculantes y válidos para siempre (...). Nunca se será capaz de cambiarlos a través de las mayorías parlamentarias”.⁶³⁵ Recordemos la fecha, finales de enero de 2012, justo cuando las negociaciones del TCEG estaban en su momento crucial. Ello sería ya, siquiera en el plano teórico, el éxtasis de lo que en la primera parte de la tesis, y de acuerdo con las tesis ordoliberales, denominamos

⁶³⁴ PÜHRINGER, S., “The “eternal character” of austerity measures in European crisis policies”, *ICAE Working Paper Series*, nº 80, 2018, pp. 14-15.

⁶³⁵ Palabras exactas: “The debt brakes will be binding and valid forever (...) Never will you be able to change them through a parliamentary majority”, en *The Guardian*:
<https://www.theguardian.com/business/2012/jan/30/eu-summit-eurozone-treaty-deal>

como *elevación a la indisponibilidad*, una de las características, como veremos más adelante, de la nueva *constitución económica neoliberal* de Europa. Y aunque finalmente los deseos de Merkel no se materializaran, por su imposibilidad misma, cabe suponer que, muy probablemente, la presencia final del término (y el concepto) *permanencia* se deba a esa intensidad alemana de su defensa, a pesar de que ésta terminara diluyéndose en las tensiones constitucionales inherentes a la naturaleza misma del Tratado, las exigencias de otros Estados y la necesidad de flexibilizar el mandato para acomodar políticamente las posiciones de algunos países. Su convivencia con una articulación jurídica a todas luces insuficiente en su pretensión de vinculatoriedad nos da buena cuenta de esta nueva paradoja. Un Tratado que no es capaz de vincular una constitucionalización, *stricto sensu*, de la estabilidad presupuestaria; un Tratado que, al no ser del todo determinante y preciso al respecto, permite con su apertura (como la Comisión ha venido a corroborar) que aquella se “incorpore” a través de normas ordinarias de dudosa resistencia a las leyes de presupuestos...ese mismo Tratado, sí, nos habla de la necesidad de que las normas que implementen su principal mandato sean *permanentes*. Una verdadera contradicción en términos, tal y como ha puesto de manifiesto Poiars Maduro⁶³⁶ en su asombro jurídico, que es también el nuestro.

Por último, hay que destacar la contradicción que puede existir entre el TCEG y los Tratados UE en cuanto al polémico mandato del art. 3.2 del que acabamos de extraer sus propias paradojas. Insistamos en que es el mismo TCEG el que establece su subordinación al derecho originario de la Unión, al que en todo caso tendrá que respetar (art. 2 TCEG). Pues bien, como se pregunta Armstrong,⁶³⁷ ¿puede ello compaginarse con el mandato a los Estados de constitucionalizar la estabilidad presupuestaria, si quiera de forma *flexible*? El artículo 4.2 TUE, que debe cumplir el TCEG, establece que en todo momento se respetará su “identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales... [de los Estados]”, de donde se deriva la no afectación de una “identidad constitucional” básica por parte de la Unión y, por extensión, por parte del TCEG en virtud de sus propias disposiciones. Aquí reside también la última gran paradoja, la insistencia alemana en la potencialidad de un tratado internacional ajeno a la UE para imponer reformas constitucionales en los Estados, cuando es ella la que ha

⁶³⁶ Cit. en KOCHAROV, A., op. cit.

⁶³⁷ ARMSTRONG, K. A., “Differentiated Economic Governance and the Reshaping of Dominion Law”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp. 70-72.

elaborado con mayor intensidad, y defendido en tanto contralímite, la doctrina de la identidad constitucional. Y es que no parece de recibo que ésta pueda respetarse cuando se le aplica una obligación de reforma que no es secundaria, trivial ni baladí, sino que, como analizaremos en la tercera parte de esta tesis, afecta al corazón mismo del Estado social y del núcleo constitucional de los países europeos. Es verdad que la introducción de una posibilidad alternativa de juridificar la estabilidad presupuestaria fuera de la constitución flexibiliza el mandato y, por ende, su incidencia en el constructo de la identidad constitucional (cosa que no parece observar Amstrong), pero hemos de recordar que, *ex ante*, la obligación jurídica de crear un marco supra-legislativo sobre los presupuestos pervive y que, en su pervivencia, no deja de incidir en el propio orden constitucional y hasta en el sistema de fuentes interno. Otra cosa bien diferente es que, *ex post*, muchos Estados hayan decidido realizar una transposición tan tibia que apenas han modificado dichos planos ante la permisividad, recalquemos, de la Comisión en su informe.

Ya indicamos que Alemania había sido el Estado más interesado, junto con Francia en un inicio y antes del cambio de gobierno en el país galo, en la aprobación de un Tratado internacional que reforzara la estabilidad presupuestaria en Europa y que incluyera un mandato, directo y explícito, de constitucionalización nacional de dicho principio. Las circunstancias y exigencias jurídico-políticas de diversos países hicieron naufragar la intensidad inicial con la que se preveía el mandato de constitucionalización, ampliando su espectro gracias a la posibilidad de juridificar la estabilidad presupuestaria fuera de la constitución pero en marcos inmutables y permanentes por y para los procedimientos presupuestarios nacionales. La originaria intención alemana era, como se desprende de los borradores y de las declaraciones de la Canciller, la de obligar a la traslación directa en las normas fundamentales de la regla de oro... desde el Tratado. ¿Acaso esa voluntad, débilmente positivizada después, no es una incoherencia con la doctrina de la identidad nacional que tanto se ha pregonado desde el país germano?

Por un lado, Alemania, primer motor económico del continente y con un peso político incuestionable, defiende a ultranza desde su Tribunal Constitucional que existan una serie de contralímites indisponibles y sin posibilidad de afectación por el proceso de integración supranacional, pero por otro, no sólo admite sino que se erige en firme defensora de que el derecho internacional sea usado para sortear las democracias constitucionales estatales. Aquí el artículo 4.2 del TUE al que nos hemos referido más

arriba pierde por arte de magia su virtualidad, pues no podemos dejar de advertir que la reforma para constitucionalizar la estabilidad presupuestaria no es inocua respecto a elementos centrales del sistema democrático estatal, como las potencialidades redistributivas del Estado social, la autonomía de los parlamentos o el margen de discrecionalidad económica de los gobiernos nacionales.

Parece, por ello, que más allá de una arbitrariedad de elección desprendida de los diferentes intereses alemanes, subsista también una concepción schmittiana de la constitución que deja fuera a su contenido económico-social. La identidad constitucional puede suponer, para Alemania, un freno en materia de nuda soberanía, pero ésta se identifica con determinados derechos fundamentales, con la autonomía de su Parlamento y el control estatal (el suyo) de las decisiones de la Unión, y no con la pervivencia del Estado social y los derechos anejos a ella o con la garantía de un mínimo de intervención del Estado en la economía, pues como veremos en la tercera parte, son ambas dimensiones las que más se ven afectadas, desde el prisma constitucional, por la consagración jurídica de la estabilidad presupuestaria. Recordemos que en el razonamiento que el TCA siguió en Maastricht podíamos vislumbrar ya, de acuerdo con Pernice y Weiler,⁶³⁸ cierta concepción schmittiana en esa identificación del pueblo alemán, circunscrito como apriorismo, y la soberanía en tanto base de la democracia. Ésta, para el TCA, no puede de momento llevar anclas desde el Estado, pues es el Estado el que, en uso de su soberanía, legitima el proceso de integración europea, que debe en todo momento además respetar ese vínculo *político* entre pueblo alemán, Estado y legitimidad democrática. Las *decisiones fundamentales* que sirven de base a la existencia misma de la *Bundesrepublik* no abarcarían así toda la Constitución, toda la Ley Fundamental de Bonn, sino sólo aquellas identificadas como tales por el TCA. De ahí que, al dejar fuera de dicho espectro a lo monetario, pudiera el Tribunal de Karlsruhe bendecir la creación del Euro y la última fase de la UEM, pero no un posible salto cualitativo en la integración económica de la Unión. ¿Y acaso la estabilidad presupuestaria no entraría en esta última dimensión? Por supuesto, pero huelga decir que Alemania ya tenía dicho principio constitucionalizado en su Ley Fundamental desde 2009, por lo que el mandato del art. 3.2 TECG no le afectaría. Por el contrario, éste sería una extensión al resto de Estados del Euro desde el derecho internacional de un principio defendido intensamente por la doctrina alemana, respaldado

⁶³⁸ PERNICE, I., “Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, nº 120, 1995, pp. 100-120, y WEILER, J. W. W., “Der Staat “über alles”. Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts”, *Jean Monnet Working Paper*, nº 7, 1995.

por el ideario ordoliberal alemán y juridificado al más alto nivel en la propia Constitución alemana tras su relevante reforma. El TCA no va a entrar a inspeccionar si su constructo de la identidad constitucional es aplicable o no en otros Estados miembros, mientras se respete, eso sí, la LFB o la integración sea reflejo mismo de sus principios y virtualidades, algo que se da en el presente caso. Cuando otros Tribunales, como el letón o incluso el portugués, se han atrevido a blandir el famoso contralímite, lo han hecho tímidamente, más como lirismo que como auténtica declaración jurídica, y además, siempre, en torno a cuestiones concretas de defensa y protección de derechos fundamentales frente a los programas de asistencia financiera en los que la UE o el MEDE se envuelven, y no, por tanto, frente a la firma o ratificación misma del Tratado.

El señor del constitucionalismo europeo, sentado cómodamente en la ciudad de Karlsruhe, ha construido de este modo una doctrina que protege esencialmente a Alemania frente a desarrollos cualitativos de la integración no deseados y que, al mismo tiempo, permite bendecir constitucionalmente la proyección de unos intereses germanos que, con respaldo en la Ley Fundamental, sí pueden ahora verse europeizados.

4.- ¿Incorporación del TCEG al Derecho UE?

Pero si, como aquí sostenemos, una de las principales causas que subyacen a la decisión de crear un Tratado intergubernamental *extra* UE es la de evadir los límites que revisten carácter constitucional de ésta, ¿por qué entonces el artículo 16 TCEG establece el mandato de que su contenido sea incorporado a la Unión lo antes posible y en un plazo máximo de 5 años? Recordemos su tenor:

En el plazo máximo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado, se adoptarán, sobre la base de una evaluación de la experiencia en su aplicación, las medidas necesarias, de conformidad con lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a fin de incorporar el contenido del presente Tratado al marco jurídico de la Unión Europea.

⁶³⁹

Hemos de aclarar en primer lugar la inconsistencia de incorporar mandatos tan directos (“se adoptarán”) que afectan a un tercero, en este caso a una UE que no puede

⁶³⁹ Sobre el verdadero alcance de esa previsión, y el debate en torno a la posible incorporación del TCEG, sigue estando en vigor este intercambio informal de opiniones jurídicas: <https://verfassungsblog.de/the-treaty-on-stability-coordination-and-governance-should-it-be-incorporated-in-eu-law/>

verse vinculada por un tratado intergubernamental ajeno a ella y cuya aplicación, por si fuera poco, ni siquiera se proyecta sobre todos sus Estados miembros. Es por ello que el artículo 16 tiene que ser entendido como, nuevamente, un compromiso internacional entre Estados de cara a su actuación política en el seno de la Unión y de conformidad con los procedimientos de ésta, pero un compromiso difícilmente sometido a coerción caso de incumplimiento, por cuanto el Tratado no establece nada ni mucho menos se puede atisbar una intervención del TJUE al respecto. Es más, el compromiso debería haberse hecho efectivo el 1 de enero de 2018, sin que hasta el momento, y pasada esa fecha con holgura,⁶⁴⁰ la Unión o los Estados miembros hayan alcanzado algún acuerdo en esa dirección.

Así, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 24 de junio de 2015, sobre el marco de la gobernanza económica y sus retos, impelió a la integración del Tratado en el seno de la Unión, junto al MEDE, haciendo referencia al propio art. 16 y su mandato.⁶⁴¹ Por su parte, el famoso informe de los Cinco Presidentes (Comisión, PE, BCE, Consejo Europeo y Eurogrupo) “Realizar la Unión Económica y Monetaria”,⁶⁴² de 22 de junio de 2015 (la misma semana que la resolución del PE), instaba a cumplir con la previsión del Tratado e incorporarlo íntegramente en el marco de la Unión. El 6 de diciembre de 2017, después del importante discurso de la Unión del Presidente Juncker⁶⁴³ y ante la cercanía ya insalvable del plazo establecido en el art. 16, la Comisión, que es quien ostenta la iniciativa legislativa, emitió tanto una comunicación más amplia en torno a la necesidad de avanzar en la UEM,⁶⁴⁴ como una propuesta de Directiva al Consejo más concreta y articulada (COM(2017) 824 final).⁶⁴⁵ En esta propuesta de la Comisión se parte del hecho de que el mayor reto para la integración del TCEG en la UE es su art. 3, tanto el límite más estricto de déficit público que establece (0,5% sobre PIB con excepción del 1% para deudas significativamente inferiores al 60%) como la constitucionalización, flexible, de la estabilidad presupuestaria y el mecanismo corrector que se pretende asociarse a la

⁶⁴⁰ El momento de estas líneas se corresponde a enero de 2019.

⁶⁴¹ Resolución del Parlamento Europeo 2014/2145, de 24 de junio de 2015:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P8-TA-2015-0238>

⁶⁴² Report “Completing Europe’s Economic and Monetary Union”:

https://ec.europa.eu/commission/publications/five-presidents-report-completing-europes-economic-and-monetary-union_en

⁶⁴³ Discurso de 13 de septiembre de 2017 sobre el estado de la Unión del presidente Jean Claude Juncker.

⁶⁴⁴ COM 2017/0821:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1516019579112&uri=CELEX:52017DC0821>

⁶⁴⁵ COM 2017/824:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0824&from=EN>

misma. Como se dice en la exposición de motivos, “la sustancia propuesta para la incorporación en el marco jurídico de la Unión se concentra en el art. 3 del TCEG”, es decir, el conocido como *Fiscal Compact*, cuya importancia ha devenido en sinécdoque. ¿Y por qué es tan relevante para la Comisión la incorporación al seno comunitario del TCEG? Ella misma lo indica, siguiendo además lo señalado en el Informe de los Cinco Presidentes: “la integración en el marco jurídico de la UE de todos los instrumentos intergubernamentales creados durante la crisis aportaría más control democrático y legitimidad en toda la Unión”. Es decir, refiriéndose en esta Directiva también, aunque veladamente, al MEDE, la propia Comisión reconoce la naturaleza de huida que en esta tesis le estamos atribuyendo, creemos que correctamente, a sendos tratados internacionales, por cuanto su incorporación al acervo de la Unión mejoraría un control y legitimidad democráticos que, se reconoce, ahora y desde ese afuera no están presentes.

¿Y cuál es la base jurídica, el fundamento normativo habilitador en el derecho originario, para la Directiva que la Comisión propone? Sí, en efecto, la disposición del art. 126.14 TFUE, que permitía, recordemos, sustituir por la unanimidad del Consejo el Protocolo nº 12 para avanzar en la consolidación presupuestaria de los Estados de la Eurozona. Es decir, la opción en su momento descartada para consagrar la *golden rule*, lo que constituye un ejemplo sintomático de la imprevisión y la falta de coordinación existente entre los diversos instrumentos jurídicos de respuesta a la crisis económica.

La propuesta de Directiva, sin embargo, no recoge directamente la principal previsión del Tratado, es decir, la propia *golden rule* del 0,5% de límite de déficit público. La Comisión simplemente no se atreve a incorporar dicho mandato, tan drástico para los sistemas constitucionales estatales, en una norma de derecho derivado, algo que criticará con dureza el BCE en su opinión, hasta ahora el análisis más completo que se ha realizado de la propuesta y que a continuación detallaremos. Asimismo, incurre en las idénticas indeterminaciones y ambigüedades del TCEG cuyo contenido pretende incorporar al derecho UE. De este modo, tras señalar algunas definiciones sobre los elementos estructurantes de la estabilidad presupuestaria (art. 2), la directiva mandata nuevamente a los Estados (de la zona euro) la creación en sus ordenamientos de “un marco de reglas presupuestarias numéricas, vinculantes y permanentes”, que tengan por objeto el respeto de la estabilidad presupuestaria y de los objetivos de déficit del PEC revisado (art 3.), que, junto al Protocolo nº 12, proyectan una limitación menor a la del TCEG. *Permanencia* y *vinculatoriedad* que han de garantizar el cumplimiento de dichos

objetivos a través de la planificación presupuestaria plurianual (3.1 b) y la propia obligación, interna de los presupuestos anuales, de seguir una trayectoria de gasto que refuerce dicho cumplimiento (3.2 a).

La propuesta de la Comisión incorpora, pues, una serie de novedades que hemos de tener en cuenta y cuyo alcance es, siguiendo la estela del TECG, indeterminado y difícilmente reconducible a parámetros de clara juridicidad. La cuestión principal reside en dilucidar cómo una norma de derecho derivado de la UE, con la posibilidad de coerción que brinda al amparo del TJUE y de los principios de primacía y eficacia directa, puede incidir de tal manera hasta en el sistema de fuentes interno de los Estados y en una materia, la presupuestaria, tan sensible para un ámbito sobre el que todavía dichos Estados no han realizado una cesión rotunda de soberanía. Las dudas en torno a la eficacia de tales previsiones, que ya sobreolaban las del TECG, aquí se repiten maximizadas por la utilización constante de conceptos y términos que no son concretados. ¿A qué se refiere la propuesta con marco de reglas presupuestarias numérico? ¿Y con que éste sea permanente y vinculante? Porque, como ya hemos visto en los apartados anteriores, la transposición del mandato de constitucionalización “flexible” de la *golden rule* recogido en el TECG no puede ser simétrica en todos los Estados, pues no todos tienen normas que puedan vincular a las leyes de presupuestos desde un nivel superior pero infraconstitucional. Cuando es sólo la constitución la que puede, desde la altura y resistencia jerárquica de su posición, blindar determinados objetivos para que no puedan ser removidos por la anualidad de las leyes presupuestarias, se nos hace difícilmente comprensible cómo una norma de derecho derivado puede obligar su reforma. No estaríamos aquí ya ante el caso siempre polémico de reformas constitucionales impelidas por tratados internacionales firmados al efecto (la reforma del art. 13.2 CE tras Maastricht, v.g.), ni siquiera ante posibles responsabilidades jurídico-internacionales por el incumplimiento de un compromiso entre Estados, sino ante una componenda jurídica más torticera: la posibilidad de responsabilidad frente al Derecho UE de un Estado miembro de la zona euro por no cumplir con un “deber” de reforma constitucional implícito en una Directiva. La soberanía nacional sometida a una presión jurídica que no procede de su propia cesión de acuerdo con sus procedimientos constitucionales. Aunque, claro está, se puede objetar que la previsión del 126.14 TFUE, que es la que sirve de fundamento a la propuesta de Directiva, es una cláusula de apertura de soberanía desde el derecho originario que sí ha sido consentido por los Estados. Empero, difícilmente es

asumible desde el prisma democrático-constitucional que la unanimidad vertida en una decisión del Consejo, por muy unánime que sea, pueda servir de apoyo jurídico para el establecimiento de una obligación legal, implícita en un precepto de derecho derivado, de reforma constitucional. La decisión tomada por los representantes de los Gobiernos nacionales en el Consejo de la Unión, aunque sea libre, voluntaria y jurídicamente impecable, no posee la misma fuerza normativa ni de las cláusulas estatales que permiten desde la constitución misma ceder soberanía ni, por supuesto, de los propios procedimientos de reforma constitucional. Y es que en ambos se suele exigir una mayoría parlamentaria cualificada o una legitimidad mayor que la mera decisión gubernamental en el seno de una institución comunitaria. En el caso de Irlanda, donde toda cesión hacia el derecho internacional o el derecho originario UE (¿valga el pleonasma?) precisa de un referéndum popular que la ratifique, estaríamos ya ante una paradoja de impredecibles consecuencias jurídicas. Y hemos de tener en cuenta que las posibilidades de cumplimiento de una Directiva no son tan amplias y flexibles como las diseñadas por el TECG, pues no dependen sólo de un informe concreto de la Comisión o del buen ánimo de los Estados miembros de la UE, ya que todos los sujetos legitimados para acudir al TJUE, incluida la propia Comisión ante un (in)esperado cambio de criterio, podrían hacerlo ahora.

Pero la propuesta aún guarda otra sorpresa que, desde el interior de sus previsiones, parece contrarrestar la posibilidad de mayor potencialidad de éstas. Y es que en el art. 3.1 b), tras indicar que la trayectoria presupuestaria (la que tiene por misión cumplir los objetivos de estabilidad) se establecerá en cuanto “tome posesión un nuevo Gobierno en el Estado miembro”, hace mención al respeto que dicho establecimiento ha de guardar al “ordenamiento constitucional de dicho Estado miembro”. ¿Pero cómo puede establecerse una trayectoria, una mínima planificación presupuestaria que vincule al legislador desde una pretendida *permanencia*, y que al tiempo respete el ordenamiento constitucional, si éste no incorpora ya tal posibilidad? He aquí de nuevo las incoherencias de vehículos jurídicos inapropiados que responden a los “monstruos” legales de los que nos hablaba Kocharov, solo que esta vez incidirían en el corazón mismo de la gobernanza económica bajo el paraguas de la Unión Europea y no de tratados intergubernamentales ajenos a ella.

Siguiendo esa pretendida traslación del contenido del TECG a la Directiva, la propuesta establece la obligación para los Estados que entran en su ámbito de aplicación

(recordemos: los del Euro), de incorporar el mecanismo corrector de las desviaciones presupuestarias graves o potencialmente graves respecto a los objetivos establecidos de déficit público (art. 3.2 b). Mecanismo que se activará *automáticamente* cuando dichas desviaciones sean observadas, aunque no se especifica quién lo activará ni cómo podrá (o deberá) articularse. De nuevo, sobre la necesidad de que dicho mecanismo, dependiendo de los ordenamientos estatales, sea llevado a sede constitucional para que tenga efectividad, no se menciona absolutamente nada, cuando es quizá sólo desde dicha sede como se puede responder con cierto automatismo y vincular, así, a las leyes de presupuestos.

Por su parte, los arts. 3.4 y 3.5 de la propuesta establecen la obligación de que los Estados creen autoridades independientes que velen por el cumplimiento de las previsiones anteriores, aunque no otorga a sus resoluciones, a sus recomendaciones, carácter vinculante. No lo puede hacer de ningún modo, de hecho, si no quiere entrar la Directiva directamente en conflicto con los sistemas constitucionales estatales o con la interpretación del TCA ya vista en torno al principio democrático y la centralidad del Bundestag. Ahora bien, acto seguido el apartado 6 del mismo art. 3 recoge la obligación de los Estados miembros de observar las recomendaciones de dichas autoridades independientes cuando se haya constatado una desviación de los objetivos de déficit, obligación que, ante la paradójica falta de vinculatoriedad de tales recomendaciones, constituye más un compromiso que una regla jurídicamente exigible, y más cuando otorga la posibilidad al Estado de no seguirla cuando justifique públicamente su decisión. Ahora bien, la posible influencia de este nuevo *soft law* en los informes de la Comisión dentro del PEC revisado, o en las decisiones del MEDE caso de que el Estado en cuestión esté sometido a asistencia financiera, no debe subestimarse, pues podrían ser el fundamento de instrumentos, ahora sí, coercitivos de cumplimiento.

Esta propuesta de Directiva, cuyo plazo de transposición se establecía hasta junio de 2019, no recibió sin embargo buena opinión en el Consejo, a quien iba precisamente destinada, ya que recordemos que sería una Directiva que ha de aprobarse por el procedimiento legislativo especial del 126.14 TFUE. Así, el Ecofin de 23 de enero de 2018 decidió no darle curso y pedir a la Comisión que clarificara la propuesta, aplazando su toma en consideración *sine die* y elevando una consulta sobre la misma al BCE

(prevista en el propio 126.14).⁶⁴⁶ En mayo de 2018, el BCE publicó una opinión como respuesta,⁶⁴⁷ donde sí daba la bienvenida a la propuesta de la Comisión, pero con una posición muy crítica al considerar la necesidad de varios cambios sustanciales para garantizar más intensamente la estabilidad presupuestaria y su efectividad (1.2) y siguiendo, en gran medida, las debilidades de la propuesta que hasta aquí hemos ido señalando. Así, denuncia (2.1.2) la no incorporación en la Directiva, ya mentada, del límite de déficit del *Fiscal Compact* (0,5%), y admite que hay países que no han transpuesto como es debido el mandato del art. 3 TCEG de constitucionalizar flexiblemente la regla de oro, al contrario, ya lo hemos visto, de lo que opina la propia Comisión. Por eso se muestra también muy crítico con la propuesta, pues si ésta finalmente es aprobada, entiende el BCE que rebajará el estándar de exigencia del Tratado que dice incorporar al Derecho UE, permitiendo mayor flexibilidad aún a los Estados y mayores posibilidades de que éstos no cumplan con los objetivos de estabilidad presupuestaria (2.1.4). Al tiempo, da la bienvenida a la “trayectoria” de gasto que la Directiva establece, pero solicita que se aclare y que se clarifiquen mejor los medios jurídicos para hacerla efectiva sobre los presupuestos nacionales y respetar con ello el objetivo de déficit a medio plazo (2.2.3). En cuanto al mecanismo automático de corrección, el BCE observa que la directiva no define qué se entiende por “desviación significativa”, ni quién o cómo ha de activar dicho mecanismo, pidiendo por ello una mayor concreción y claridad (2.3.2).

En este sentido, el BCE elabora su propio borrador de enmiendas a la propuesta para concretar las críticas vertidas. Un borrador que arroja luz sobre cómo la institución (independiente) que más respalda la juridificación de la estabilidad presupuestaria entiende sus instrumentos normativos e institucionales asociados, haciendo una propuesta de refuerzo de la Directiva en sus puntos débiles. Así, incorpora mayor interrelación con el PEC revisado, la obligación estricta y sin ambages de que los Estados respeten el límite del 0,5% PIB establecido en el TCEG, o una regulación más intensa tanto del mecanismo corrector como de las autoridades independientes.

⁶⁴⁶ Resultados del Consejo: <http://www.consilium.europa.eu/media/32575/st05475-en18.pdf>

⁶⁴⁷ Opinión del Banco Central Europeo de 11 de mayo de 2018: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8948-2018-INIT/en/pdf>

Por último, cabe hacer referencia a la posibilidad de incorporar el TCEG a la UE (y el MEDE) aprovechando la “ventana de oportunidad” que abre o ha abierto el Brexit. Siguiendo a Fabbrini,⁶⁴⁸ la Unión se puede ver en la necesidad de iniciar un procedimiento ordinario de revisión de los Tratados para reformar el art. 52 TUE en el que se establecen cuáles son los Estados miembros de la UE y, por tanto, el ámbito de aplicación de ésta. Aquí no cabría una modificación automática de los Tratados como sí se da con las anexiones, cuyos tratados particulares implican, en virtud de la disposición de los primeros, su modificación. Al contrario, la negociación de la salida del Reino Unido de la Unión Europea se está llevando a cabo por ésta, y será un Tratado internacional entre la UE y RU el que se celebrará de acuerdo con lo dispuesto en el art. 218 TFUE. Un Tratado que celebra la UE en uso de su personalidad jurídica no puede, por su propia naturaleza derivada, modificar directamente el derecho originario, por lo que para adaptar éste a la salida británica, podría ser necesaria una reforma vía art. 48 TUE del propio derecho originario. Y aquí sólo existiría una posibilidad: la modificación mediante el procedimiento ordinario, no el revisado que se siguió con la reforma *ex post* para dar cabida al MEDE, ya que la lista de Estados miembros del art. 52 TUE queda fuera del alcance de este último mecanismo. Teniendo así que acudir necesariamente al procedimiento ordinario, el Parlamento Europeo pueda bloquear una futura decisión del Consejo Europeo que rechazase la convocatoria de una Convención,⁶⁴⁹ obligando a que ésta se produzca y se pueda replantear con ello, con mayor legitimidad que una mera conferencia intergubernamental, el derecho originario desde una propuesta más integral, amplia y ambiciosa. En ésta podría caer, en consecuencia, la incorporación al máximo nivel jurídico de la Unión, es decir, en su propio derecho fundante, de los dos grandes instrumentos extracomunitarios que se han aprobado como respuesta a la crisis, es decir, el MEDE y el TCEG que aquí estamos analizando. Con ello, además, se abriría la puerta al planteamiento de posibles límites de efectos constitucionales a la acción del primero y de contrapesos y mecanismos democráticos de decisión a las previsiones que contiene el segundo.

⁶⁴⁸ FABBRINI, F., “How Brexit Opens a Window of Opportunity for Treaty Reform in the EU”, *Bertelsmann Stiftung, Jacques Delors Institut*, nº 1, 2016, pp. 1-8.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 4.

5.-La indeterminación y efectividad de la *golden rule* y sus previsiones: el referente analítico de los EEUU

Como indican los autores del estudio hasta el momento más completo que sobre la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria en Europa se ha publicado,⁶⁵⁰ y que seguimos y citamos en esta tesis de manera constante, el paradigma teórico para la UE en la materia ha sido y sigue siendo el ejemplo de los Estados Unidos sobre el que, recordemos, hemos dedicado el Capítulo II de la Primera parte. Paradigma que no sólo nos sirve como parámetro comparativo en cuanto a la articulación jurídica e institucional de dicha constitucionalización, con sus posibles errores y controversias, sino también, y de manera muy destacada, para poner de manifiesto la dificultad de reconducir jurídicamente la mayor problemática que se nos presenta al respecto: la de su efectividad.

En efecto, todos los esfuerzos que desde los criterios de convergencia de Maastricht, el PEC, el *six pack*, el *two pack*, el MEDE o el TECG se han vertido en la juridificación de la estabilidad presupuestaria en Europa, han sido esfuerzos que han tenido como objetivo que ésta sea cumplida y mínimamente eficaz, para lo cual es indispensable el establecimiento de mecanismos claros de coerción y garantía. Claro que las resistencias constitucionales desde el punto de vista jurídico, la propia inoperancia del proceso de integración europeo, que adolece de una falta clamorosa de legitimidad primaria, o la ausencia puntual, y diversa en su intensidad, de una verdadera voluntad política al respecto, han condicionado o dificultado que a lo largo de todos esos instrumentos se pudiera garantizar eficazmente la coerción jurídica. Ésta es, huelga decir, el presupuesto mismo del Derecho que quiera predicarse como tal y tener pretensión de normatividad, es decir, de eficacia. No obstante ello, hemos podido comprobar cómo, si exceptuamos la relajación del PEC tras el *affaire* con Alemania y Francia de mediados de los dos mil, el proceso de reforzamiento jurídico en la efectividad de la estabilidad presupuestaria ha sido gradual y progresivo, llegando incluso a aprobarse un mandato que puede implicar la constitucionalización estatal de la misma o, cuanto menos, una afectación constitucional en los ordenamientos nacionales (“constitucionalización flexible”). Hemos llegado a un estadio, el actual, donde la superposición de marcos legales que van juridificando partes de la estabilidad presupuestaria no nos puede impedir ver el marco general, en la que ésta es ya una realidad en Europa, tanto en el discurso

⁶⁵⁰ ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp. 7-8.

político y en el plano ideológico que posee hegemonía como, y así lo estamos analizando, en el eje de lo jurídico.

Para dilucidar el alcance de los elementos en juego en la problemática de la efectividad de este último eje es necesario, como ya hemos dicho, comparar el marco europeo con aquel del que ya se han podido producir consecuencias y del que, dada su dilatada experiencia, ya se han podido también realizar análisis *ex post* contundentes y holísticos. La historia de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria en Estados Unidos está cerca de cumplir doscientos años en el nivel estatal, y la de sus intentos en el federal, casi un siglo. Fue en EEUU donde surgió esa realidad jurídica, donde más se ha debatido sobre su alcance y conveniencia y donde el sistema legal más respuestas ha intentado aportar en torno a su verdadero alcance normativo.

De ahí que juristas como Van Malleghem, cuando comienzan a analizar la “nueva” realidad europea alrededor de la *golden rule*, lo hagan primero mirando analíticamente a EEUU y las lecciones que nos presenta su experiencia sobre la problemática europea, aunque sea, como veremos, aún más compleja. Siguiendo a este autor,⁶⁵¹ hemos de constatar en primer lugar el conjunto de similitudes que guardan los dos escenarios. Tanto la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria en los Estados federados norteamericanos, como la aceleración vertiginosa del tortuoso proceso de juridificación europeo, son correlatos y remedos de respuesta de crisis económicas de gran impacto, ya sea la de 1837, ya la que comenzó en 2007. En nivel federal (o comunitario) ambas se aplican o se intentan aplicar, además, sobre estructuras políticas complejas territorialmente hablando y donde una unión monetaria ya se ha alcanzado. Es más, y esto Van Malleghem no lo apunta, ambas defensas de la estabilidad presupuestaria como norma vinculante han operado, tanto en el caso norteamericano como en el europeo, sobre procesos de construcción federal. Y es que hemos de recordar que los Estados Unidos de los años treinta del siglo XIX no distaban en demasía de la Unión Europea en cuanto a concepciones de soberanía y articulación jurídico-territorial de las mismas se refiere, con un Calhoun proyectando aún sus ideas con fuerzas en el sur y un norte en

⁶⁵¹ VAN MALLEGHEM, P. A., “(Un)Balanced Budget Rules in Europe and America”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp.153-160.

construcción. Así lo ha visto, de hecho, el propio Buchanan, quien en un artículo un tanto desconocido traza el mismo paralelismo.⁶⁵²

Pero el elemento más interesante en cuanto al análisis comparativo no está tanto en las similitudes como en las diferencias,⁶⁵³ en la medida en que es en éstas donde podemos encontrar las fallas más graves del proceso europeo al ponerlas frente al espejo de su hermano norteamericano. Así, y antes de entrar a estudiar una a una dichas fallas de efectividad en perspectiva comparada, hemos de recordar que en ésta partimos de diferencias estructurales que no permiten la equiparación plena. Estados Unidos es ahora un sistema federal donde el nivel más alto, el de la Unión, tiene a su disposición la mayor parte de los recursos y, con ello, un potencial redistribuidor enorme. Por el contrario, la europea es una unión inacabada e imperfecta, que no puede aún predicarse como federal, y donde el presupuesto común sólo representa una ínfima parte del poder fiscal de los Estados, quienes retienen todavía el grueso de las políticas económicas y presupuestarias. Resulta paradójico, no obstante, que a pesar del poco poder presupuestario que detenta la Unión, ésta se vea limitada al respecto desde el propio derecho originario, ya que el art. 310 TFUE establece el principio de equilibrio presupuestario, *nominal* y no estructural, para las cuentas comunitarias.⁶⁵⁴ Aquí hemos de seguir la intuición de Maestro Buelga, para quien la ausencia de un presupuesto fuerte en la Unión y, al mismo tiempo, su limitación mediante una férrea disciplina, responden a la carencia consciente de que desde Bruselas se puedan ostentar funciones de verdadero *indirizzo* político sobre el mercado y la economía.⁶⁵⁵

Al mismo tiempo, y aunque como vimos se producen tensiones constitucionales también en el seno del país norteamericano, su articulación jurídica del poder territorial está mucho más definida y conducida constitucionalmente que en Europa, donde a la superposición multinivel de legitimidades y marcos normativos se une el carácter inarmónico de su gobierno económico. Por último, Estados Unidos cuenta con un *demos* perfilado que proyecta sobre su organización política un marco simbólico de

⁶⁵² BUCHANAN, J. M., “American Perspective on Europe’s Constitutional Opportunity”, *Cato Journal*, vol. 10, nº 3, 1991, pp. 619-622.

⁶⁵³ Analizadas por VAN MALLEGHEM, P. A., op. cit., en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp., 162-163.

⁶⁵⁴ GÓMEZ URQUIJO, L., “El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza dentro del nuevo marco condicional de cohesión social en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 42, 2012, p. 531.

⁶⁵⁵ MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica e integración europea”, op. cit., p. 59.

referencia/representación susceptible de provocar fuertes resistencias, mientras que en el contexto de la Unión Europea la inexistencia de dicho marco simbólico, de dicho *demos* europeo constituye, como veremos en la tercera parte, una de las mayores rémoras para el proyecto de integración.

Partiendo de estas disimilitudes previas, vamos a analizar una a una las fallas principales de la constitucionalización europea de la estabilidad presupuestaria, a la luz del examen ya realizado de la norteamericana en el apartado 2.3 del Capítulo II de la Primera parte y tomando como referencia la que, hasta ahora, ha sido la enmienda más completa y con más posibilidades de éxito, la presentada en 1995 en el Congreso federal.

5.1.-La definición de la estabilidad presupuestaria y el método contable

Ya vimos en el correlato norteamericano que una de las cuestiones más controvertidas siempre ha consistido, precisamente, en la propia definición del corazón de la estabilidad presupuestaria. Ésta, *stricto sensu*, se referiría a la necesidad de garantizar jurídicamente la paridad entre ingresos y gastos del Estado, paridad que puede ser *perfecta*, siguiendo una clasificación propia, o, caso de permitir pequeños márgenes de déficit, *imperfecta*. Como dijimos en su momento, esta concepción no implica *per se* una limitación sobre los niveles de deuda pública (sostenibilidad financiera), aunque ello suele acompañar a la estabilidad presupuestaria y, en tanto es funcional a sus objetivos, identificarse con la misma. Así, el TCEG, que en su propio nombre no contiene referencia alguna a la sostenibilidad financiera, en su art. 4 la viene a reforzar desde el derecho internacional en un recuerdo del límite del Protocolo nº 12 (60% sobre el PIB), al que directamente se remite. La interdependencia con la *golden rule* es tan fuerte que el art. 3.1 d) contiene la previsión ya descrita de permitir elevar el techo de déficit hasta el 1% si los niveles de deuda se alejan, favorablemente, del 60%. Se sigue así esa subsunción casi plena de la sostenibilidad financiera en el concepto más amplio de estabilidad presupuestaria, algo que ya pudimos ver en la experiencia estadounidense (tanto en la estatal como en los intentos acaecidos en la federal) o en reformas constitucionales previas como la española. La imposición de límites a la capacidad de endeudamiento de los Estados es complemento, por tanto, a la reducción de un déficit público que se puede financiar, precisamente, mediante la emisión de deuda.

El TCEG, en su art. 3.1 b), recoge un mandato de estabilidad presupuestaria imperfecta, pues establece un margen de 0,5% de déficit...*estructural*. Y aquí es donde surge uno de los principales problemas hermenéuticos de la regla en Europa, problema que no se daba en la enmienda BBR de 1995. En esta, al hablar en su Sección 1 de que el “el total de gastos para cada año fiscal no excederá el total de ingresos previsto para ese año” se refiere a un déficit nominal o cíclico, es decir, a un déficit anual en términos puros sin contar con las consecuencias negativas para él de gastos extraordinarios debidos a la coyuntura económica. Por el contrario, el déficit estructural cuenta en su cálculo dichos gastos extraordinarios, buscando indicar con la mayor exactitud los posibles desequilibrios permanentes (estructurales) que estén por debajo, siempre, de los cambios cíclicos o coyunturales. Un concepto que era previo a la juridificación europea de la estabilidad presupuestaria que estamos estudiando y que, ya desde el análisis teórico arrojaba serios problemas de interpretación y determinación.⁶⁵⁶ Porque la cuestión principal reside en dilucidar la propia concreción de la parte estructural del déficit, es decir, de aquella parte que no se ve alterada temporalmente por la situación económica y que pervive, estructuralmente, a lo largo de la gestión presupuestaria y fiscal del Estado. El art. 3.3 a) TCEG define como “saldo estructural anual de las administraciones públicas” el “saldo anual ajustado en función del ciclo, una vez excluidas las medidas puntuales y las de carácter temporal”. Además de repetir en la definición el objeto de lo que quiere definirse, lo que nos advierte de la técnica jurídica utilizada en la elaboración del Tratado, llama la atención que no se concreten más tales conceptos, ya de por sí abiertos. Y es que la determinación de dicho saldo estructural, además de contar con la posible existencia de numerosos métodos de cálculo, tiene que depender en última instancia no de operadores jurídicos, sino de servicios de economistas que pueden lograr escapar en su discreción, fácilmente, incluso del tribunal más avezado.

En el caso europeo, y en el interior del PEC revisado, con sus concomitancias del TCEG, es el Comité de Política Económica de la Comisión Europea el que con la información proporcionada por los Estados y Eurostat (la agencia de estadísticas europea), elabora la previsión de déficit estructural sobre la que la propia Comisión puede emitir sus informes y, con ello, comenzar cualesquiera de las vertientes del Pacto. En concreto, dentro del Comité existe un Grupo de trabajo,⁶⁵⁷ conformado por economistas

⁶⁵⁶ MOLINAS SANS, C., “Déficit cíclico y déficit estructural”, *Presupuesto y gasto público*, nº 12, 1994, pp. 65-70.

⁶⁵⁷ Página web del grupo de trabajo: https://europa.eu/epc/output-gaps-working-group_en

de diversa procedencia y reconocido prestigio, que se encarga de perfilar el *Output Gap* (“brecha de producción”, en español y poco usado), es decir, la diferencia entre el PIB real de una economía y el PIB potencial estimado. Éste último sería el PIB que podría darse en el caso de que todos los recursos, incluidos los humanos (capacidad de trabajo), se empleasen a pleno rendimiento, siendo el resultado de una estimación muy variable que sigue, además, modelos económicos teóricos. Pues bien, y permitiéndonos este breve excursión en lo puramente económico, es sobre esa diferencia estimada, sobre ese *gap*, donde se realiza el cálculo de las desviaciones cíclicas y, por ende, el resultado final del déficit estructural. Y es que si no hubiera brecha de producción, al ser ésta igual a su potencialidad plena, no tendríamos problemas presupuestarios estructurales. Por el contrario, la activación de los llamados “estabilizadores automáticos” (subsidios de desempleo, por ejemplo) cuando ese espacio entre ambos márgenes es amplio y cuando se produce una coyuntura económica adversa, alejándolos en un hipotético plano, es lo que hace extender el déficit desde su base estructural a su vertiente cíclica. El cálculo económico del déficit estructural es por tanto, y como estamos viendo, no sólo técnicamente complejo y labor propia de economistas,⁶⁵⁸ sino también abiertamente discrecional, puesto que en su determinación entran en juego diversos modelos teóricos y estimaciones que, en tanto tales, no son *per se* una realidad fáctica y reconducible jurídicamente. Tal y como ha afirmado Menéndez Menéndez,⁶⁵⁹ es aquí donde opera en consecuencia el mayor problema jurídico, el de la falta de concreción extrajurídica, económica, de un concepto amplio y con una problemática analítica altamente procelosa. Es más, muchos autores de la disciplina vecina tienen como campo de estudio el planteamiento de metodologías y modelos alternativos a los que usan las grandes instituciones internacionales como la OCDE o la propia UE en sus procedimientos de PEC revisado⁶⁶⁰. No es extraño también que algunos Estados, como España de forma particular, propongan reiteradamente a la Comisión otros métodos de cálculo (más favorables para ellos, se entiende)⁶⁶¹. Y es que hemos de recordar, además, que la

⁶⁵⁸ COYLE, D., *GDP: A Short but Affectionate History*, Princeton: Princeton University Press, 2014.

⁶⁵⁹ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. J., “The structural crisis of European Law as a mean of social integration. From the democratic rule of law to authoritarian governance”, *ARENA Working Paper*, nº 5, 2016, p. 20.

⁶⁶⁰ VARELA, J., CORRALES, F. y DOMÉNECH VILARIÑO, R., “Los saldos presupuestarios cíclico y estructural de la economía española”, *Hacienda pública española*, nº 162, 2002, pp. 9-34.

⁶⁶¹ Así, por ejemplo, en el borrador de plan presupuestario de 2014 que España envió a la Comisión Europea, y que puede consultarse en el siguiente enlace

http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/pdf/dbp/es_2013-10-15_dbp_en.pdf Especialmente páginas 9-13.

estimación para cada Estado del déficit estructural por la Unión Europea y sus organismos no sólo opera de cara al cumplimiento del PEC revisado o del TCEG, sino también a las de las propias previsiones de estabilidad presupuestaria estatales. Éstas contienen en muchas ocasiones cláusulas de remisión a la normativa europea y a los cálculos efectuados al respecto por la Comisión, convirtiéndose de este modo la estimación realizada por un grupo de economistas de un organismo (de la propia Comisión) apenas conocido, la regla que imperará en la determinación presupuestaria para Gobiernos y Parlamentos democráticamente elegidos a lo largo y ancho del continente y que, con la misma, se ven limitados en su política económica y en la garantía material de los derechos y prestaciones sociales. Una opción ésta, la del cálculo discrecional del déficit *estructural* por parte de economistas, que ya había sido criticada por la doctrina, como en Dasí González, tras la reforma del PEC en 2005, cuando sin éxito sonaron algunas voces que abogaban por la incorporación del criterio estructural.⁶⁶²

Por último, recordemos que al analizar la propuesta norteamericana y la larga experiencia constitucional en la materia que allí encontramos, uno de los problemas principales que se nos presentaba era también la correcta determinación de los gastos e ingresos en el año fiscal o periodo temporal en el que la estabilidad presupuestaria se aplique. Devengo o caja eran dos de los métodos principales para dicha determinación, cuya diferencia en la aplicación implica cambios sustantivos en el cálculo del déficit y de la deuda públicos y, por ende, en la proyección misma de cualquier *golden rule* y su eficacia normativa. Siguiendo la estela de la propuesta de enmienda constitucional de 1995, el TCEG vuelve a presentar aquí una carencia notable al no indicar cómo han de calcularse los dos parámetros y bajo qué criterios contables, teniendo que remitirnos, por analogía y por la subordinación expresa del TCEG al PEC y al Derecho UE, a las estipulaciones de éstos. La sorpresa está en que tanto el Derecho originario (art. 125 TFUE y Protocolo nº 12) como los reglamentos que conforman el PEC revisado, tampoco son muy explícitos ni generosos a la hora de resolver tal problemática, aunque el art. 3 de la Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre, perteneciente al *six pack*, sí establece el sistema de devengo remitiéndose al *Sistema Europeo de Cuentas* (SEC). Es en éste, establecido por el Reglamento (UE) 549/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, donde se concreta la contabilidad de devengo como regla (*vid.* Capítulo 20 del mismo), decisión que ya existía tanto en el marco contable del antiguo

⁶⁶² DASÍ GONZÁLEZ, R. M., op. cit., p. 73.

PEC (Reglamento (CE), 2223/96)⁶⁶³. Aunque aquí, en el caso europeo, parece solventarse la problemática a través de una norma de derecho derivado muy compleja, completa y detallada, quizá hubiera sido conveniente aclarar desde el TCEG o desde el derecho originario de la UE la opción seguida, blindándola además ante posibles cambios repentinos que afectarían al núcleo mismo de la estabilidad presupuestaria, como es el cálculo contable de sus parámetros.

5.2.-La suspensión causal o temporal de la regla

Uno de los problemas que siempre ha de abordar cualquier juridificación de la estabilidad presupuestaria es la misma entrada en vigor de su mandato. La consecución de un déficit cero o cercano a cero (*golden rule*) o de niveles de deuda inferiores a determinados porcentajes sobre el PIB, no es una cuestión de mera voluntad legislativa que pueda cumplirse con su formulación, puesto que convergen múltiples factores, eminentemente económicos, que no pueden alterarse de súbito para acomodarlos a concretos objetivos. Claro que el déficit y la deuda pública dependen en última instancia de decisiones políticas, pero de decisiones que constituyen un largo precipitado. Esa “acomodación” o adecuación de dos indicadores de la economía tan relevantes precisa un tiempo (transitoriedad) en el que una nueva acumulación, en el que un nuevo conjunto de decisiones normativas y presupuestarias, pueda proyectarse para poder cumplir con el mandato impuesto y forzar, si fuere necesario, elementos económicos estructurales. Así, el proyecto estadounidense de enmienda constitucional de 1995 que aquí estamos siguiendo como espejo establecía, en su sección 8, que las previsiones de la *golden rule* que pretendía consagrar tendrían efecto a partir del año fiscal de 2002, es decir, se daba un tiempo de *vacatio* de siete años en los que el Gobierno federal, y el propio Congreso, tendrían que ir progresivamente acercando los presupuestos y los niveles de deuda al objetivo de déficit cero, el cual, desde 2002, debería ser ya una realidad en los años fiscales ulteriores.

Pues bien, ¿qué dice al respecto nuestro TCEG? El art. 3.1 a), que establece la estabilidad presupuestaria como regla, no indica ningún plazo de *vacatio* por lo que, hemos de entender, desde la entrada en vigor del Tratado aquella ya es una obligación jurídica para los Estados parte. En la formulación del mandato de que “la situación

⁶⁶³ *Ibid.*, pp. 90-91.

presupuestaria de las administraciones públicas de cada Parte Contratante *será* de equilibrio o superávit”, la fuerza de la obligación recae en el verbo en futuro-imperativo, pero un futuro-imperativo que no tiene una referencia temporal y que, desde la vigencia misma del Tratado que lo contiene, proyecta su efecto jurídico *ab initio*. Claro que dicha previsión es, casi en sus mismos términos, imposible de realizar por cuanto, como hemos indicado, para que se alcance la regla de estabilidad presupuestaria se precisa que el Estado en cuestión lleve a cabo una serie de políticas que, en tanto precipitado de larga duración, vayan encaminadas en el tiempo a la consecución del objetivo propuesto. Por su parte, si vamos a la disposición general del art. 14 sobre la vigencia y aplicación del Tratado, vemos que expresamente se establece que el mismo “se aplicará a partir de su fecha de entrada en vigor a las Partes Contratantes cuya moneda es el euro que lo hayan ratificado” (art. 14.3).

Ahora bien, el Tratado, justo después de consagrar la estabilidad presupuestaria como regla sin plazo alguno de adaptación a la misma, parece darse cuenta de tal temeridad y comienza a hablar, en el apartado b) del art. 3.1, de “objetivos específicos a medio plazo” y de la necesidad de establecer, por parte de la Comisión, calendarios de cumplimiento de tales objetivos para garantizar una “rápida convergencia” en consonancia con el PEC revisado. Es decir, en el mismo apartado en el que se impone como límite máximo de déficit estructural el 0,5%, desarrollando la *golden rule* que en el apartado anterior se juridifica, se hace una remisión a planes de convergencia y a objetivos a medio plazo al constatar, por ende, que súbitamente y por la firma de un compromiso jurídico-internacional, no puede alcanzarse la plena estabilidad presupuestaria por los Estados. En esta contradicción interna del TCEG encontramos una de sus grandes fallas, y es que al no indicar plazo alguno de convergencia y adaptación pero dar por evidente, al mismo tiempo, que el mandato del 3.1 a) es imposible implementarlo inmediatamente, queda la puerta abierta a una indefinición temporal constante que puede poner en entredicho la propia eficacia de la estabilidad presupuestaria que se pretende juridificar y que sólo puede ser solventada si acudimos al PEC ya analizado. Los Estados, amparándose en dicha indefinición, como veremos, pueden así burlar más fácilmente el posible control del cumplimiento de su compromiso.

Donde el Tratado sí establece un plazo y parece con ello solucionar el problema de la transitoriedad de la estabilidad presupuestaria, es en el mandato del art. 3.2 que obliga a los Estados a constitucionalizar, siquiera débilmente, la regla de oro. Y es que,

igual que evidente es la imposibilidad de alcanzar al instante un nivel de déficit cercano a cero, lo es también la necesidad de dar un tiempo prudencial a los Estados para que, conforme a sus procedimientos y previsiones constitucionales, puedan reformar los textos fundamentales que los rigen o adecuar sus marcos jurídicos a la nueva exigencia. Ahora bien, y como ya hemos analizado con mayor detalle en las páginas precedentes, el plazo que se ha otorgado de un año (hasta el 1 de enero de 2014) es impracticable para muchos Estados, cuyos procedimientos de reforma constitucional son muy rígidos o conllevan respetar determinados ciclos electorales que superan esa barrera temporal. Otra cuestión es, por supuesto, la ausencia de mayorías o de voluntad política suficientes que puedan respaldar el cumplimiento del nuevo mandato jurídico-internacional, asunto este que nos lleva directamente a la naturaleza misma de la controvertida previsión y nos aleja de la problemática actual.

En cuanto a la flexibilidad, hemos de recordar que toda cláusula de estabilidad presupuestaria tiene que incorporar una serie de excepciones que habiliten la suspensión temporal de sus exigencias, pues una rigidez absoluta maniataría al Estado hasta en situaciones extraordinarias que requieren una acción e intervención mayor en el ámbito económico. Así, en el proyecto de enmienda de 1995 se permitía al Congreso de los Estados Unidos, por mayoría simple de cada cámara, levantar la regla de la *golden rule* (Sección 5), siempre que existiera una situación de conflicto militar. Ya entonces comentamos la ambigüedad de dicho concepto y más dada la permanente involucración de la potencia norteamericana en conflictos alrededor del mundo, lo que permitiría gracias a una interpretación laxa suspender *ad perpetuam* la exigencia jurídica de estabilidad presupuestaria.

El TECG intenta definir en el art. 3.3 b) lo que se entiende por “circunstancias excepcionales”, que son las que el Tratado considera *ex art. 3.2* como causa habilitante de suspensión, tanto para la propia norma del 3.1 como para el mandato de constitucionalización subsiguiente. Pues bien, de acuerdo con la definición dada, se entenderá por “circunstancias excepcionales aquel acontecimiento inusual que esté fuera del control de la Parte Contratante afectada y tenga una gran incidencia en la situación financiera de las administraciones públicas o aquellos períodos de grave recesión económica a tenor del Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, siempre que la desviación temporal de la Parte Contratante afectada no ponga en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo.” Es decir, hay dos grandes supuestos: el de acontecimientos

inusuales que, se sobreentiende, revisten una gravedad tal que pueden llegar a desestabilizar elementos clave de la organización económica y política de un Estado, como una guerra o un desastre natural de envergadura, y el de los periodos de grave recesión económica con el límite expuesto. Para este último supuesto,⁶⁶⁴ recordemos que el PEC antiguo, el acordado en 1997, establecía que para considerar la existencia de una recesión económica en un Estado que pudiera excepcionar la estabilidad presupuestaria, aquella tenía que rebasar una caída interanual del PIB del 2% (Reglamentos CE 1466/97 y 1467/97). No obstante, la reforma de 2006 tras el incumplimiento de Francia y Alemania y la controversia ante el TJUE, eliminaría esa previsión y referencia para, aduciendo su indeterminación, flexibilizar aún más la posible excepción.

5.3.-Previsiones complementarias: la nueva generación

Como indicamos en su momento, desde los comienzos mismos de la historia de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria ha existido siempre una tendencia a acompañar dicho principio con provisiones complementarias que lo rebasan y que, en cierta manera, poco tienen que ver con ella. Así, en algunas de las propuestas de enmienda constitucional de BBR norteamericanas que analizamos se pretendía exigir mayorías cualificadas para la elevación de impuestos o, desde algunas posturas teóricas, como la de Kiewiet y Szajaly, incluso referenda para permitir excepciones al déficit cero o superaciones de los límites de deuda. Resonando Buchanan y la teoría de la Economía constitucional en estos contenidos que podemos denominar como accesorios, lo cierto es que están teniendo un renovado auge en algunos Estados europeos, sobre todo en los del Este, como hemos tenido ocasión de analizar pormenorizadamente en otro estudio ya citado, donde los hemos estudiado bajo la óptica de una nueva generación de BBR.

En cuanto al Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza que aquí nos ocupa, el contenido accesorio a la regla de oro, y que desde el propio Tratado se considera así al incluirlo en las mismas provisiones de aquella, es eminentemente uno: la necesidad de que los Estados establezcan *mecanismos correctores* para corregir las desviaciones de déficit (art. 3.1 e)), obligación que entra en el propio mandato de constitucionalización flexible de la estabilidad presupuestaria y en su supervisión incluso jurisdiccional (3.2). Es decir, con la misma intensidad con la que el Tratado pretende que los Estados

⁶⁶⁴ *Ibid.*, pp. 70-71.

incorporen a sus ordenamientos normas *permanentes* que garanticen el déficit cercano a cero a lo largo de los procedimientos presupuestarios, se mandata también la instauración interna de mecanismos automáticos de corrección que, no obstante, no son definidos ni perfilados jurídicamente. Curiosamente sólo se incorpora una salvedad, y es que tales mecanismos han de ser incorporados en consonancia con los principios comunes que proponga la Comisión Europea, respetando “plenamente las prerrogativas de los Parlamentos nacionales”. Los “principios comunes” de los que habla el Tratado, y que deben ser aprobados por la Comisión, habrían de contener las estipulaciones y requisitos mínimos que tienen que guardar los mecanismos correctores que se incorporen y diseñen a nivel estatal. No obstante, la Comisión ha publicado tales principios ya, el 26 de junio de 2012 y mediante Comunicación (COM (2012) 342), sin que podamos encontrar apenas en ellos una orientación clara sobre la materia y la exigencia del Tratado. Como acertadamente señala Reestman, la Comisión se ha visto en la necesidad de restringir su posible margen de discrecionalidad sobre la interpretación de la disposición del Tratado no sólo por una cuestión de prudencia política y jurídica sino también, y de manera muy destacada, por los posibles inconvenientes que instrucciones vinculantes y precisas sobre el procedimiento presupuestario nacional pudieran despertarse por parte del TCA.⁶⁶⁵ Al tiempo, es difícil diseñar un mecanismo corrector automático sobre desviaciones de déficit sin afectar a las prerrogativas de los parlamentos nacionales que son, huelga decir, los artífices de los presupuestos y los posibles causantes, últimos, de tales desviaciones presupuestarias. El art. 3.2, en este sentido, guarda una clara paradoja que la Comisión ha pretendido resolver a través de una Comunicación poco ambiciosa y redactada tan ambiguamente que le resta potencialidad a su vinculatoriedad.

Asimismo, a la indeterminación del precepto que contiene el mandato del “mecanismo corrector” se suma, de nuevo, la interdependencia entre todo el marco jurídico de estabilidad presupuestaria de la UE, pues la decisión sobre si se ha incurrido o no en una desviación grave de la senda de déficit corresponde al procedimiento del PEC revisado y a la posibilidad de abrir un PDE, donde, recordemos, la Comisión juega un papel clave. Nuevamente un Tratado internacional, ajeno a la UE, se acopla a los procedimientos de ésta y hace depender su eficacia misma, en el fondo, en la propia eficacia de los procedimientos comunitarios ya establecidos. Pero es que además, en esta ocasión, proyecta una obligación de nuevo cuño desde el objetivo de la estabilidad

⁶⁶⁵ REESTMAN, J. H., op. cit., pp. 486.

presupuestaria y usando, para ello, los instrumentos y previsiones ya establecidas en el PEC, por lo que la problemática aquí de los contenidos accesorios a la *golden rule* se agrava por la extrema complejidad del nuevo entramado comunitario, la superposición de previsiones jurídicas y la diversidad en la procedencia de éstas.

5.4.-El alcance del ámbito de actuación institucional

La problemática del alcance del ámbito subjetivo de actuación de la regla de estabilidad presupuestaria es diferente en Europa que en Estados Unidos, donde existe una tradición, como vimos, de alejar determinados gastos e ingresos de las normas presupuestarias generales. Además tenemos que recordar que las propuestas de enmienda a la Constitución Federal sólo se pretendían aplicar al Gobierno de Washington, en tanto que todos los Estados ya habían constitucionalizado previamente la *golden rule*. En Europa es lo contrario, puesto que desde un nivel superior (supranacional y cuasi-federal) se pretende proyectar la estabilidad presupuestaria a los propios Estados y sus “administraciones públicas” (art. 3.1 a), *sic*). Si el Tratado hubiese sólo mentado a las Partes Contratantes, es decir, a los Estados que lo han ratificado, hubiéramos podido tener más dudas sobre el alcance subjetivo de la estabilidad presupuestaria, pero al indicar en plural “las administraciones públicas” hemos de entender, por analogía con el artículo 2 del Protocolo nº 12, que la nueva regla ha de aplicarse en un Estado a “la administración central, a la administración regional o local y a los fondos de la seguridad social, con exclusión de las operaciones de carácter comercial, tal y como se define en el sistema europeo de cuentas económicas integradas”.

Aquí la problemática constitucional alcanza una dimensión desproporcionada que sólo podemos analizar de manera somera en este trabajo, por cuanto no es la materia principal de nuestro objeto de estudio. Autores españoles como Guerrero Vázquez, por ejemplo, han tratado pormenorizadamente sobre el particular en torno a la incidencia de la estabilidad presupuestaria en la distribución interna del poder territorial, y es que, como ya se aventura, el hecho de que una norma de derecho originario como es el Protocolo nº 12, y que ahora se ve reforzada por un Tratado intergubernamental, se proyecte también sobre los entes subestatales, supone una afectación constitucional interna de gran intensidad. Las competencias que por ejemplo en la Constitución Española se reconocen a las Comunidades Autónomas necesitan de autonomía fiscal y presupuestaria para poder

materializarse, pues de lo contrario los modelos de descentralización política se quedarían únicamente en el ámbito de la formalidad y la mera proclama. Los entes subestatales dotados con autonomía política precisan de un sustento material, cristalizado en la capacidad presupuestaria, para poder cumplir con los objetivos y posibilidades que aquella brinda y desempeñar, además, el papel esencial que realizan en la efectividad misma del Estado social.⁶⁶⁶ Cuando, como ahora estamos analizando, se consagran principios jurídico-presupuestarios desde las alturas de un proceso de integración o, lo que es peor, desde un Tratado intergubernamental, esa distribución interna de poderes puede sufrir una mutación constitucional de calado al proyectarse cierta tutela desde dos posiciones. En primer lugar, desde la del propio principio de estabilidad presupuestaria y su automaticidad se desprende una limitación evidente al margen de discrecionalidad de toda política económica, por cuanto ésta ha de respetar en última instancia dicho principio. Como veremos, medidas de corte keynesiano o de reactivación económica con matiz social o socializante se dificultan en grado sumo debido a una estabilidad presupuestaria juridificada que puede actuar como camisa de fuerza y restringir el ámbito de disponibilidad política. En segundo lugar, la necesidad de controlar verticalmente el cumplimiento de dicha regla convierte a los Estados en correas de transmisión de su aplicación comunitaria, provocando con ello un proceso paralelo de recentralización que afecta a los entes territoriales subestatales en la medida en que pierden autonomía presupuestaria y fiscal al quedar ahora, de manera reforzada, bajo la supervisión de sus respectivos Estados centrales. Cuando esta realidad se aplica en el interior de los modelos *económico competitivo y político descentralizado*, que teorizaremos en la tercera parte, los efectos para el Estado social pueden llegar a ser devastadores.

Todo ello implica, asimismo, que el esfuerzo presupuestario de la consolidación que se deriva de la *golden rule* tenga que ser asumido por el conjunto de las administraciones públicas de acuerdo con criterios de reparto que son, generalmente, determinados por el Estado central. Es decir, la necesidad de “repartir” la carga de la estabilidad presupuestaria y su mandato, incluidos los objetivos a medio plazo de consolidación, conllevan la necesidad de establecer algún tipo de criterio numérico en el que la responsabilidad de dicho proceso gradual de convergencia hacia el déficit cero (o cercano a cero) se diversifique. Algunos Estados, como Alemania en su famosa reforma

⁶⁶⁶ Cfr. SÁNCHEZ FERRIZ, R., “La labor de los parlamentos autonómicos en la consolidación del Estado social”, *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 16, 2005, pp. 101-132.

constitucional anterior al TCEG, han sido muy drásticos en su reconsideración de la autonomía presupuestaria de los entes subfederales, pues en este caso, por ejemplo, el déficit cero *stricto sensu* o equilibrio presupuestario se aplica a los *Länder*, mientras que la Federación puede “disfrutar” de un margen de hasta el 0,35% sobre el PIB. Como se preguntan Arroyo Gil y Giménez Sánchez,⁶⁶⁷ siguiendo las preocupaciones de la propia doctrina alemana, es difícil que tal previsión no choque con el principio de autonomía política consagrado en la Ley Fundamental de Bonn y hasta con la forma de gobierno federal que en Alemania (art. 20.1 LFB), hagamos memoria, viene determinada en una cláusula pétrea o eterna no susceptible de reforma constitucional (art. 79.3 LFB).

En España, por acudir a otro ejemplo y al más cercano, el equilibrio presupuestario o déficit cero *stricto sensu* se ha impuesto a los municipios con la reforma del art. 135 de 2011, pero las Comunidades Autónomas también se han visto seriamente afectadas en su autonomía presupuestaria (que es al fin y al cabo política), puesto que todas las Administraciones Públicas tienen que respetar el principio de estabilidad consagrado en la reforma constitucional e indexado a los parámetros europeos a los que aquella se remite. En este sentido es particularmente llamativo el reparto que se hace entre las diferentes administraciones territoriales del límite de deuda pública (60% sobre PIB), pues en virtud de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera que desarrolla la previsión constitucional, se insta para el Estado central un máximo de un 44%, para las CCAA un 13% y para los municipios, un 3%.

5.5.-Los instrumentos de evasión

Al analizar la experiencia estadounidense pudimos comprobar cómo a nivel estatal existe una tradición, casi tan duradera en el tiempo como la propia BBR, de evadir esta regla mediante una serie de instrumentos jurídicos que parecen haberse institucionalizado en algunos Estados. Los *special funds*, *lease arrangements*, la emisión de deuda a corto o las *building authorities* son los cuatro instrumentos principales que ya analizamos, y que se han convertido en una de las mayores preocupaciones para los partidarios y defensores de la juridificación de la estabilidad presupuestaria. En ocasiones, además, son utilizados como medios alternativos de flexibilización de ésta, debido a veces a la antigüedad y

⁶⁶⁷ ARROYO GIL, A. y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., op. cit., p. 159.

rigidez de las formulaciones de la BBR o a la necesidad política de que el Estado, consciente y abiertamente, no la cumpla.

En Europa, a primera vista, parecería no existir esa “cultura” generalizada de evasión de la regla mediante subterfugios contables debido principalmente a dos factores. Primero, la juridificación europea de la estabilidad presupuestaria está diseñada desde arriba en el proceso de integración para aplicarse a los Estados bajo una supervisión más estricta (*top down*), al contrario de lo que acontece en el país norteamericano, donde no ha habido una proyección desde el nivel federal al estatal de una regla en cuya aplicación vertical precisa, ciertamente, de mecanismos de control. Segundo, la elaboración de los presupuestos y el cálculo de la contabilidad nacional no adolece de una complejidad ni parecida a la que se da en Estados Unidos, donde a la diversidad de normas presupuestarias y previsiones constitucionales se une una tendencia, relativamente reciente, de incorporar una nueva generación de normas de *golden rule*. En Europa, y aunque cada Estado en uso de soberanía tenga también particularidades propias, ha existido desde principios de los noventa un esfuerzo por coordinar la contabilidad del conjunto de los países, sobre todo a través de Eurostat y del Sistema de Europeo de Cuentas (SEC-10).

No obstante dicha armonización, y a pesar de la supervisión de la Comisión y del resto de instituciones comunitarias, siguen existiendo posibilidades de evasión que vienen muchas veces impelidas, en el contexto europeo, por la reafirmación política de la soberanía estatal. Cambios de gobiernos y de políticas económicas pueden conllevar un distanciamiento mayor con las reglas que aquellos se encuentran al acceder al poder de sus Estados, y las tensiones socioeconómicas en el interior de éstos, donde sí operan los marcos simbólicos de referencia a los que nos referiremos más adelante, pueden condicionar o forzar el incumplimiento de la estabilidad presupuestaria. Balassone y Franco⁶⁶⁸ ya indicaban, en este sentido y a principios de los 2000, el riesgo de que los posibles cálculos del déficit estructural no fueran del todo certeros si éstos dependían de los Gobiernos estatales, quienes en ocasiones podrían ocultar como gastos de inversión extraordinarios lo que en verdad eran gastos ordinarios, consiguiendo rebajar con ello el monto del déficit estructural.

⁶⁶⁸ BALASSONE, F., y FRANCO, D., “Public investment, the Stability Pact and the Golden Rule”, *Fiscal Studies*, vol. 21, n° 2, 2000, pp. 207-209.

Al margen de esa complicación, inherente a la apertura misma del concepto estructural, pueden existir en Europa instrumentos de evasión parecidos a los norteamericanos. Algunos, como los denominados “peajes en la sombra”, que consisten en la asunción de una obra pública por parte de una empresa privada que luego será remunerada, han sido utilizados por algunos Estados como España para rebajar sus niveles de endeudamiento.⁶⁶⁹ Uno de los casos más famosos de evasión fue el protagonizado por Grecia en 2002, cuando mintió sobre el balance real de sus cuentas públicas a Eurostat y a las instituciones europeas con el objetivo, finalmente conseguido, de entrar en la tercera fase de la UEM y, por ende, en el Euro.⁶⁷⁰ Tras el descubrimiento del engaño griego, de proporciones gigantescas y que tendría luego hondas repercusiones en la crisis europea de deuda pública, la Unión reforzó sus mecanismos de supervisión, adoptando en primer lugar el *Código de buenas prácticas de estadísticas europeas* (Reglamento CE 223/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo) e incorporando posteriormente, en el seno del *six pack*, un conjunto de sanciones muy drásticas ante posibles manipulaciones de la contabilidad nacional por parte de los Estados. Así, el art. 8 del *Reglamento UE 1173/2011, del Parlamento y del Consejo de 16 de noviembre, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona euro*, establece severas sanciones por la manipulación de los datos de cálculo del déficit y la deuda que pueden llegar, incluso, hasta el 0,2 % del PIB del Estado culpable. Esta fue la previsión seguida por el Consejo de la Unión para sancionar a España en julio de 2015 (Decisión 2015/1289) con una multa de casi diecinueve millones de euros por la manipulación de los datos de déficit que llevó a cabo la Comunitat Valenciana de forma sistemática durante más de veinte años, sanción que luego ha sido ratificada por el Tribunal de Justicia en diciembre de 2017 (C-521/15, sentencia de 20 de diciembre de 2017) en una decisión que supone una novedad significativa. Recordemos que, en virtud del art. 126.10 TFUE, el TJUE queda al margen de posibles recursos de incumplimiento que lleguen a su sede en materia de gobernanza económica, pero el Reglamento antedicho sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria deja margen al Estado

⁶⁶⁹ DASÍ GONZÁLEZ, R. M., op. cit., pp. 71-72.

⁶⁷⁰ En esa operación de evasión fue determinante el banco Goldman Sachs, tal y como descubrió una investigación del diario alemán Der Spiegel. Noticia que puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.spiegel.de/international/europe/greek-debt-crisis-how-goldman-sachs-helped-greece-to-mask-its-true-debt-a-676634.html>

afectado para recurrir las sanciones ante el TJUE con el objetivo, explícito, de salvaguardar su derecho de defensa.

Sin salirnos del *six pack* se refuerza también, al mismo tiempo, el principio de independencia estadística (14) Sección 3 BIS) en el Reglamento UE 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre. Asimismo, la *Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros*, subordina éstos y, por tanto, el cálculo del déficit y la deuda pública, al Sistema Europeo de Cuentas (SEC) en el que se consagra la contabilidad de devengo, obligando además en el artículo 3.2 a que los Estados proporcionen periódicamente datos reales y actualizados de dichos parámetros basándose en la contabilidad de caja (más fiable para periodos cortos de tiempo). Para evitar posibles evasiones estadísticas, impone también la obligación de que informen de las operaciones efectuadas por órganos y fondos que queden fuera de la cobertura presupuestaria estatal.

Así pues, parece que la Unión ha reaccionado ante las posibles evasiones estatales de la regla de estabilidad presupuestaria y las consiguientes manipulaciones estadísticas de las respectivas contabilidades nacionales, no sólo ampliando la norma de derecho derivado que contiene todas las estipulaciones contables de forma detallada (el Reglamento SEC), sino también incorporando una serie de mecanismos de supervisión que pueden llegar a sanciones cuantiosas con un efecto disuasorio evidente.

5.6.-El problema de la ejecutoriedad y del control jurisdiccional

Al estudiar la problemática de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria desde un prisma más general, pero utilizando y sirviéndonos como referencia el marco estadounidense, hicimos hincapié en la centralidad que ocupa la problemática específica de su ejecutoriedad última, es decir, de su control jurisdiccional. Y es que el motivo por el cual, al fin y al cabo, se juridifica la estabilidad presupuestaria en una constitución o en un marco de difícil modificación como es el de la UE y su interdependencia con instrumentos de derecho internacional, es precisamente el de situar el principio mentado en una esfera indisponible para aquellos que pueden vulnerarlo, es decir, para los Gobiernos y los Parlamentos. Una característica clave del constitucionalismo ha sido la de ir sustrayendo progresivamente determinados ámbitos, cada vez más amplios, a la disponibilidad política a fin de que, desde su nueva posición de Derecho de difícil

mutación, se puedan garantizar con mayor efectividad y automatismo los principios que pretenden regir esos ámbitos (*elevación a la indisponibilidad*). La estabilidad presupuestaria en Europa hemos de encuadrarla en ese sentido, como una operación de juridificación con altas dosis de constitucionalización que vela el objetivo último de un deseado automatismo en el cumplimiento, de que éste sea una cuestión de *Derecho* y no de *Política* tal y como deseaban, con disímil intensidad, el ordoliberalismo alemán y la Economía constitucional estadounidense. Pues bien, es en ese fin, en esa juridificación, donde el control jurisdiccional cobra sentido, pues es él y sus órganos encargados, los tribunales de justicia y los órganos de control de constitucionalidad, los que garantizan al fin y al cabo que el Derecho se cumpla por los gobernantes y representantes políticos. La capacidad de imposición, jurídicamente reglada, del marco normativo a los que en su origen son sus propios hacedores es la clave de bóveda del Estado de Derecho contemporáneo y, por extensión, de la efectividad o no de una regla que ahora se incorpora a él como es la estabilidad presupuestaria. Ya dijimos que no compartíamos el optimismo de ciertos autores en torno a las restricciones de BBR desde el ámbito de disponibilidad ordinaria de los representantes políticos, como se daba con la famosa *Gramm-Rudman-Hollings Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act* de 1985, puesto que las cadenas del Ulises de Elster tienen que ser férreas y, sobre todo, eficaces en su propósito (si éste se comparte). Desde la perspectiva interna neoliberal recordemos aquí las palabras de Seto: “Necesitamos la estabilidad presupuestaria para proteger la soberanía del pueblo del pueblo mismo”.⁶⁷¹ Sin embargo, la enmienda de 1995 no incorporaba ningún mecanismo de control jurisdiccional que pudiera obligar a “balancear” los presupuestos en caso de desvíos de la regla de déficit y de deuda, como ya ocurre con diferente suerte en los Estados federados. Pues bien... ¿y qué hace nuestro TECEG al respecto?

Con Peers,⁶⁷² lo primero que nos ha de llamar la atención es que el control jurisdiccional que se le atribuye al TJUE en el Tratado no afecta... a la *golden rule*. En efecto, el TECEG no crea ningún mecanismo de supervisión jurisdiccional que vele por el cumplimiento de la que debería ser una de sus previsiones más importantes, es decir, el establecimiento mismo de la obligación para los Estados de respetar el principio de estabilidad presupuestaria (art. 3.1 a) y b). El único control que se establece es el de la

⁶⁷¹ SETO, T., “Drafting a Federal Balanced Budget Amendment That Does What It Is Supposed To Do (And No more)”, op. cit., p. 1469.

⁶⁷² PEERS, S., “The Stability Treaty: Permanent Austerity or Gesture Politics?”, op. cit., p. 413.

transposición de dicha obligación a través del mandato de lo que aquí hemos denominado como “constitucionalización flexible” (art. 3.2). Es decir, lo que preocupa de verdad al Tratado, hasta el punto de dotarle de ciertas garantías jurisdiccionales últimas, no es la consagración desde el mismo de una *golden rule* que ya existía en el marco del PEC, sino su traslación de manera flexible a los ordenamientos nacionales a través de una previsión cuyo alcance, y naturaleza, ya vimos que presentaba notables controversias y carencias jurídicas. El posible incumplimiento *directo* de la estabilidad presupuestaria no reviste tutela alguna para el TCEG, más allá de la conexión expresa con el PEC revisado y sus mecanismos de salvaguarda (SE, PDE, PDM...). Ahora bien, por el contrario, el art. 8 del TCEG atribuye al TJUE, en virtud del art. 273 TFUE (el utilizado para el control jurisdiccional del MEDE), la supervisión última y con posibilidad de coerción del mandato de transposición contenido en el art. 3.2.

El inicio de este procedimiento es, no obstante, también novedoso y presenta unas altas dosis de incertidumbre jurídica derivadas del tenor literal del artículo. Y es que hasta la misma legitimación para recurrir ante el Tribunal no es del todo clara. En un inicio, los primeros borradores del Tratado otorgaban la posibilidad a la Comisión de acudir directamente al TJUE, pero en el transcurso de las negociaciones la idea se abandonó por el temor a que la nueva atribución sí precisara de una reforma de los Tratados UE.⁶⁷³ Recordemos que aún el TJUE no se había pronunciado sobre la adecuación del MEDE en Pringle y que la doctrina de atribución de nuevas funciones a las instituciones UE fuera del marco comunitario todavía no estaba del todo asentada, a pesar de los antecedentes indicados en torno al caso Bangladesh. También, no obstante, creemos aquí que en esa modificación del borrador y en la decisión final sobre la regulación definitiva pudo pesar un último intento de rechazar el automatismo de las sanciones decididas por la Comisión, reservando un papel más protagonista para los Estados, aunque, como indica Dimopoulos, sin tampoco dejar todo en sus manos.⁶⁷⁴ En efecto, se establece que cuando la Comisión concluya que un Estado parte no ha cumplido con la obligación de transposición del art. 3.2, “el asunto será sometido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por una o más partes contratantes.” Pero, “cuando una Parte Contratante considere, con independencia

⁶⁷³ GOSTYŃSKA, A., “The Fiscal Compact and European Union Economic Governance: An Institutional and Legal Assessment,” op. cit., pp. 39 y 40.

⁶⁷⁴ DIMOPOULOS, A., op. cit., en ADAMS, M., FABBRINI, F., y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp. 56-57

del informe de la Comisión, que otra Parte Contratante ha incumplido lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2, podrá someter igualmente el asunto al Tribunal de Justicia.” Nótese bien la diferencia⁶⁷⁵ entre verbos: en el primer inciso, el artículo obliga a “una o más partes contratantes” a llevar el incumplimiento ante el TJUE (caso de que así lo considere la Comisión), mientras que en el segundo, sin necesidad de intervención de la institución comunitaria, los Estados podrán, potestativamente, demandarse unos a otros por el incumplimiento denunciado. Esta segunda posibilidad no se aventura exitosa, dados los costes políticos inherentes que puede provocar el que, libremente, un Estado someta a otro a escrutinio judicial. Por ende, la potencialidad del cumplimiento forzoso de la previsión reside, sobre todo, en la primera previsión, en la medida en que implica una obligación para los Estados tras la correspondiente decisión de la Comisión. Ahora bien, ¿a quiénes se refiere el Tratado cuando habla de “una o más partes contratantes” como sujetos legitimados para acudir, obligatoriamente, al TJUE? El Tratado, simplemente, no lo aclara.

De nuevo tenemos que acudir, como ya pasara con el MEDE, a una declaración interpretativa del Tratado, aunque en este caso con más legitimidad que un mero intercambio de notas diplomáticas, a pesar de lo cual no ha sido nunca publicada en ningún diario oficial (!).⁶⁷⁶ El artículo 2 de este peculiar Anexo interpretativo a la firma del Tratado, jurídicamente no vinculante empero, establece que los Estados obligados a interponer el recurso de acuerdo con el art. 8 TECG son los que pertenecen al grupo de “tres Estados miembros que sostienen la Presidencia del Consejo de la Unión Europea”, es decir, el llamado Trío de Presidencias (el Estado saliente de la Presidencia rotatoria, el actualmente en el cargo y el venidero), que deberán acudir al TJUE, obligatoriamente, tras la decisión de la Comisión y en el plazo de tres meses desde la adopción de ésta.⁶⁷⁷

No obstante, reiteremos, la imposición final de una multa por parte del TJUE sólo puede conseguirse tras la actuación, nuevamente, de un Estado parte que considere que la sentencia no ha sido cumplida en el plazo establecido por el Tribunal, lo que reduce

⁶⁷⁵ PEERS, S., “The Stability Treaty: Permanent Austerity or Gesture Politics?”, op. cit., p. 404.

⁶⁷⁶ Una publicación no oficial puede encontrarse en el siguiente enlace:

www.europolitics.info/pdf/gratuit_en/310236-en.pdf *Arrangements agreed by the Contracting Parties at the time of Signature concerning Article 8 of the Treaty annexed to the Minutes of the signing of the Treaty on the Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union.*

⁶⁷⁷ Analizado por PEERS, S., “The Stability Treaty: Permanent Austerity or Gesture Politics?”, op. cit., p. 418.

considerablemente la aparente automaticidad inicial (exigencia de doble incumplimiento o *manquement sur manquement*). El monto de la sanción sería, de todos modos, del 0,1 % PIB, es decir, menor que las sanciones que puedan imponerse en el marco del PEC revisado (0,2 susceptible de elevarse a 0,5), pero equiparable a la que puede dar lugar el procedimiento por desequilibrios macroeconómicos (PDM). Muy ilustrativo en cuanto a la interdependencia entre los nuevos tratados e instrumentos de gobernanza económica, es el hecho de que el monto de las sanciones aplicables por incumplimiento del TCEG sobre aquellos Estados cuya moneda es el Euro deberán depositarse en el MEDE.

En este sentido, la Comisión, cumpliendo el mandato del Tratado, emitió ya en febrero de 2017 el informe solicitado sobre el grado de cumplimiento del art. 3.2 del TCEG, y en el que, sin ambages, se establece un criterio tan abierto y permisible que impide la activación de la primera vía jurisdiccional del art. 8.2, pues se viene a reconocer que todos los Estados han cumplido con el mandato del Tratado aunque lo hayan hecho de mil y una forma diferentes. Es también difícilmente probable que, como hemos dicho, los Estados se demanden unos a otros sin haber intervenido previamente la Comisión, lo que de momento, por tanto, pone la atribución al TJUE en solfa. Sea como fuere, la doctrina aun así tampoco es del todo pacífica sobre la legalidad de encomendar al TJUE una atribución sancionadora fuera del marco comunitario. Siguiendo a Pernice, es jurídicamente discutible que mediante un acuerdo entre Estados miembros de la UE pero fuera de éste, y sobre la base del artículo 273 TFUE ya vista, puedan otorgársele poderes sancionadores al Tribunal, pues para ello, según este autor, se requeriría una reforma de los Tratados UE dada la intensidad de la nueva atribución.⁶⁷⁸

Por tanto, si la juridificación de la estabilidad presupuestaria en el TCEG no contempla mecanismos jurisdiccionales eficaces de garantía, ya sea por su ausencia (respecto al 3.1 a) y b)), como por su prematura desactivación aun existiendo con carencias (art. 3.2 en conexión con el 8), ¿dónde se produce de verdad el control jurídico de la misma? Principalmente, desde dos niveles. En primer lugar, desde el comunitario a través del PEC revisado, se introducen ciertos elementos de automaticidad jurídica a través del fortalecimiento de las mayorías cualificadas inversas, como el que lleva a cabo

⁶⁷⁸ PERNICE, I., *International Agreement on a Reinforced Economic Union*, A legal opinion by Prof. Ingolf Pernice commissioned by the Greens/EFA Group, p. 24. Disponible online en: <https://www.greens-efa.eu/files/doc/docs/710d02ca032941b6ed5fce91725e159c.pdf>.

el art. 7 TECG ya visto para la apertura del PDE. La decisión última sigue recayendo en el Consejo, que es un órgano político, pero la mayoría inversa y el protagonismo de la Comisión en el procedimiento de déficit excesivo hace que tal decisión sea más difícil que surja de un mero criterio de oportunidad política. El compromiso del art. 7 TECG, unido a las previsiones del *two pack*, han reforzado cualitativamente la coercibilidad del PEC y de la estabilidad presupuestaria, aunque la misma se proyecte en su cara más drástica sobre todo para los Estados más pequeños y con menos fuerza de voto en el Consejo, como ya denunciábamos. Empero, el TJUE está ausente de estos procedimientos, pues es en la UEM donde se frena la tendencia expansiva del Tribunal de Luxemburgo y su papel de actor federalizante de la Unión.⁶⁷⁹ El artículo 126.10 TFUE, recalquemos, impide la posibilidad interponer un recurso por incumplimiento (regulado en los arts. 258 a 260 TFUE) frente a las decisiones adoptadas en el marco del PEC y sus mecanismos, que pueden ser fiscalizados en la medida en que supongan o conlleven problemas de competencias entre las instituciones, como el *affaire* de la Comisión contra el Consejo que ya vimos respecto a los incumplimientos de Francia y Alemania. Además, el TJUE está también inhabilitado para controlar jurisdiccionalmente las recomendaciones, y son precisamente éstas las que dan forma a la mayor parte de los actos del Pacto, del SE, el PDE o el PDM. Es sobre la base de recomendaciones de la Comisión y el Consejo como los diferentes procedimientos van avanzando y tomando forma, pero el control de legalidad es ajeno a las mismas de acuerdo con el art. 263 TFUE (“controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del BCE que no sean recomendaciones o dictámenes...”), sin tener en cuenta la verdadera mutación que en la naturaleza de tales recomendaciones se ha producido como consecuencia de la consolidación de los mecanismos de gobernanza económica y sus elementos de mayor automaticidad. Consolidación que, no obstante, no alcanza el grado suficiente como para que el TJUE se erija en el gran guardián del nuevo derecho, algo cuanto menos paradójico, pues existe una gran brecha entre los deseos y pretensiones de los mecanismos y la verdadera potencialidad coercitiva que encierran.

En segundo lugar, hemos de tener en cuenta que el control jurisdiccional de la estabilidad presupuestaria en Europa puede residenciarse también en los mecanismos internos de los propios Estados. En tanto en cuanto el art. 3.2 TECG obliga a la

⁶⁷⁹ MARCO PEÑAS, E., “Reforma de la gobernanza económica y la disciplina presupuestaria de la Unión Europea: el Six Pack”, op. cit., pp. 61-63.

incorporación de dicho principio en los ordenamientos nacionales y, en concreto, en normas que le otorguen una cierta primacía sobre los procedimientos presupuestarios, la estabilidad pasa a ser una norma jurídicamente vinculante y provista de los artefactos de defensa y garantía propios del Estado de Derecho. En países como España, donde anticipadamente se asumió el mandato del 3.2 TECG reformando la Constitución en su art. 135, es la justicia constitucional concentrada la que, en última instancia, habrá de velar por el cumplimiento íntegro de la nueva previsión, pues es ella la que en el plano jurisdiccional está encargada de garantizar la normatividad de la norma fundamental. Y aunque todavía es pronto para analizar esas posibles situaciones, esa posibilidad de que los jueces, como decíamos en la primera parte, “hagan cuentas”, lo cierto es que en los próximos años tendremos seguramente que enfrentarnos a la misma desde nuevas categorías que, con más o menos intensidad, supondrán un reto a la función de la justicia constitucional y su naturaleza. No sabemos qué alcance puede llegar a tener la objeción contra-mayoritaria cuando se aplique en Europa a un campo tan discrecional como la corrección jurisdiccional de unos presupuestos bajo el criterio, abierto, de la necesidad de su equilibrio. Los casos norteamericanos que estudiamos en su momento nos ofrecen un panorama harto complejo y difícil para los órganos judiciales, que prefieren la mayoría de las veces intentar sortear su nueva función de garantes de la *golden rule*. En otros países, como Alemania, su propio contexto jurídico-constitucional permite a los tribunales ser más invasivos. Para el Tribunal Constitucional Federal Alemán no existe, de hecho, la doctrina de la “cuestión política”, y puede requerir al Bundestag que justifique los presupuestos aprobados y, en última instancia, declararlos inconstitucionales. Pero de nuevo, el Tribunal de Karlsruhe carece de instrumentos para rediseñar por él mismo, y directamente, los presupuestos. En Suiza, donde la BBR también está elevada a rango constitucional, los tribunales tienen vedada su jurisdicción sobre tal materia; restricción que es facilitada por la *sui generis* flexibilidad del texto constitucional helvético y las características propias de su sistema político.⁶⁸⁰

De este modo, la proyección del mandato de transposición del TECG no sólo posee una afectación evidente en la teoría misma de la democracia constitucional y en la idea de soberanía que le da soporte, sino también, y por extensión, en la separación funcional de poderes que, no sin sobresaltos, se ha ido construyendo en el viejo continente

⁶⁸⁰ HEUN, W., “Balanced Budget Requirements and Debt: Brakes feasibility and Enforcement”, op. cit., p. 111.

y en la que la justicia constitucional ocupa un lugar central y preminente. Como decíamos al estudiar las consecuencias que el control jurisdiccional de la estabilidad presupuestaria podría tener para la Corte Suprema de los Estados Unidos, esta nueva función ahondaría el problema que Marshall ya vislumbrara en su famoso *dictum* de *Marbury vs. Madison*: el de la posible pérdida de autoridad del Tribunal por enfrentarse, siquiera jurídicamente, a los otros poderes del Estado que sí están legitimados democráticamente. Una nueva función, la de garantizar un principio tan embebido por la ideología neoliberal, que nos hace recordar nuevamente la célebre advertencia del *Justice* Holmes en la no menos célebre sentencia *Lochner vs. New York*: “una Constitución no está abocada a encarnar ninguna teoría económica particular, tanto si es paternalista o de una relación orgánica entre los ciudadanos y el Estado, como si es la del *laissez faire*.”⁶⁸¹

⁶⁸¹ *Lochner vs. New York*, 198, U.S., 45, 1905. Holmes, *dissenting*.

TERCERA PARTE

LA NUEVA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA NEOLIBERAL DE LA UE

La convergencia del modelo económico competitivo y el modelo económico fragmentado en un marco de indisponibilidad en torno a la estabilidad presupuestaria

Es posible que muchas de estas observaciones hayan sido enunciadas alguna vez,
y quizás muchas veces:
la discusión de su novedad me interesa menos que la de su posible verdad

Jorge Luís Borges

CAPÍTULO I

EL ELEMENTO DE MERCADO COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA UE: COMPETENCIA Y ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

The simple point which I am concerned to make is that where ultimate values are irreconcilable, clear-cut solutions cannot, in principle, be found.

Isaiah Berlin

1.-La solidaridad de hecho: la primacía (ordoliberal) del mercado

Suele aceptarse que la declaración Schuman de 9 de mayo de 1950 es uno de los momentos germinales de la integración europea, y una de sus frases, “las realizaciones concretas que creen en primer lugar una solidaridad de hecho”, timbre de honor de los inicios de la UE. El acento en la centralidad del elemento económico para la consecución de una “unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa” no era nuevo: ya Aristide Briand, en su histórico discurso de 1929 y en el *Memorando sobre la organización de un sistema de la Unión Federal Europea*, había destacado que la asociación propuesta tendría “efecto sobre todo en el campo económico”.

En los inicios del proceso de integración pesaban las mismas dudas e inseguridades que hoy presiden los últimos avances en el ámbito de la UEM: la falta de compromiso político por parte de *todos* los Estados para ceder gradualmente soberanía. Descartada casi *ab initio* la fórmula federal dada la ausencia de su apuesta y la inexistencia de un *demos* europeo vertebrado, la única vía de escape que las élites políticas veían para una Europa unida era la económica. Y ello a sabiendas, conscientemente, de que cualquier consecución en la integración económica debería ir sucedida, automáticamente, por un avance en la política. El ejemplo del *Zollverein* alemán sin duda estaba presente: cómo, a través de una unión aduanera, se había ido consiguiendo acercar

a los diferentes intereses de una Alemania fragmentada e inexistente, abonando el camino para la unificación y la aceptación, tácita o expresa, del plan centralizador de Bismarck.

Esa realidad constatable históricamente, a falta, como decimos, de una voluntad constituyente paneuropea, sería luego teorizada por los autores funcionalistas y neofuncionalistas que, en una labor nada desdeñable, categorizarían las fases del proceso de integración.⁶⁸² La idea esencial de estas teorías reside en el relativo automatismo que caracteriza a los avances graduales hacia una mayor unión, puesto que con el primer paso dado el proceso se vuelve prácticamente imparable. Una unión aduanera y una zona de libre comercio precisan de un marco institucional común que las regule y que emita normatividad de manera continua, y un mercado común libre de trabas aumenta esa necesidad hasta alejarla de lo puramente económico. El desbordamiento continuo desde los objetivos iniciales (*spillover*), acompañado de la contemporización de las élites políticas y económicas y de la asunción tácita de la ciudadanía,⁶⁸³ sería así la característica definitoria de la progresiva consecución de una Unión Europea plena. Como quiera, además, que la necesidad de un marco institucional funcional a las exigencias de cada fase de integración lleva irremediablemente a que responda a parámetros democráticos, se hace también necesaria la proyección de nuevos focos y cauces de legitimidad hacia las recién creadas instituciones y fuentes normativas.

Para ilustrar lo descrito puede servir un ejemplo poco sutil. El establecimiento de la libertad de circulación y de residencia de trabajadores entre los Estados que conforman un mercado único ha de conllevar, tarde o temprano, a la coordinación de bases de datos policiales y judiciales y la creación de mecanismos de cooperación en asuntos de Interior. Un trabajador finlandés que se desplace a España, pongamos por caso, puede ser también un consumado delincuente y por el camino no encontrará ningún obstáculo fronterizo o legal que pueda evitar u obstaculizar su libertad de circulación. Como en la teoría lamarckiana de la evolución, “la función crea el órgano y la necesidad la función”, y en este caso la plena efectividad de las consecuciones hacia un mercado único precisa de una paralela integración política. La aplicación de las libertades económicas o el efecto expansivo de la regulación comercial pueden terminar afectando, como ciertamente ha

⁶⁸² HAAS, E., *Beyond the Nation State: Functionalism and International Organization*, ECPR Press, 2008.

⁶⁸³ HABERMAS, J., *La constitución de Europa*, op. cit.

ocurrido y veremos, a los derechos fundamentales, es decir, al núcleo más esencial de las democracias constitucionales estatales.⁶⁸⁴

Lo que en un primer momento, en el inicio de la pirámide de fases neofuncionalista, había comenzado como una mera cesión de competencias en materia económica para poner en marcha un mercado común, acaba finalmente creando estructuras políticas que, por su propia naturaleza política y por su consiguiente necesidad de legitimación, llegan a adquirir autonomía. Una “constitucionalidad compleja”⁶⁸⁵ comienza a erigirse en un maremagno institucional y normativo demasiado alejado, en ocasiones, de las categorías y paradigmas de la democracia.⁶⁸⁶ Lo que Walker⁶⁸⁷ o Mackormick⁶⁸⁸ denominan como “pluralismo constitucional”, es decir, la superposición de instancias con naturaleza constitucional sin preeminencia de ninguna de ellas, crea un contexto institucional de difícil canalización en sus fenómenos de fricción por los mecanismos clásicos de la democracia constitucional. Es precisamente en esta naturaleza compleja, ambivalente y sumamente difusa, en la que concepciones políticas de distinto signo han podido asentarse fácilmente sin necesidad de afrontar los marcos simbólicos de referencia discursiva que sí se dan, aún, en los Estados. La ausencia de resistencia política a determinadas ideas, concepciones y proyectos en el plano europeo, dada la complejidad de su escenario, ha permitido una mayor incidencia que la esperada de determinadas construcciones teóricas en los sistemas constitucionales nacionales a través de la extensión de las previsiones comunitarias, como la institucionalización jurídica de la estabilidad presupuestaria que hemos estudiado hasta aquí y que, como vamos a reafirmar, responde a una concepción neoliberal del Estado más amplia en la que la propia constitución económica europea se incardina.

La asunción del criterio de competencia como el eje rector de la construcción europea ha laminado las constituciones económicas estatales hasta, en algunos casos, desvirtuarlas por completo. Y es que, en efecto, es la competencia el paradigma desde el cual, y a través del cual, se ha ido impulsando esa iniciática integración económica que,

⁶⁸⁴ Cfr. HÄBERLE, P., *Pluralismo y Constitución: estudios de la teoría constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002.

⁶⁸⁵ CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004, p. 137.

⁶⁸⁶ DE VEGA GARCÍA, P., “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual,” en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nº 100, 1998, pp. 13-56.

⁶⁸⁷ WALKER, N., “The idea of Constitutional Pluralism”, *EUI Working Paper*, nº 1, 2002, p. 27.

⁶⁸⁸ MACKORMICK, N., “Beyond the Sovereign State”, *Modern Law Review*, nº 56, 1993, pp. 1-18.

al tiempo, ha devenido necesariamente también en política. Por ello, si es lo económico el factor predominante en la integración, y si dentro de él la competencia es el principal principio configurador, no ha de extrañar la influencia y el impacto del ideario ordoliberal ya descrito en tal proceso (Capítulo I de la Primera parte), y más habida cuenta de la funcionalidad para con el mercado que siempre ha revestido la misma naturaleza de la UE. Funcionalidad, subordinación institucional y normativa a la economía de competencia, la importancia dada al marco jurídico, la competencia como criterio rector... Todas las características definitorias del ordoliberalismo y su visión del Estado se reproducen en el proceso de integración europea.

Como apunta Brennetot,⁶⁸⁹ en los primeros neoliberales europeos puede verse una aspiración creciente hacia una federación en el continente que supere los rígidos marcos del Estado-nación, pero una federación no fundada en la decisión política soberana de un *demos* previo, sino en los elementos vertebradores del mercado común y la competencia. La presencia de destacados neoliberales *lato sensu* en los inicios del proceso de integración y en la conformación de sus primeras instituciones, da buena cuenta de la cercanía de tales planteamientos en la génesis de la Unión. Robert Marjolin, por ejemplo, fue el Secretario de la Organización Europea para la Cooperación Económica (antecedente de la OCDE) y luego uno de los primeros comisarios franceses en las instituciones comunitarias. Jacques Rueff, por su parte, se convirtió en magistrado del Tribunal de Justicia de la CECA y luego de la CEE, y fue uno de los grandes impulsores de la creación del mercado común. Al final de su vida, Rueff, uno de los asistentes al seminal coloquio Lippmann que analizáramos en las primeras páginas de esta tesis, se vanagloriaba del hecho de que el “neoliberalismo” hubiera inspirado directamente la creación de la integración europea bajo los principios de “orden”, en clara alusión al ideario de la escuela alemana. Autores como Baroncelli⁶⁹⁰, Maestro Buelga⁶⁹¹ o Vanberg⁶⁹² han analizado lo que para ellos es una clara impronta ordoliberal en toda la construcción del proceso de integración, algo que Dullien y Guerot extienden, incluso, a las visiones actuales de cómo la Unión ha de afrontar la crisis económica y de cómo la

⁶⁸⁹ BRENNETOT, A., “Geohistory of neoliberalism, Rethinking the meanings of a malleable and shifting intellectual label”, *European Journal of Geography*, document 667, 2014.

⁶⁹⁰ BARONCELLI, S., “The Independence of the ECB after the Economic Crisis”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., 127.

⁶⁹¹ MAESTRO BUELGA, G., “Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea”, op. cit., pp. 49-54.

⁶⁹² Cfr. VANBERG, V., *The Freiburg School: Walter Eucken and ordoliberalism*, op. cit.

UEM ha de rediseñarse.⁶⁹³ Y aunque por prudencia metodológica y académica no podamos dar por concluyentes tales afirmaciones y vínculos, siguiendo el criterio que ya establecimos en la Introducción, el ordoliberalismo que hemos estudiado sí nos puede servir como construcción heurística desde la que proyectar las problemáticas de la constitución económica europea y la reciente mutación acaecida en su seno, consecuencia, veremos, de la juridificación de la estabilidad presupuestaria.

La defensa del principio federal hecha por los primeros neoliberales, junto al principio de subsidiaridad, descansaba en la posibilidad de que a través de los mismos pudieran garantizarse óptimamente las condiciones de desenvolvimiento del libre mercado, y ello sin la interferencia de la voluntad política, siempre cambiante, de las mayorías. La mejor manera de conseguir ese ascetismo automático del marco normativo funcional al orden de competencia consistía, para muchos, en la implementación de una comunidad de Estados que, lejos de la creación de un nuevo centro de decisión política susceptible de interferir en las condiciones indicadas, constituyera ella misma el mejor armazón jurídico para el orden capitalista que se deseaba. Aquí los neoliberales se sitúan en la línea clásica del pensamiento liberal en la medida en que éste, tradicionalmente, había sido favorable a la difuminación de las fuentes de poder y su auto-limitación estructural mediante su federalización. Al rechazar los modelos de corte jacobino, donde el poder político puede concentrarse para desplegar efectos jurídicos con eficacia sin límites, autores como Hayek o Buchanan están abrazando al tiempo el modelo estadounidense de control del poder a través de su división y compartimentación. Lo que en el epígrafe 2.3 del Segundo capítulo, al analizar el programa teórico de la Economía constitucional, denominamos como el predominio del *Capital* y el elemento *Liberal* en la democracia constitucional, se constata en el corazón de una constitución económica, la europea, vertebrada a través de la supremacía de ambos paradigmas.

La interdependencia que impulsa y fomenta un mercado común de Estados integrados en una estructura de carácter federal, nos recordaba Lippmann, era una de las mejores soluciones para evitar los solipsismos en que puede recaer el poder político cuando no tiene restricción alguna que le ate. En este sentido es paradigmático el trabajo de Röpke, *Organización e integración económica internacional*, donde a las suspicacias que para parte del ordoliberalismo siempre se tuvieron con la creación de una nueva

⁶⁹³ DULLIEN, S., y GUÉROT, U., “The long shadow of ordoliberalism: Germany’s approach to the Euro crisis”, *European Council of Foreign Relations*, nº 49, 2012.

estructura política como la europea, se une la constatación de su necesidad en un contexto de globalización incipiente.⁶⁹⁴

No es de extrañar, por tanto, que algunos autores, como Joerges⁶⁹⁵, Vanverg⁶⁹⁶ o Bonfeld⁶⁹⁷, definan a las políticas sociales, económicas, fiscales y monetarias europeas como eminentemente ordoliberales, siendo para ellos esta escuela de pensamiento la que más ha determinado las bases sobre las que se asienta la Unión y su misma estructura evolutiva, hasta el punto de que podríamos hablar de una verdadera UE ordoliberal. Sin embargo, aunque aquí se comparten las líneas principales de los resultados de investigación de tales autores, no creemos que pueda adjetivarse sin matización a la constitución económica de la UE como ordoliberal, principalmente por dos motivos.

En primer lugar, el ordoliberalismo es una escuela excesivamente compleja que proyecta múltiples divergencias desde su interior sobre ámbitos muy diferentes y amplios que llegan a rebasar, además, lo puramente económico. Recordemos que la base filosófica de los ordoliberales suele estar enraizada en fundamentos religiosos y morales (democristianismo y catolicismo social), y que autores como Böhm o Röpke dedicaron buena parte de sus preocupaciones teóricas a cuestiones de índole ética y social. Si decidieron optar por la economía de mercado y la competencia como principios esenciales de su modelo-tipo de sociedad, fue porque en gran medida deseaban para ésta el orden de convivencia óptimo en el marco de unos valores determinados. Su rechazo al atomismo social y al individualismo, y su preferencia por las comunidades de producción medianas y pequeñas, les acerca en ocasiones más a parámetros comunitaristas y proudhianos que a las categorías propias del capitalismo neoliberal. Esta dimensión no-económica del pensamiento ordoliberal queda, por ello, completamente al margen en una estructura supranacional poco dada a devaneos morales. Es más, el propio Röpke, aunque en principio favorable a la integración europea, como decimos, fue muy crítico en su

⁶⁹⁴ RÖPKE, W., *Organización e integración económica internacional*, Valencia: Fomento de Cultura, 1956, p. 19.

⁶⁹⁵ JOERGES, C., “The European Economic Constitution and Its Transformation through the Financial Crisis,” en PATTERSON, D. y SÖDERSTEN, A. (Edits.), *A Companion to EU Law and International Law*, Oxford: Wiley-Blackwell, pp. 242-261.

⁶⁹⁶ VANVERG, V., “‘Ordnungstheorie’ as constitutional economics. The German conception of a ‘social market economy’”, *Ordo-Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, n° 39, 1988, pp. 17-31; *The Constitution of Markets*, London: Routledge, 2001; “Ordnungspolitik, the Freiburg School and the reason of rules”, *Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomie*, 2014, disponible en http://www.eucken.de/fileadmin/bilder/Dokumente/DP2014/Diskussionspapier_1401.pdf

⁶⁹⁷ BONEFELD, W., “Freedom and Strong State: On German Ordoliberalism”, pp. 633-655. JOERGES, C., “Europe’s Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation”, *German Law Journal*, vol. 15, n° 05, 2014.

momento con el proyecto, al que tachó como “colectivismo internacional” a pesar de constatar la necesidad de la integración,⁶⁹⁸ y autores como Bibow han evidenciado las reticencias y recelos que figuras ordoliberales tan destacadas como Eucken mostraron siempre hacia las ideas que hoy presiden la integración monetaria, sobre todo en lo referente a la independencia de los bancos centrales.⁶⁹⁹

En segundo lugar, la interrelación de la teoría con la praxis no es nunca unidireccional. En un proceso tan complejo y largo como el de la integración europea, salpicado de altibajos y contradicciones, la concurrencia de intereses, construcciones teóricas y necesidades fácticas (temporales o permanentes), hacen muy difícil dilucidar hasta qué punto una determinada escuela de pensamiento ha podido influir en su desarrollo. La mera coincidencia programática, además, no es *per se* señal inequívoca de que las realizaciones concretas hayan venido determinadas por estos o aquellos apriorismos teóricos.

Así, pues, aunque reconocemos la relevancia del ideario ordoliberal en la conformación de la Unión, no creemos conveniente calificar ésta como un mero proyecto de aquél. La intensidad de la influencia teórica, sin duda existente, tampoco ha de ser un parámetro para analizar la constitución económica europea como resultado, puesto que éste, en su estadio actual, puede imputarse conceptual y heurísticamente a un modelo-tipo teórico que le dé soporte y amparo. En este sentido, dividiremos la integración económica en dos grandes bloques conceptuales que pueden a su vez ser imputados a dos de las escuelas de pensamiento ya analizadas: por un lado, el de la *competencia* (ordoliberalismo), y, por otro, el de la *estabilidad presupuestaria* (Economía constitucional).

La convergencia de ambos bloques puede resumir gran parte de las consecuciones de la Unión Económica hasta el momento, si bien es cierto que el protagonismo en la configuración de la constitución económica europea lo ha tenido durante décadas el principio de competencia. Ha sido él el que se erigió en verdadero eje vertebrador de la integración económica, y sobre él, decíamos, no podemos soslayar el impacto que el

⁶⁹⁸ FELD LARS, P., “Europa in derWelt von heute: Wilhelm Röpke und die Zukunft der Europäischen Währungsunion,” *HWWI Policy Paper*, n° 70, 2012, pp. 1-36.

⁶⁹⁹ BIBOW, J., “On the Origin and Rise of Central Bank Independence in West Germany.” *The European Journal of the History of Economic Thought*, n° 16, 2009, pp. 155-190; “At the Crossroads: The Euro and Its Central Bank Guardian (and Savior?)”, *Levy Economics Institute*, Working Paper n° 738, 2012.

marco teórico ordoliberal tuvo y tiene.⁷⁰⁰ Pero su preeminencia no ha de obviar su complementariedad para con los postulados más prescriptivos de la Economía constitucional. Como pone de manifiesto Bonefeld, “el Estado [ordoliberal] impone límites para contestar a las fuerzas sociales y despolitiza las relaciones socioeconómicas sobre la base de un sistema jurídico de interacción en el mercado [...] El familiar “no *demos*” que es parte de la construcción europea está en el corazón mismo del ordoliberalismo”.⁷⁰¹ Es decir, al propugnar la aparente tecnificación y automatismo de la regulación del mercado lejos de los canales tradicionales del Estado-nación, y al reducir la relevancia de éste en los mecanismos de producción normativa, los ordoliberales comparten con los autores de la Economía constitucional la pertinencia de la minusvaloración de la potencialidad transformadora del Estado en un contexto normativo que lo rebase. Y que lo rebase desde la determinación apriorística de los elementos que han de presidir dicho contexto, ya sean los “principios constituyentes” ordoliberales que se dan en la competencia (desde abajo o *bottom up*) o el axioma de la estabilidad presupuestaria en la Economía constitucional de James M. Buchanan (desde arriba o *top down*), que hoy ya podemos ver en Europa juridificados al más alto nivel.

1.1.-La competencia como tabula rasa del Estado Social

Como vimos al analizar el ordoliberalismo en la primera parte de esta tesis, la garantía de lo que se considera como “sana competencia” es el eje sobre el que gira toda la construcción teórica de la escuela alemana. La libertad solo puede venir garantizada por el Estado y su marco jurídico, y para ello éste ha de remover los obstáculos que impidan su pleno desenvolvimiento, también y, sobre todo, en el ámbito económico. En este sentido, una de las características definitorias de los ordoliberales es su lucha contra la oligopolización, los cárteles y la concentración de medios de producción, en la medida en que tales factores desvirtúan la economía de competencia. El Estado ha de ser, entonces, el guardián jurídico de su evitación en aras de la preservación de la “sociedad abierta” deseada.

⁷⁰⁰ WILKS, S., “Agency Escape: decentralization or Dominance of the European Commission in the Modernization of Competition Policy?”, *Governance*, n° 18, 2005, pp. 431-452.

⁷⁰¹ BONEFELD, W., “European economic constitution and the transformation of democracy: On class and the state of law”, *European Journal of International Relations*, vol. 21, n° 4, 2015, pp. 875-876.

Aunque en los análisis generales sobre la Unión Económica el ordoliberalismo siempre aparezca como máximo exponente de la lucha indicada, de las políticas *anti-trust*, a veces se tiende a olvidar que también da amparo teórico a la centralidad de la competencia misma como núcleo de la integración europea. A fin de asegurar dicha centralidad, el mecanismo de la “conformidad de mercado” (*Marktkonform*) ordoliberal cobra especial relevancia, puesto que se aplica como filtro para rechazar aquellas intervenciones *lato sensu* que perviertan la competencia entre los factores productivos. Las libertades económicas fundamentales (de capitales, trabajadores, servicios y bienes) rodean y protegen al derecho de competencia y crean un efecto horizontal nivelador que lamina las constituciones económicas estatales, tesis que he desarrollado más detenidamente en otro estudio.⁷⁰²

Las constituciones europeas del Estado social eran constituciones abiertas en lo económico, cuyas previsiones sobre la materia rechazaban de plano los polos opuestos y más radicales (capitalismo salvaje y socialismo), dejando en cambio un amplio abanico de posibilidades político-económicas que debían ser determinadas en el ejercicio democrático ordinario. Si nos fijamos por ejemplo en la constitución económica española, podemos encontrar continuamente una relación de binomios que dan cuenta de tal paradigma. Economía de mercado/planificación indicativa, iniciativa económica pública/iniciativa económica privada, propiedad privada/expropiación, libertad de empresa/reservas para el sector público...constituyen conjuntos de contrarios cuya resolución solo puede derivarse de la acción política sustentada en las mayorías ordinarias, pero acción que no puede, en ningún caso, anular por “victoria” definitiva cualquiera de dichos contrarios, como si fuera una especie de lucha heraclitiana. Dentro del marco de la constitución económica del Estado social puede optarse por políticas más redistributivas o más conservadoras, pero sin llegar nunca a modelos de planificación estatista o de capitalismo sin frenos.

Esta apertura, aparte de ilustrar el conjunto de posibilidades sobre el que el principio democrático puede proyectarse de manera ordinaria, era correlato al mismo tiempo del pacto Capital-Trabajo que subyacía al Estado social de posguerra keynesiano.

⁷⁰² MORENO GONZÁLEZ, G., “El cierre de la constitución económica española: de la apertura de posibilidades al monismo de las obligaciones”, *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, nº 20, 2017, pp. 117-156. También, en el mismo número, el completo análisis del profesor CAMISÓN YAGÜE, J. A., “La influencia del proceso de integración europeo en la Constitución española de 1978”, pp. 157-181.

Como magistralmente siempre ha expuesto el profesor Carlos de Cabo,⁷⁰³ las constituciones sociales europeas reflejan la correlación de fuerzas e intereses que se plasmó tras el fin de la II Guerra Mundial en medio de un continente devastado y bajo la amenaza, nada irreal, de la expansión soviética o comunista. Ante la situación de vulnerabilidad sin precedentes en la que los elementos capitalistas se encontraban, se consiguió llegar a un nuevo “contrato social” o “pacto” en el que la izquierda renunciaba al ideal revolucionario a cambio del reconocimiento de fuertes mecanismos de redistribución y de un catálogo amplio de derechos sociales. Los elementos conservadores, en cambio, renunciaban a una parte nada desdeñable de sus posibles ganancias a través de la aceptación de un sistema fiscal progresivo y de la exclusión de amplios sectores económicos de la iniciativa privada. Las políticas expansionistas de corte keynesiano, el impulso de la actividad pública empresarial, la integración del conflicto laboral en la Constitución (reconocimiento de sindicatos y del derecho de huelga) y la protección de amplios derechos sociales, constituyeron las características de lo que algunos han venido en denominar como la *Golden Age* del capitalismo; pues, en efecto, los caracteres esenciales de éste nunca se desvirtuaron. La mercantilización y la monetarización persistieron; los mecanismos de mercado, aunque tamizados socialmente, pervivieron con una fuerza renovada gracias al impulso del consumo y de la capacidad adquisitiva de los trabajadores y, en fin, las dinámicas predatorias y heteropatriarcales consiguieron incluso consolidarse. El crecimiento económico, a la larga, sólo era posible además gracias a las relaciones desiguales de intercambio dentro de un sistema-mundo, en palabras de Wallerstein, que sustituyó al de los grandes imperios coloniales pero que dio paso, sin solución de continuidad, al de las grandes corporaciones y al de la preeminencia del Norte sobre el Sur global.⁷⁰⁴

Este marco de apertura hacia el pluralismo que permitía un contexto no tan idílico como vemos (y como a veces se presenta), se ha visto rebasado en Europa a través de la incidencia que la constitución económica de la Unión ha tenido y tiene sobre los sistemas estatales.⁷⁰⁵ Vale la pena reproducir las palabras de Maestro Buelga al respecto:

⁷⁰³ Cfr. DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, op. cit.; *Teoría histórica del estado y del derecho constitucional*, vol. II, Barcelona: PPU, 1993; *La crisis del Estado Social*, Barcelona: PPU, 1986.

⁷⁰⁴ WALLERSTEIN, I., *Universalismo europeo*, op. cit.

⁷⁰⁵ NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Utopía y poder constituyente: Los ciudadanos ante los tres monismos del Estado neoliberal*, Madrid: Sequitur. 2012. Obra que he reseñado en *Revista Nómadas de la Universidad Complutense de Madrid*, Vol. 35, nº 3, 2012.

Las propuestas del ordoliberalismo parecen rescatadas por la teorización del Estado regulador, modelo contrapuesto al desarrollado durante el período de consolidación y expansión del Estado social. La oposición entre Estado regulador y Estado interventor, materializado en el modelo asumido en el constitucionalismo económico de la Comunidad europea, no es sino expresión de la nueva constitución económica extendida en occidente en contraste con el modelo del constitucionalismo social.⁷⁰⁶

Es decir, frente a la apertura constitucional que habilitaba a la intervención del Estado en la economía para cumplir sus objetivos sociales y de redistribución, nos encontramos hoy el cuerpo pretendidamente aséptico de un Estado reducido a su papel de regulador, de garante ordoliberal del marco jurídico en el que el libre mercado puede y ha de desenvolverse.⁷⁰⁷

La combinación de la competencia como criterio rector (*bottom up*) y la estabilidad presupuestaria como principio inexpugnable (*top down*) ha venido a cerrar el margen de lo decidible en política económica, mutando las previsiones constitucionales y anulando buena parte de los mecanismos de intervención allí previstos. Aunque en los próximos puntos abordaremos con detenimiento la repercusión constitucional para el Estado social de la asunción jurídica de la estabilidad presupuestaria, hemos de dejar claro desde el inicio que ésta no se entiende sin el sustrato sobre el que opera, es decir, sin la constitución económica-ordoliberal de la Unión en la que la competencia despliega sus efectos “por abajo” y sirve, ella misma, como eje vertebrador.⁷⁰⁸

Si tomamos uno de los mecanismos tradicionales de intervención del Estado en la economía, como es la iniciativa económica pública, podemos ver cómo la proyección en él de la competencia desde el ordenamiento comunitario lo ha, prácticamente, anulado. El antiguo artículo 90 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, hoy 106 del TFUE, extiende las previsiones del derecho de competencia y sus efectos a las empresas públicas, nivelando las particularidades que éstas podían revestir en el marco del Estado social. La prohibición de ayudas de Estado (art. 107 TFUE), del abuso de posición dominante o de falseamiento de la competencia (art. 101 y 102 TFUE), se aplican ahora también al régimen de empresas públicas, equiparándolas a las privadas, con lo que

⁷⁰⁶ MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica e integración europea”, op. cit., p. 39.

⁷⁰⁷ Terminología del Estado regulador en LA SPINE, A., y MAJONE, G., *Lo stato regolatore*, Bolonia: Il Mulino, 2000.

⁷⁰⁸ La penetración de la UE y sus lógicas internas en la constitución económica europea se ha producido en ocasiones a través de desplazamientos bruscos, como señala ALBERTI ROVIRA, E., “Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía”, en *La Constitución Económica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 93-105.

pierden así cualquier posición de ventaja desde la que operar para poder perseguir los objetivos constitucionalmente amparados. Para la consecución de éstos antes se permitía la existencia de barreras de entrada, de monopolios fiscales o de normas especiales aplicables a las empresas públicas, así como la discriminación a favor de la producción nacional.⁷⁰⁹ Y aunque es cierto que las previsiones de competencia no se extienden a las empresas públicas que desempeñan un “servicio de interés económico general” (arts. 106 y 107 TFUE), se está circunscribiendo el amplio margen de acción que aquellas portaban a una categoría más reducida y pendiente de determinación por parte de las instituciones europeas. La nivelación a la que aludimos se hizo notar hasta en las empresas públicas privatizadas, pues la Comisión y el Tribunal de Justicia, extendiendo el derecho de competencia, impidieron y declararon contrarias a los Tratados las llamadas “acciones de oro”, instrumentos extraordinarios que el Estado se había reservado en tales empresas por su carácter estratégico y que permitían, llegado el caso, vetar las decisiones de los nuevos consejos de administración.⁷¹⁰

Aquí hemos de hacer un breve excursus sobre la importancia y centralidad de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la conformación de la constitución económica europea, que ha sido ampliamente estudiada por la doctrina y entre la que destacamos la obra de Poiares Maduro, *We the Court*.⁷¹¹ Ésta posee las virtualidades de la claridad y de una correcta categorización, que hacen que, a pesar del tiempo transcurrido, sigan manteniendo actualidad y vigencia sus consideraciones. En ella, el autor portugués analiza cómo el TJUE ha utilizado el antiguo artículo 30, hoy desplegado en el Capítulo III del del Título II de la tercera parte del TFUE, para definir los elementos esenciales de la constitución económica de la Unión y los límites permitidos a la intervención de los Estados en la economía. Estas disposiciones son las que desde el derecho originario garantizan la libre circulación de mercancías y prohíben, en consecuencia, las restricciones sobre la misma por parte de los Estados miembros. Como indicamos en las páginas finales de la primera parte, dedicadas al estudio del control jurisdiccional de la estabilidad presupuestaria en los Estados Unidos, desde los inicios de la segunda mitad del siglo XX la expansión del Derecho y de la juridificación de todas las relaciones económicas y sociales ha permitido una correlativa expansión, también, de la actividad

⁷⁰⁹ SSTJUE, de 19 de marzo de 1991 (Francia c. Comisión), 25 de julio de 1991 (GOUDA c. COMMISSARIAAT VOOR de Media), 17 de noviembre de 1992 (España c. Comisión).

⁷¹⁰ SSTCE de 4 de julio de 2002 y de 13 de mayo de 2003.

⁷¹¹ POIARES MADURO, M., *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, op. cit.

jurisprudencial de los tribunales de justicia, especialmente los constitucionales. Y aunque como tal el TJUE no pertenezca a esta última especie, no deja de ser el “tribunal constitucional” de la Unión, que vela por el cumplimiento de un derecho originario con dosis altas de constitucionalización, haciéndolo además desde una posición de preeminencia cuasi absoluta. De este modo se incardina en esa tendencia general apuntada, y más habida cuenta de la naturaleza del Derecho de la UE, que en su objetivo de realización eminentemente económico ha estado presidido por grandes metas, como la construcción de un mercado común, protagonizadas al tiempo por reglas excesivamente abiertas o principios que, como tales, no ofrecen criterios concretos de aplicación. De ahí que la interpretación del TJUE haya sido tan importante para circunscribir el alcance de la constitución económica europea, en tanto en cuanto ésta se deja a sí misma al albur de diversas interpretaciones que sólo su “tribunal constitucional” puede cerrar.⁷¹² La apertura de las previsiones del derecho derivado no se deben únicamente, sin embargo, al carácter teleológico de su aspiración (la creación de un mercado común), sino también a la necesidad de adaptarse a la complejidad resultante de las diversas tradiciones y culturas jurídicas que conviven en el viejo continente, lo que ahonda aún más la relevancia y centralidad de la jurisprudencia del TJUE como actor de definición principal en el desarrollo del proceso de integración. Es algo que Hartley ha explorado detenidamente tras denominar al fenómeno como “la incertidumbre del Derecho de la Unión”.⁷¹³ Esta incertidumbre imposibilita que el Tribunal, en la concreción jurisdiccional de la constitución económica europea, sólo acuda a una interpretación aséptica o lógico-formal que pueda desprenderse automáticamente de los preceptos, y que tenga que acudir, en consecuencia, a lo que MacCormick⁷¹⁴ califica como “segundo orden de justificación”, un estadio de interpretación en el que ésta opera desde la apertura de los principios y valores entre diversas opciones. De ellas el Tribunal debe elegir, de forma justificada y fundamentada, cuál es la que considera más correcta sin necesidad de desprender su decisión, directa y silogísticamente, de la letra de ley. El campo de la discrecionalidad, aunque sea argumentativamente circunscrita, se abre así para la concreción jurídica del carácter teleológico de disposiciones del derecho originario como las que establecen y

⁷¹² *Ibid.*, pp. 17 y 18.

⁷¹³ HARTLEY, T. C., “Five forms of uncertainty in European Community Law”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 55, n° 2, 1996, pp. 265-288.

⁷¹⁴ MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 101.

pretenden garantizar la libertad de mercancías.⁷¹⁵ Poiars, por ejemplo, se detiene en previsiones tan abiertas como las que prohíben las “medidas de efecto equivalente” a las restricciones cuantitativas al libre comercio en tanto libertad fundamental de la Unión, analizando al casuística del precepto (el antiguo artículo 30 indicado) para llegar a la conclusión de que la misma ha creado una serie de reglas jurisprudenciales que se deben, fundamentalmente, a ese ámbito de discrecionalidad jurídica que tiene como objetivo el refuerzo y consolidación del mercado común.

Si este autor analiza dicha realidad en torno a la libertad de mercancías, nosotros extendemos su análisis y sus consecuencias al derecho de competencia y la protección que ha merecido en todo momento, en su extensión conscientemente dirigida, por el Tribunal de Justicia. Una extensión que, en un segundo estadio, ha venido siendo recogida y amparada, eso sí, por el legislador comunitario.⁷¹⁶ Ya lo hemos podido comprobar en la anulación de las “acciones de oro”, pero es aplicable a casi todos los ámbitos sobre los que intenta proyectarse la constitución económica estatal. Efectos de cierre parecido podemos encontrar en otros mecanismos propios del Estado social como las reservas públicas de sectores estratégicos o de monopolios naturales, o, cómo no, en la planificación indicativa. La imposibilidad de optimizar tales mecanismos en el marco del constitucionalismo social y sus mandatos debido a los efectos de la competencia en tanto “conformidad de mercado”, interpretada teleológicamente y con un exceso de discrecionalidad por el Tribunal de Justicia, reduce así el margen de lo decidible en materia económica y, por ende, la posibilidad misma de la plasmación alternante del pluralismo político y el principio democrático del que es correlato. Si el Estado social de posguerra permitía la modulación de la intervención estatal en la economía, siempre dentro de unos límites que rechazaban de plano los extremos, con la proyección de la constitución económica europea sobre las nacionales, y con la ayuda imprescindible para ello del TJUE, dicha modulación democrática se petrifica. A la competencia como parámetro rector desde abajo habremos de añadir, sí, la estabilidad presupuestaria como camisa de fuerza juridificada desde arriba, pero vaya por delante que sin el análisis crítico de esta nueva realidad, alejada de las visiones positivistas y procedimentales de la constitución, se hace hoy imposible entender el marco en el que ésta opera y las

⁷¹⁵ POIARES MADURO, M., *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, op. cit., p. 20.

⁷¹⁶ MAESTRO BUELGA, G., “Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea”, op. cit., p. 51.

mutaciones a que se ha visto sometida. La fórmula de “Keynes en casa y Adam Smith fuera” (en la Unión) ha sido transformada por la victoria sobre casa de las interpretaciones más neoliberales de la tradición de pensamiento que inauguró el segundo.

1.2.-El reconocimiento de la ESM en los Tratados de la Unión

Como ya analizamos en la primera parte de esta tesis, la Economía Social de Mercado (ESM) es el constructo doctrinal que condensa la mayor parte de los postulados ordoliberales y que contiene sus principales consecuencias teóricas. La primacía del elemento de mercado y de competencia (del Capital) en la ESM, la subordinación de su adjetivación social a la garantía de la libertad de precios y a la no interferencia estatal en las fuerzas del mercado, la convirtieron en programa de gobierno para los sucesivos mandatos democristianos de la posguerra, con Erhard a la cabeza como principal valedor de la fórmula. Curiosamente, se recordará, ésta había conseguido cierto predicamento al suavizar la intransigencia del ala más izquierdista de la CDU-CSU y del conjunto de la democracia cristiana alemana con su adjetivación social, aunque escondiera un proyecto neoliberal y en nada cercano al Estado social keynesiano. Pues bien, en una estrategia de “engaño” muy parecida, la Unión Europea acogió en 2011, en su derecho primario (artículo 3.3 del TUE), la Economía Social de Mercado como uno de los objetivos de la Unión.⁷¹⁷

El Tratado de Lisboa modificó el tenor del artículo para incorporar una fórmula que ya aparecía en el malogrado proyecto de Tratado constitucional (art. I-3).⁷¹⁸ El porqué de la aparición de la ESM en el derecho originario lo resumen así Joerges y Rödl al referirse a la Convención que la incluyó por primera vez: “creemos que ello recibe significancia política y constitucional cuando la Convención hace referencia explícita a un concepto clave de una influyente y específica línea de pensamiento de la joven República Federal de Alemania”.⁷¹⁹ Interesante al respecto es, en este sentido, la asunción

⁷¹⁷ La dicción literal del art. 3.3 TUE dice que “la Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.”

⁷¹⁸ MAESTRO BUELGA, G., “Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea”, op. cit., pp. 63-66.

⁷¹⁹ JOERGES, C. y RÖDL, F., “Social Market Economy as Europe’s social model?”, *EUI Working Paper Law*, 2004, pp. 11-12. Literalmente: “Creemos que ello recibe una significancia política y constitucional, cuando la Convención intent dotar de un carácter social a la Unión Europea con la referencia explícita a

del concepto que hace el Tratado de reunificación alemana de 1990, que en su artículo 1.3 establecía que la “Economía Social de Mercado” sería el régimen económico “común de ambas partes”.

Pero los motivos aparentes presentados fueron más espurios. Durante las sesiones de la Convención pretendidamente constituyente existieron demandas claras y específicas dirigidas a reforzar la dimensión social de la UE, demandas que se reforzaron cuando se supo que el pilar social iba a estar incluido en el bloque temático de la gobernanza económica. Los recelos de los socialdemócratas europeos y del ala más progresista de la Convención forzaron a que el ala más conservadora incorporara como bálsamo la Economía Social de Mercado con la esperanza de que su adjetivación fuera aceptada. El desconocimiento, creemos inconsciente, de la trayectoria teórica de la fórmula y de sus verdaderas connotaciones, habría permitido su inclusión bajo una apariencia progresista. La ambigüedad que rezuma el reconocimiento abierto de una economía de mercado,⁷²⁰ sí, pero social, se despeja al instante si se hace un análisis pormenorizado de la historia del término y de su verdadera significación, algo que he realizado también de manera más detallada en otra sede.⁷²¹

En este punto, no obstante, puede haber lugar para la confusión. Con la asunción de la ESM en el dintel de los Tratados no empieza a operar ésta ni sus principios ordoliberales, sino que tal inclusión viene a ser un reconocimiento a la realidad misma que se desprendía del proceso de integración durante décadas y que, determinada o no por ellos, respondía y responde a una parte nada desdeñable del corazón del ideario ordoliberal. No es de extrañar que autores como Maestro Buelga anticiparan, antes incluso de la incorporación de la fórmula al TUE, la adecuación de la misma al marco normativo de la Unión.⁷²² Éste se adecúa a la integración económica como ésta lo hace a aquél, desde la centralidad que ocupa la competencia y las libertades económicas fundamentales en el proyecto europeo. Los efectos jurídicos palpables de la aparición del

la “Economía Social de Mercado”, un concepto clave de una influyente pero también muy específica línea de pensamiento en la joven República Federal alemana”.

⁷²⁰ JOERGES, C. y RÖDL, F., op. cit., p. 18. Sin embargo, como dicen los autores, el modelo de los 50 y 60 alemán no cumplía todos los requisitos de la ESM y del modelo teórico que pretendía seguir: reinaba más el pragmatismo y los intereses sectoriales, a veces corporativos. No hemos de olvidar, además, que el creador mismo del término “Economía Social de Mercado”, Müller Armack, había sido el representante de Alemania en las negociaciones para la firma del Tratado de Roma.

⁷²¹ MORENO GONZÁLEZ, G., “La Economía Social de Mercado: el polémico concepto de la constitución económica europea”, en GARCÍA GUERRERO, J. L. (Coord.), *Constitucionalizando la globalización*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 791-810.

⁷²² MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica e integración europea”, op. cit., pp. 97-98 y 111.

concepto en el derecho originario son vacuos o, directamente, inexistentes, pero su inclusión viene a reconocer, siquiera estéticamente, la relevancia del conjunto de principios y relaciones estructurales actualmente existente. El criterio de la “conformidad de mercado”, la primacía de éste sobre los objetivos sociales o el papel destacado de la competencia en la conformación de la integración, constituyen elementos esenciales de la construcción doctrinal de la ESM y son, al mismo tiempo, extraordinariamente funcionales a la consecución de un mercado común europeo. Recalquemos: lo Social se aparta siempre en la ESM cuando las intervenciones estatales en la economía puedan distorsionar los elementos constitutivos del libre mercado, “de tal modo que todas las medidas estatales o públicas destinadas a intervenir en la economía han de pasar, previamente, un filtro de conformidad con los principios rectores del mercado común. Así, la ESM no sería considerada como un objetivo, tal y como aparece en el artículo 3, sino como un principio limitador de los objetivos (estos sí) sociales, al primar la adecuación al mercado frente a la consecución de éstos.”⁷²³ Un principio limitador que viene a reconocer y a condensar, al mismo tiempo, el núcleo teleológico de la constitución económica europea: el de la garantía del libre mercado y de la competencia frente a la discrecionalidad del poder político democrático.⁷²⁴ La ESM establece una inversión en la relación entre política y economía, quedando subordinada la primera a la segunda y rompiéndose con ello, por tanto, el vínculo social y de solidaridad que caracterizaba el intervencionismo democráticamente amparado del Estado social.⁷²⁵

⁷²³ MORENO GONZÁLEZ, G., “La Economía Social de Mercado: el polémico concepto de la constitución económica europea”, op. cit., p. 801.

⁷²⁴ JOERGES, C. y RÖDL, F, op. cit., pp. 5-7.

⁷²⁵ MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica e integración europea”, op. cit., p. 111.

2.-La mutación en la constitución económica europea tras el desembarco de la estabilidad presupuestaria

2.1.-Tríada de mecanismos: interdependencia y nuevo “método plutocrático europeo”

Con anterioridad ya hemos tenido oportunidad de denunciar la complejidad procelosa de los nuevos mecanismos de gobernanza económica que articulan la estabilidad presupuestaria en la Unión, una complejidad que se vuelve aún más problemática cuando se intentan analizar todos desde el conjunto y sus interdependencias, no desde su particularidad. Porque la imagen de la totalidad es confusa: una amalgama un tanto incoherente de procedimientos, mecanismos y tratados que se modifican o condicionan unos a otros pero que tienen, en el fondo, la misma finalidad. La estabilidad presupuestaria, ya sea en las vertientes preventiva y correctiva del PEC revisado y sus mecanismos, en los programas de rescates financieros del MEDE o en su juridificación más restrictiva en el TECG, es siempre el objetivo último del nuevo y reforzado gobierno económico de la Unión y, especialmente, de la Eurozona. El tríptico de la gobernanza económica, como denomina Craig a la suma del PEC revisado, el MEDE y el TECG,⁷²⁶ o la *tríada de mecanismos*, como aquí decimos, está repleto de “puentes” o instrumentos de interdependencia que hacen conectar unos a otros, complicando aún más el ya de por sí confuso andamiaje.⁷²⁷ Éste, vamos a verlo en nada, se proyecta sobre y por medio del conjunto de la constitución económica europea presidida por el principio de competencia y las características arriba descritas, en una convergencia de elementos altamente problemática para la democracia constitucional del viejo continente. Analicemos antes, sin embargo, dicha interdependencia que materializa uno de sus bloques, el de la estabilidad presupuestaria.

Por ejemplo, para recibir asistencia financiera del MEDE hace falta que el Estado en cuestión, perteneciente a la Eurozona, haya ratificado previamente el TECG. Así lo

⁷²⁶ CRAIG, P., “Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp. 20-25.

⁷²⁷ RAGONE, S., “Constitutional Effects of the Financial Crisis at European and National Level: a Comparative Overview”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 15, 2014, pp. 3-12. Aquí la autora hace un somero recorrido de las principales modificaciones acaecidas en el seno del *decision-making* de la Unión como consecuencia de la entrada en vigor de los mecanismos de gobernanza económica.

establece el propio Tratado constitutivo del Mecanismo, aunque en vez de incorporar dicha obligación en el articulado, extrañamente lo hace en los Considerandos del Preámbulo. En concreto, el 5, tras recordar la celebración del TECG aún por entonces abierta a firma, estipula que

El presente Tratado [el del MEDE] y el TECG son complementarios al promover la responsabilidad y solidaridad presupuestarias en la unión económica y monetaria. Se reconoce y acuerda que la concesión de asistencia financiera en el marco de los nuevos programas en virtud del MEDE estará condicionada, a partir del 1 de marzo de 2013, a la ratificación del TECG por el miembro del MEDE de que se trate y, tras la expiración del período de transposición a que se refiere el artículo 3, apartado 2, del TECG, al cumplimiento de los requisitos de dicho artículo.

Con una previsión similar responde el Tratado de Estabilidad en un “Señalando” de su Preámbulo, que recoge la misma condición.⁷²⁸ Así, el Mecanismo condiciona toda ayuda financiera no sólo a que el Estado haya ratificado el TECG, sino a que haya expirado el plazo de transposición del polémico mandato de constitucionalización *flexible* de la estabilidad presupuestaria que hemos estudiado, algo que el propio TECG recoge y reconoce. Con ambas previsiones lo que se pretende es que los países que acudan a los programas de rescate tengan que cumplir necesariamente con dos grandes vertientes o cauces a través de las cuales se consagra la estabilidad presupuestaria: además de la condicionalidad del MoU concreto que firman con el MEDE, los mandatos que se desprenden del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza. El refuerzo de la estabilidad presupuestaria es así doble, tanto en una dimensión más coercitiva como en la condición de necesidad misma que se exige para que aquella pueda darse. Recordemos, asimismo, que los Memoranda de Entendimiento que negocie y firme la Comisión en nombre del MEDE han de respetar y seguir, en la condicionalidad que impongan, las previsiones del derecho originario y derivado de la Unión en el ámbito UEM, lo que provoca una subordinación de dicha condicionalidad al PEC revisado y la estabilidad presupuestaria reforzada que éste impele. Decisiones tomadas por la Comisión o el Consejo en el marco del Semestre Europeo pueden dar lugar al inicio de un Procedimiento por Déficit Excesivo (PDE) o de un Procedimiento por Desequilibrios Macroeconómicos (PDM) que, aparte de conllevar *per se* una vertiente correctiva con posibilidades

⁷²⁸ Quizá de manera menos exhaustiva, o con peor técnica: “SEÑALANDO que la concesión de asistencia financiera en el marco de los nuevos programas en virtud del Mecanismo Europeo de Estabilidad estará condicionada, a partir del 1 de marzo de 2013, a la ratificación del presente Tratado por la Parte Contratante de que se trate y, tras la expiración del período de transposición a que se refiere el artículo 3, apartado 2, del presente Tratado al cumplimiento de los requisitos de dicho artículo.s”

sancionadoras, influirán en todas sus recomendaciones y decisiones en la condicionalidad reforzada que pueda establecer el MEDE si el Estado afectado, en concreto, queda después sometido a un programa de asistencia financiera con dicho mecanismo. La probabilidad de ello, además, no es precisamente baja, en tanto la vertiente correctiva del PEC no deja de activarse frente a un Estado que presenta graves problemas de déficit o deuda pública, problemas que son los que a su vez provocan la necesidad de acudir al mecanismo de asistencia financiera. Ésta se nutre en el MEDE tanto de las aportaciones de los Estados miembros de la nueva organización como de las propias sanciones que se hayan impuesto a los Estados en el marco del PEC reformado mediante el *six* y el *two pack*, montos que se consignarán en un fondo de reserva dentro del Mecanismo (art. 24 Tratado MEDE). Al tiempo, cuando los Estados del Euro estén sometidos a programas de asistencia financiera en el marco del MEDE, cesarán sus obligaciones para con los procedimientos de supervisión presupuestaria que contempla el *two pack* (art. 13 Reglamento 472/2013). La regla de oro o *balanced budget rule* (BBR) que el TCEG consagra en su artículo 3.1, ajena a cualquier procedimiento jurisdiccional de control, a su vez es sometida a su recto cumplimiento en el contexto de los procedimientos del nuevo PEC, que tiene que atender a la referencia más estricta (0,5% sobre el PIB) y demás previsiones que impone el Tratado. El círculo de interdependencias se cierra con la incorporación, por parte del art. 7 TCEG y para los Estados del Euro, de la regla de la mayoría cualificada inversa también para el inicio del PDE, la única decisión del Consejo en este procedimiento en la que aún no se había establecido.

Desde el prisma jurídico esta interrelación presenta dos grandes controversias. La primera, a la que ya nos hemos referido constantemente a lo largo de esta tesis, se deriva de la diferente naturaleza de los instrumentos normativos en juego. Tratados internacionales celebrados fuera del marco comunitario, que implican compromisos entre Estados, imponen obligaciones a instituciones de la Unión y modifican, de facto, el funcionamiento de las mismas, mientras éstas se ven también como nuevas protagonistas de organizaciones internacionales ajenas al andamiaje al cual pertenecen. La segunda problemática, empero, la hemos tratado menos, y es la que se refiere a la naturaleza misma de las previsiones destinadas a la interrelación entre mecanismos y procedimientos. Como si se supiera la fragilidad sobre la que se asientan, estas previsiones a veces nadan en la indeterminación más absoluta o, incluso, en la *ajuridicidad*. Por ejemplo, hemos indicado ya que la exigencia de firmar el TCEG para recibir asistencia financiera del MEDE viene

estipulada en los Considerandos que inauguran el Tratado de este último y en el Preámbulo del primero. Pues bien, ¿cuál es exactamente la fuerza vinculante de un Considerando? Peers,⁷²⁹ haciéndose la misma pregunta al respecto, critica duramente esta opción y la imputa a una consciente búsqueda de un compromiso débil, sin vinculatoriedad fuerte, en el que los Estados puedan jugar cómodamente dentro de un margen de flexibilidad.

La interdependencia de mecanismos presenta además como nota característica y común el impulso de un “nuevo método europeo”. Hasta ahora el desarrollo del proceso de integración podía analizarse desde la tendencia a superar el *método intergubernamental*, propio del derecho internacional y en el que impera el respeto a las soberanía particulares a través de la unanimidad, mediante un mayor refuerzo del *método comunitario*, marco procedimental de toma supranacional de decisiones con la participación destacada del Parlamento Europeo y bajo la regla de la mayoría. El poder soberano de los Estados se había ido diluyendo de este modo a través del sometimiento a las mayorías articuladas en el Consejo y en un Parlamento elegido directamente por sus ciudadanos, conservando eso sí ámbitos destacados de soberanía plena como la política de seguridad y defensa o la exterior. El método comunitario se había conseguido imponer en Lisboa como el criterio por excelencia en la Unión, reforzando el carácter supranacional de ésta y alejándola de los cauces tradicionales del derecho internacional mediante un acercamiento, correlativo, al del derecho constitucional y sus elementos definidores. Esta evolución, empero, se ha visto fuertemente sacudida y frenada como consecuencia de la creación de los nuevos instrumentos de gobernanza económica, de la tríada de mecanismos que hemos estudiado, que han venido a instaurar un “nuevo método europeo” caracterizado por un refuerzo de la intergubernamentalidad pero desde una óptima mayoritaria y, por tanto, supranacional. Una mezcla de los dos métodos tradicionales se da ahora en los nuevos mecanismos, mezcla con características propias que nos hacen indagar en la legitimidad misma de los procesos de toma de decisiones recién inaugurados. Tres son las principales características de este nuevo método, que pasamos a describir y a analizar y que nos llevan a calificarlo como “plutocrático”.

En primer lugar, y como apunta Azpitarte Sánchez,⁷³⁰ Pringle ha abierto las puertas de par en par a la atribución de funciones a las instituciones comunitarias desde

⁷²⁹ PEERS, S., “The Stability Treaty: Permanent Austerity or Gesture Politics?”, op. cit., p. 407-408.

⁷³⁰ AZPITARTE SÁNCHEZ, M., op. cit., pp. 320-321.

tratados ajenos al marco de la Unión. De ahí que el nuevo método de toma de decisiones se realice desde esferas a veces extra comunitarias donde rigen otros requisitos y procedimientos a la hora de decidir entre Estados. La interrelación entre instituciones comunitarias y procedimientos ajenos a ellas es tal que se ven envueltos, en el MEDE, en la ejecución de decisiones que se toman de acuerdo con parámetros totalmente diferentes y propios, en exclusiva, de un *intergubernamentalismo de capacidad financiera*. Llamamos así a todo procedimiento en el que la voluntad de la organización internacional se elabora y adopta mediante la emisión de votos por Estados que no se ponderan en relación a la población de los mismos, sino al dinero que éstos aporten a la organización internacional. Esta especie de plutocracia, que ya estaba presente en el funcionamiento del Fondo Monetario Internacional, se traslada ahora al ámbito europeo de la mano del MEDE, ya que los votos formulados en su Consejo de Gobernadores en torno a la adopción de decisiones sobre los programas de asistencia financiera (MoU) son ponderados en función del capital con el que los Estados participan en el Mecanismo. Así, Alemania tiene mucho más peso que cualquier otro país y más que proporcionalmente respecto al tamaño de su población, puesto que es sin duda, y con creces, la economía más fuerte de la Eurozona. Recordemos la posibilidad en el seno de la nueva organización de tomar decisiones por un 85% de votos afirmativos, lo que dejaba fuera a países tan pequeños y con tan poca capacidad financiera como los bálticos, lo que repercutía en la afectación democrática de tales decisiones (vid. 3.1.2 del Capítulo II de la Segunda parte). La pérdida de vínculo entre democracia y toma de decisiones es preocupante aquí en la medida en que el MEDE, aun siendo un organismo internacional diferente de la UE, posee una fuerte interdependencia con el resto de mecanismos y procedimientos de la gobernanza económica y con las propias instituciones de la Unión, tal y como hemos visto. Peers, en un importante estudio, califica críticamente esta procelosa realidad como una “nueva forma del derecho europeo”.⁷³¹ De suerte tal que un funcionamiento institucional contrario al método comunitario y aun al intergubernamental clásico, que no se deriva de un vínculo entre el *demos* y el *kratos*, sino entre éste y la *ploutos*, se termina insertando en la lógica de la constitución económica europea y al servicio, último, del establecimiento y garantía de la estabilidad presupuestaria como axioma y principio rector.

⁷³¹ PEERS, S., “Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework”, *European Constitutional Law Review*, vol. 9, nº 1, 2013, pp. 37- 72, en concreto pp. 49 y ss.

En segundo lugar, en el nuevo método vemos cómo se ha introducido un sistema ciertamente novedoso de votación, el de la mayoría cualificada inversa. Ésta impera ya a la hora de que el Consejo imponga las sanciones en el PDE reformado y en el nuevo PDM sobre la base, siempre, de una previa recomendación de la Comisión, pero es que recordemos que el artículo 7 del TCEG crea un “puente”, basado en un compromiso de derecho internacional, por el que la apertura misma del PDE también se ha de decidir por mayoría cualificada inversa, cosa que hasta el momento y de acuerdo con el derecho derivado no se daba. La virtualidad de la nueva mayoría es sencilla de comprender, como ya hemos tenido oportunidad de aclarar: la de reforzar el cumplimiento automático de la estabilidad presupuestaria y de las consiguientes recomendaciones e indicaciones del Consejo y la Comisión. Ahora bien, esconde a su vez una consecuencia que Dimopoulos⁷³² apunta muy acertadamente y que afecta al corazón mismo de la integración. Si en el método intergubernamental puro se precisaba la unanimidad y en el comunitario la mayoría *positiva*, ahora en el nuevo *método plutocrático europeo* la intergubernamentalidad sigue primando (es el Consejo el que decide) pero con un sesgo evidente a favor de los grandes Estados. La exigencia de una mayoría inversa cualificada implica que las sanciones, en este caso, se aprueban siempre que el Consejo no se pronuncie sobre lo contrario por dicha mayoría, lo que otorga un poder de veto considerable a los Estados cuyo voto ponderado, esta vez por población, sea mayor. Los Estados grandes se han visto favorecidos y los pequeños, a su vez, han visto cómo se debilita su poder de influencia en la toma de decisiones. Era en gran medida lo que denunciaba, malogradamente al final, el Tribunal Constitucional de Estonia para el procedimiento de urgencia que, en el seno del MEDE, puede ser activado por la Comisión, en un argumento predicable de los procedimientos del PEC revisado. Una mutación en el *balance of power* de la Unión que es atravesado, como venimos recalando, por instrumentos normativos ajenos a ella y cuyo paradigma lo representa el artículo 7 del TCEG y su polémico compromiso. Un “nuevo intergubernamentalismo”, lo han denominado Bickerton, Hodson y Puetter,⁷³³ que utiliza, paradójicamente y como señalan Chiti y Teixeira, instituciones comunitarias.⁷³⁴ ¿Por qué este nuevo

⁷³² DIMOPOULOS, A., op. cit., en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., p. 53.

⁷³³ BICKERTON, C., HODSON, D., y PUETTER, U., “The New Intergovernmentalism: European Integration in the Post-Maastricht Era”, *Journal of Common Market Studies*, vol 53, nº 4, 2015, pp. 713-714.

⁷³⁴ CHITI, E. y TEIXEIRA, O., “The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis”, *Common Market Law Review*, vol. 50, nº 3, 2013, pp. 686.

intergubernamentalismo, esta segunda característica del nuevo método europeo, puede ser también calificado como plutocrático? Aquí es esencial el completo análisis que lleva a cabo Menéndez Menéndez⁷³⁵ sobre la mutación de la Unión Europea como consecuencia de la operatividad de los nuevos mecanismos de gobernanza, pues en ella encuentra también una nueva centralidad de los Estados económicamente más potentes o tradicionalmente acreedores. Primero, señala el autor, estos cambios en el sistema de voto se han introducido a través de modificaciones del derecho derivado (PEC revisado) y no de una reforma explícita de los Tratados que pueda dar cobertura “constitucional” a tan importante transformación, por lo que la legitimidad de los mismos puede ser cuanto menos problemática. Segundo, y he aquí la nota displicente, la eufemística “mayoría cualificada inversa” esconde “una minoría cualificada” de poder de veto que puede ser conseguida, fácilmente, por la unión de los Estados más grandes que son, a su vez, los más poderosos económicamente. Es un paralelismo, trazado por el autor a lo largo de varios estudios,⁷³⁶ que tiene también su traslación al campo de la resistencia constitucional, puesto que los únicos Estados que han blandido eficientemente ésta desde sus jurisdicciones constitucionales son, en efecto, también los más ricos.

En tercer y último lugar, una constante en la tríada de mecanismos y en el nuevo método plutocrático es la ausencia, notoria y destacable, del Parlamento Europeo. Como pone de manifiesto Cristina Fasone,⁷³⁷ aunque la Eurocámara haya intervenido en la adopción de muchos de los instrumentos del *six* y del *two pack* por el procedimiento comunitario de codecisión, no ha visto de ningún modo reforzada su posición, muy al contrario. La Comisión y el Consejo, sobre el que pivotan todos los procedimientos de garantía y ejecutoriedad de la estabilidad presupuestaria, son los grandes vencedores frente a un Parlamento al que sólo tienen, y en ocasiones, que informar. Ello supone retornar al clásico déficit democrático de la Unión que parecía haberse solventado con creces en el Tratado de Lisboa a través de una ampliación destacable del procedimiento de codecisión y de la relevancia, consecuente, del PE en y para el conjunto de la Unión. Y es que ha sido la Eurocámara la que ha protagonizado junto al TJUE los esfuerzos constitucionalizadores de la *sui generis* “comunidad de Estados” y la que aporta, con su

⁷³⁵ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. J., “Mutación y ¿quiebra? constitucional de la Unión Europea”, *Nueva Época*, 5-8, enero-diciembre 2014.

⁷³⁶ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. J., “The structural crisis of European Law as a mean of social integration. From the democratic rule of law to authoritarian governance”, op. cit.

⁷³⁷ FASONE C., “European Economic Governance and Parliamentary representation. What Place for the European Parliament?”, *European Law Journal*, vol. 20, n° 2, 2014.

elección directa, una legitimidad democrática dimanante de los ciudadanos de la UE y no de los Estados. Además, estamos de acuerdo con Marzinotto, Wolff y Hallerberg⁷³⁸ en que esta ausencia del PE y la predominancia correlativa de la especial intergubernamentalidad del Consejo, de la mano de la Comisión, suponen no sólo una recuperación de ese déficit democrático tradicional a que parecía estar condenada la Unión, sino también una consiguiente pérdida de centralidad de los parlamentos nacionales. Ya insistimos en que la vinculación entre los inicios de la democracia liberal, el parlamento y los presupuestos había sido una constante en la historia occidental, algo sobre lo que el TCA, en sus sentencias sobre el MEDE, vuelve a insistir. Sin embargo, lo que no analiza (porque a Alemania no le interesa, si se sigue respetando su poder de veto y la centralidad del Bundestag) es que los procedimientos presupuestarios de la Eurozona, tras la entrada en vigor del *six pack* y su Semestre Europeo y, sobre todo, de un *two pack* que obliga a presentar los planes de presupuestos ante Bruselas, han mudado en su naturaleza parlamentaria para devenir, bajo la presión de una estabilidad presupuestaria que puede ser denunciada como incumplida, en una suerte de productos de una soberanía y un parlamento limitados. De la Parra es claro al respecto en su análisis del *two pack* y de las nuevas obligaciones que comporta, especialmente el Reglamento 472/2013 en cuanto a la supervisión reforzada.⁷³⁹ No ha de extrañar que países como Suecia activaran malogradamente el mecanismo de alerta temprana (la “tarjeta amarilla”) en el marco del control del principio de subsidiaridad, que protege también, recordemos, la autonomía de los parlamentos nacionales en el uso de sus legítimas competencias.⁷⁴⁰ Porque en el fondo a lo que estamos asistiendo es a un claro y explícito despojo de las atribuciones constitucionales al parlamento, que tradicionalmente han vertebrado las democracias constitucionales nacionales; un despojo, además, cuyo fundamento jurídico es la débil base del derecho derivado y de la cobertura normativa de la UEM, cuando no instituciones u organizaciones ajenas a ella. Aunque sea cierto que los nuevos mecanismos no dejan de respetar *ab initio* la autonomía parlamentaria en la adopción de los presupuestos, al final, y siguiendo a Gómez Urquijo, “es difícil pensar que un Estado con dificultades

⁷³⁸ MARZINOTTO, B., WOLFF, G., y HALLERBERG, M., “How effective and legitimate is the European Semester? Increasing the role of the European Parliament”, *Bruegel Working Paper*, nº 9, 2011. Disponible también en:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/464443/IPOL-ECON_NT\(2011\)464443_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/464443/IPOL-ECON_NT(2011)464443_EN.pdf)

⁷³⁹ DE LA PARRA, S., “The two pack on economic governance: an initial analysis”, Bruselas: *ETUI*, 2013, p. 14.

⁷⁴⁰ CAMISÓN YAGÜE, J. A., *La participación directa e indirecta de los parlamentos nacionales en los asuntos de la Unión Europea*, Madrid: Secretaría General del Senado, 2010.

económicas, y que quiera o necesite el apoyo financiero comunitario, pueda desmarcarse de las recomendaciones realizadas a su borrador presupuestario y enfrentarse a las sanciones económicas y a la exclusión de los mecanismos de rescate”.⁷⁴¹ Huelga decir que en la plutocracia el *demos* como sustantivo está ausente, tan ausente como lo está el Parlamento Europeo en este nuevo y peculiar método comunitario que posee unas características propias muy preocupantes desde el prisma democrático y que coadyuvan, como veremos, en la definición misma de la *constitución económica neoliberal* y del modelo competitivo en el que ésta se asienta.

De este modo, la articulación de la tríada de mecanismos para juridificar la estabilidad presupuestaria y pretender su cumplimiento por parte de los Estados, ha devenido en la creación de un nuevo método europeo con caracteres plutocráticos y *ademocráticos* que, combinando elementos de los dos ya existentes (el comunitario y el intergubernamental), se ha diseñado desde la complejidad de la interdependencia de los instrumentos normativos que conviven en la constitución económica de la Unión y que incide, directamente, sobre las categorías basilares que caracterizan a las democracias constitucionales del viejo continente. Un nuevo método plutocrático que es uno de los pilares del *modelo competitivo*, denominación con la que vamos a continuación a describir la convergencia de la competencia y de la estabilidad presupuestaria como principios rectores de la Unión Económica y Monetaria, y sus efectos constitucionales.

2.2.-La convergencia de ordoliberalismo y Economía constitucional en la constitución económica europea

Hasta aquí hemos analizado en esta tesis los fundamentos teórico-constitucionales del ordoliberalismo y la Economía constitucional (Primera parte), la juridificación en los mecanismos de gobernanza del principio de estabilidad presupuestaria (Segunda parte) y, en lo que llevamos de esta tercera, las características de una constitución económica europea en la que prima el elemento ordoliberal de mercado y en la que comienzan a operar los citados mecanismos desde su interrelación e interdependencia y desde,

⁷⁴¹ GÓMEZ URQUIJO, L., “El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza dentro del nuevo marco condicional de cohesión social en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 526.

también, sus contradicciones y el nuevo “método plutocrático europeo” que han instaurado. Llegados a este punto, lo que queremos ahora es trazar las líneas maestras de la nueva constitución económica europea tras la incorporación a ella de los nuevos mecanismos y de la nueva virtualidad de la estabilidad presupuestaria, y el resultado consecuente de la convergencia heurística en el mismo punto de referencia tanto de la construcción ordoliberal como de la Economía constitucional.

Ya indicamos que Vanberg ha sido el autor, sin duda, que más ha estudiado el acercamiento y la proximidad teórica de ambas corrientes de pensamiento en el seno del neoliberalismo, y creemos en general acertada su exégesis. Si el ordoliberalismo, recordemos, supuso un “giro hacia el Estado” en la consideración (neo)liberal del conjunto de las relaciones económicas, la Economía constitucional de Buchanan conllevó un “giro hacia la Constitución” de la necesidad ordoliberal de prediseñar un marco jurídico funcional al libre mercado y al principio de competencia. Este *marco* fue la obsesión teórica de los ordoliberales alemanes en la posguerra, y ya hemos visto no sólo cómo ha podido influir en la construcción del proceso de integración, sino también cómo nos puede servir a nosotros para abordar analíticamente el mismo y sus problemáticas actuales tras la compleja respuesta que ha dado a la crisis económica y financiera.

Un objetivo común preside la concurrencia de las dos grandes escuelas: elevar a un ámbito indisponible para la política ordinaria (lo político) los principios que creen indispensables para la existencia y desenvolvimiento del libre mercado (*elevación a la indisponibilidad*). Para los ordoliberales, esos principios, llamados constituyentes, giran en torno al de competencia como criterio rector, de ahí la necesidad de que el Estado garantice dicho criterio al más alto nivel y desde el mayor automatismo jurídico posible que favorezca, en cuanto se pueda, su permanencia. Para los representantes de la Economía constitucional, esos principios constitutivos deben estar constitucionalizados, deben figurar en la Norma Suprema, si quieren obtener la eficacia e inmutabilidad deseada por los ordoliberales, ya que es la constitución la que garantiza en última instancia ambas dimensiones y lo hace, además, desde la altura de su especial legitimidad fundada en un momento constituyente, unánime y de pre-compromiso entre elementos sociales desiguales. La proyección de la desigualdad natural en el contrato constitucional es la constatación de la protección de la libertad individual, valor sagrado para la *Public Choice* de Buchanan, de ahí que se hagan necesarios mecanismos efectivos que desde la constitución logren la perpetuación de esa desigualdad a través del rechazo a la

redistribución. La estabilidad presupuestaria, principio que ya había sido considerado por algunos ordoliberales como constituyente, aunque sin recibir el mismo tratamiento y dedicación que el de competencia, se erige así en el mejor baluarte de la EC frente a las tendencias expansionistas del Estado y la Administración pública que, tras el momento constituyente seminal, están al albur de las mayorías sociales alternantes en el poder y sedientas, en todo momento, de una mayor igualación económica. La constitucionalización, desde aquel momento iniciático de instauración del contrato político, de las garantías jurídicas esenciales para la evitación de la redistribución de la riqueza, considerada como atentatoria contra la libertad individual reconocida en el pacto fundante, es el objetivo principal del programa teórico de la Economía constitucional.

Esa perfección y concreción buchanaiana del ideal ordoliberal ha tardado, al contrario que su objeto de perfeccionabilidad, en asentarse en la constitución económica europea. Ésta, presidida en las primeras décadas por la exigencia de construcción de un mercado común en el que imperase la competencia, comenzó a lanzar su *spillover* sobre la necesidad de una Unión Económica verdadera en Maastricht, pero los mecanismos de coordinación fiscal y presupuestaria fueron desde el inicio insuficientes y en nada colmaban las pretensiones de la EC, tal y como describimos al inicio de la Segunda parte. La consagración de la estabilidad presupuestaria como principio rector de la UE, y especialmente de la Eurozona, ha tardado en realizarse y ha constituido un proceso paralelo, con sus altibajos y contradicciones, al de la propia integración política del continente. No obstante, la respuesta europea a la crisis ha conseguido que, también con sus deficiencias ya estudiadas, la estabilidad presupuestaria sea hoy un imperativo jurídico, económico y político para los Estados europeos, que tienen frente a sí, y en buena medida como consecuencia de su propia voluntad, una tríada de mecanismos diseñados para su cumplimiento y garantía. A la presidencia del criterio de competencia en la constitución económica europea hemos hoy de añadirle un segundo “trono”, el de la estabilidad presupuestaria. A la influencia ordoliberal en la construcción seminal del mercado común hemos de adherir en estos días la adherencia del paradigma buchanaiano de la juridificación de la *balanced budget rule* (BBR) *lato sensu*, tan bien teorizada por la Economía constitucional y con una experiencia tan rica como compleja en la historia de los Estados Unidos.

Si una, la competencia ordoliberal, ha sido la clave de la constitución económica hasta el momento y podemos verla proyectada a lo largo y ancho del derecho originario

y derivado de la Unión, consolidada por una jurisprudencia expansiva y muy invasiva del TJUE y consagrada en el mismo corazón jurídico de la integración; la otra, la estabilidad presupuestaria buchiana, ha llegado a la *sui generis* comunidad de Derecho europea desde formas, a veces, ajurídicas o, cuando no, directamente de dudosa juridicidad. El PEC tenía su respaldo en el derecho originario, pero ya hemos visto cómo los otros dos grandes mecanismos que lo acompañan y refuerzan, el MEDE y el TECG, son directamente productos intergubernamentales que han sido originados y que operan fuera del marco comunitario mismo. Las dudas que despiertan en su naturaleza e interrelación son dudas jurídicas que también se aplican, consiguientemente, sobre la juridificación europea de la estabilidad presupuestaria y que nos sirven para criticar dicho proceso desde el propio Derecho, desde las mismas categorías jurídicas, sin necesidad de acudir a criterios externos de oportunidad política.

Ahora bien, ambos troncos, como los hemos denominado, o pilares de la nueva constitución económica de la Unión, ¿actúan independientemente o guardan alguna relación más allá del mismo origen teórico neoliberal y de la pretensión compartida? La tesis que aquí sostenemos, y que es el cénit de la presente investigación doctoral, es que actuando a la par y en conjunto, ambos principios producen unos resultados y unos efectos jurídicos diferentes de los que podrían dimanarse de su actuación separada e individual. La convergencia de ambos idearios, o de la adecuación heurística de sus conceptualizaciones y deseos más elementales en la materialización compleja de la integración europea, constituyen la que aquí vamos a denominar como la nueva *constitución económica neoliberal*, fundada en una concepción más amplia de la Constitución y del constitucionalismo como técnica de control del poder político.

2.2.1.-El modelo económico competitivo

Para conseguir el objetivo propuesto hemos de analizar primero la obra ya indicada de Poiars Maduro y el “modelo competitivo” que categoriza, pues sobre el mismo vamos a construir nuestra propia y nueva categorización.⁷⁴² Antes de llegar a la formulación de

⁷⁴² El autor analiza el modelo competitivo, junto al centralizado y descentralizado, en POIARES MADURO, M., *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, op. cit., pp. 108-150.

dicho paradigma, el autor explora el resto de, para él, posibles modelos de constitución económica europea: el “centralizado” y el “descentralizado”.

El primero se caracterizaría por la sustitución de la *integración negativa* por una *positiva* que reforzaría el marco normativo de la Unión al ser éste el que ocuparía el espacio dejado por la regulación estatal.⁷⁴³ De este modo se evitaría un vacío normativo o una excesiva desregulación, y podrían al tiempo perseguirse instrumentos de intervención en la economía más intensos, aunque ya no fuera desde la esfera nacional-estatal, sino desde la europea. Este sería el modelo óptimo para las posturas federalistas que defienden una mayor integración, pero precisaría también una mayor legitimidad democrática que se diera tanto por la conveniencia política de su concurso, como por la necesidad jurídica de su presencia. Recordemos aquí la jurisprudencia asentada por el Tribunal Constitucional Alemán en sus famosas y polémicas sentencias Maastricht y Lisboa y el impedimento que existe, en ellas, de avanzar en la Unión Económica y apostar por la integración positiva si no se da un salto cualitativo en la legitimidad integral de la propia UE. Y es que este modelo permitiría, con su defensa, la posibilidad de que lo político doblegara a lo económico, o a lo económico juridificado, desde una concepción *radicalmente* democrática de la institucionalidad comunitaria y de la participación de los *demos* europeos que le dan sustento. El Capital y el elemento Liberal podrían así, siguiendo la dicotomía que hemos explorado, verse doblegados por las posibilidades de transformación democrática. Sin embargo, a pesar de sus posibles virtudes, esta opción no venció ni ha vencido finalmente en la conformación de la constitución económica de la UE. Haas apunta a que en un primer momento pudo ser una esperanza para los federalistas europeos y, sobre todo, para los que participaban de cierto estatismo y rechazaban el predominio del mercado. Según este autor, cuando el Tratado de Roma se negoció dos posturas en torno a la constitución económica de la Comunidad, irreconciliables, concurren: la francesa, favorable a la integración positiva en algunos aspectos bien circunscritos como la legislación social, y la alemana-ordoliberal, menos proclive a la misma y más favorable a los dos modelos que a continuación estudiamos. Finalmente, huelga casi decirlo, sería la postura alemana la que ganaría tras arduas negociaciones.⁷⁴⁴

⁷⁴³ Esta terminología es hoy muy común: SCHARPF, F., *Gobernar en Europa, ¿eficaz y democráticamente?*, Madrid: Alianza, 2000, pp. 59 y ss.

⁷⁴⁴ HAAS, E. B., *Uniting of Europe: Political, Social and Economic Forces, 1950-1957*, University of Notre Dame Press, 2004, p. 516.

El segundo modelo, el descentralizado, es el que hemos descrito parcialmente en los primeros epígrafes de esta parte y el que se deriva de las concepciones y posturas ordoliberales más tímidas. El mismo se refiere, según la clasificación de Poiars, al mantenimiento por los Estados de su amplio poder de regulación, que sólo se vería limitado por la acción del derecho comunitario cuando incidiera directa o indirectamente en las cuatro grandes libertades económicas (principio de no discriminación). La evitación de políticas proteccionistas se conseguiría a través de la actuación puntual de las instituciones de la Unión y, sobre todo, del Tribunal de Justicia, pero se respetaría en lo demás la soberanía estatal y la autonomía autorreferencial de su normatividad. A tal fin se haría necesaria la garantía del principio de subsidiaridad como piedra angular, un principio que, hagamos memoria, era tan familiar para el ordoliberalismo y que, aún hoy, se mantiene en su reconocimiento comunitario. Este sería, pues, el modelo seguido en los primeros estadios del proceso de integración, pero pronto se vería interpelado por el “modelo competitivo” y sus elementos definidores, aunque sigan subsistiendo hoy algunas de sus categorías. Maestro Buelga,⁷⁴⁵ aun utilizando una clasificación por fases, considera que el punto de inflexión en el cambio de paradigma se produjo con la aprobación del Tratado de Maastricht, que introdujo con la Unión Económica y Monetaria una intensificación neoliberal, más de corte hayekiana, en el sustrato ordoliberal del derecho de competencia, extendiendo al mismo tiempo éste y sus virtualidades jurídicas hacia el Estado y no tanto hacia los poderes privados. Un cambio de paradigma cuyos antecedentes pueden rastrearse ya en el Acta Única Europea, y que también ha sido analizado detenidamente por Joerges.⁷⁴⁶

Así, el tercer modelo se refiere a la competición entre ordenamientos estatales a través de una concepción expansionista de la competencia ordoliberal y del afianzamiento de principios como el de reconocimiento mutuo, los cuales ahondan en la centralidad del mercado como elemento legitimador y motor mismo del proceso de integración.⁷⁴⁷ Este modelo apuesta por la integración negativa, por la desregulación, mediante la

⁷⁴⁵ MAESTRO BUELGA, G., “Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea”, op. cit., pp. 45-49, y 51-52.

⁷⁴⁶ JOERGES, C., “What is left of the European Economic Constitution? A melancholic eulogy”, op. cit.

⁷⁴⁷ POIARES MADURO, M., *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, op. cit., pp. 126-143.

potenciación de criterios *automatistas* y fuertemente juridificados, menoscabando por tanto no sólo la soberanía y autonomía normativa de los Estados, sino también imposibilitando su sustitución plena y democrática por la potencia conformadora de la Unión y su institucionalidad. En ese automatismo de la juridicidad pretendida, los tribunales de justicia y, en concreto, el TJUE, desempeñan un papel central, pues son los que en buena medida deciden los límites de la expansión de la competencia y circunscriben restrictivamente, por ende, los instrumentos de intervención del Estado en la economía. Poiares Maduro reconoce la decisiva influencia del ideario ordoliberal más atrevido en este modelo, que es también para el autor el más abiertamente neoliberal.⁷⁴⁸ Siguiendo sus propias palabras: “Los ordoliberales y otros neoliberales han sido activos participantes en el proyecto de la integración europea; ellos confiaron a la “comunidad de derecho” el proceso de constitucionalización de la economía de libre mercado sin competencia distorsionadora.”⁷⁴⁹ Además, el modelo competitivo, de acuerdo con el propio Poiares, responde a la concepción de legitimidad que blande el ordoliberalismo, para el que lo importante es, como vimos, la funcionalidad del marco jurídico en la garantía de los principios del libre mercado y la competencia. Un marco jurídico que se intenta revestir de apoliticidad automatista, aunque ello encubra una *decisión* consciente y voluntaria previa sobre su establecimiento. No es de extrañar que de esa pretendida juridicidad automatista, derivada de principios y metas ambiciosas, se haya derivado la centralidad del TJUE en algunas de las consecuciones más importantes de este modelo, como la garantía del principio de reconocimiento mutuo, una “conquista” competitiva realizada en primer lugar, y antes de que llegara el legislador comunitario, por el Tribunal en la famosa sentencia *Cassis de Dijon* de 1979. Este principio alienta la competencia entre los actores económicos privados pero también, y especialmente, entre las propias regulaciones públicas, al permitir los Estados vender aquellas mercancías que se hayan producido bajo una regulación menos restrictiva o invasiva en otro Estado miembro. No obstante, antes de este principio, y a pesar de su relevancia, la competencia entre ordenamientos ya era una realidad, alentada por las cuatro grandes libertades y, sobre todo, por la de capitales, en un proceso muy parecido al ya producido durante la federalización de los Estados Unidos. Allí, empero, la integración positiva a través del refuerzo de la Federación, sobre todo en determinados periodos históricos, permitió que en algunos de ellos pudiera darse incluso marcos intervencionistas intensos y hasta un sui

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 126-129.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 127.

generis Estado Social en el que el protagonismo fue, eminentemente, vertical o de *top-down*.⁷⁵⁰

Pues bien, este modelo ha sido el que, con sus altibajos, ha terminado triunfando en la UE, aunque fuera el descentralizado el que en primer término se deseó y se implementó. El activismo del TJUE y las consecuencias funcionalistas de un *spillover* a veces difícil de frenar, terminaron incorporando como una cuña la expansión jurídica de la competencia como criterio rector y posibilitando, a su vez, la competencia misma entre regulaciones y Estados. Son los actores privados los que, al tener ante sí una gran variedad de “productos normativos”, eligen cuál es el foro que más le conviene y cuál la regulación más proclive a sus intereses, forzando mediante el reconocimiento mutuo y el uso de las libertades económicas fundamentales un proceso de competición a la baja (*dumping*) que afecta también a las distintas regulaciones estatales. Éstas tienden, por ende, a rebajar sus niveles de exigencia y a ser más funcionales a los objetivos del libre mercado, adaptándose y “flexibilizándose” para responder satisfactoriamente a la demanda y a las libertades de circulación.

En lo que no estamos de acuerdo con Poiares es en la posibilidad, según él constatable,⁷⁵¹ de que determinados avances en la integración han supuesto la anulación de la competición en sus respectivos ámbitos. En concreto, se refiere a que el comienzo de la tercera fase de la UEM y la consiguiente adopción del Euro como moneda única conllevó el cese de la competencia monetaria entre Estados. Ahora bien, y aunque no es objeto de esta investigación el análisis de las tesis monetaristas que presiden la arquitectura de la Eurozona, no debería pasar desapercibido para Poiares que ésta está diseñada, precisamente, para aumentar la competición entre los Estados y sus respectivas economías, si bien en dimensiones estrictamente no monetarias. También echamos en falta de su análisis la posible incidencia en este modelo del principio de estabilidad presupuestaria, pues aunque la fecha de realización de su famoso trabajo (2002) no permitiera siquiera aventurar la rápida y casi completa juridificación posterior del principio, lo cierto es que, no obstante, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento estaba ya en vigor... con las debilidades analizadas, eso sí. Quizá puede pesar en esta ausencia una concepción pro-mercado, y excesivamente liberal para la postura que aquí estamos

⁷⁵⁰ Cfr., DYE, T., R., *American Federalism: Competition Among Governments*, Massachusetts: Leington Books, 1990; VÁZQUEZ ALONSO, V., op. cit.

⁷⁵¹ POIARES MADURO, M., *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, op. cit., p. 134.

manteniendo, que manifiesta continuamente el autor a lo largo de la obra, ya que para el mismo el mercado tiende a verse bajo parámetros racionales, neutros y previsibles, acercándose con ello a las tesis de la Economía constitucional. Lo político, en cambio, es para Poiares un intento de traslación de determinados ideales al campo de lo jurídico, con la consiguiente carga de mutabilidad, incertidumbre e imprevisión que suele acarrear. Una diferenciación entre lo económico y lo político que sobrevuela, además, todos sus trabajos y que creemos artificial siguiendo las posturas de Polanyi y Foucault.

Sea como fuere, mantenemos aquí como acertada su consideración casi final de que la constitución económica europea, bajo el modelo competitivo que parece presidirla, mantiene (en pasado, *mantenía*, para nosotros) una tensión inherente a su apertura entre, por un lado, el automatismo ordoliberal de la competencia y las libertades económicas fundamentales, así como sus efectos niveladores y, de otro, la necesidad de una cohesión política supranacional y de una institucionalidad legitimada democráticamente que pueda dar cobertura y justificación a aquel automatismo.⁷⁵² Pues, aunque para cierto ideario ordoliberal y para la Economía constitucional la legitimidad meramente funcional pueda ser la más propicia y operar casi en exclusividad, no es menos cierto que la resistencia constitucional de las democracias estatales y de la propia ciudadanía europea, consciente en sus ámbitos de referencialidad política tradicional de sus derechos, no permitirían *ab initio* una Unión Económica basada en la pura apariencia de tecnicidad sin mecanismos algunos de legitimidad...¿O sí? La tesis que aquí defendemos es que este estadio, este sueño ordoliberal y buchiano, ya se ha alcanzado en la Unión Europea tras la consolidación jurídica de la estabilidad presupuestaria y con la convergencia de ésta y el criterio de competencia. La tensión apuntada por Poiares no existe, pues una de las dimensiones de la lucha heraclitiana, la representada por el *modelo económico competitivo*, ha vencido sobre su contraria, sobre la legitimación democrática del proceso de integración que permita la supremacía de lo político sobre los intereses económicos juridificados (Capital) y parapetados en la automaticidad del Derecho (elemento Liberal). Ello lo ha conseguido la convergencia mentada, y lo ha hecho en lo que denominamos como *constitución económica neoliberal*, la cual será desgranada al final en sus elementos definidores. Antes, no obstante, es preciso completar su cuadro general y el marco en el que se desenvuelve y opera.

⁷⁵² *Ibid.*, pp. 159-162.

2.2.2.-El modelo político fragmentado: un análisis desde la Economía

Constitucional

En el Capítulo II de la Primera parte describimos y analizamos los aportes de la Economía constitucional de James Buchanan, escuela que ha constituido hasta ahora la mayor teorización académica de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria, su potencialidad y presunta necesidad jurídica. Recordemos que de su análisis no se debe desprender que toda juridificación del principio, incluida la que se da en la Unión Europea, responda a los parámetros teóricos buchalianos ni que, aún en menor medida, tales procesos intenten trasladar los postulados teóricos de la Escuela de Virginia a una realidad jurídica determinada. Aunque no hemos de minusvalorar o descartar por completo la influencia de los planteamientos de Buchanan y su programa teórico en la defensa a ultranza de la estabilidad presupuestaria que se realiza desde el neoliberalismo en Europa, su análisis se presenta en esta tesis con una pretensión eminentemente heurística, al revestir el objetivo de servir como marco de referencia teórico desde el que poder extraer conceptos, categorías, comparaciones y conclusiones. Es en este sentido en el que cabe una aproximación de la teoría buchaliana a la realidad europea, en tanto la institucionalización de la estabilidad presupuestaria y su elevación al máximo nivel de protección en el marco de la Unión puede ser diseccionada desde los parámetros de la Economía constitucional. Cabe recalcar sobre todo que son los elementos más teóricos, aquellos que precisamente pudieran blandirse para fundamentar la base misma de los procesos de constitucionalización de la *golden rule*, los que más interés revisten en un análisis comparativo tras el ya realizado en cuanto a la problemática europea de dicha constitucionalización flexible; análisis que, bajo la meta de esta tesis, se circunscribirá a continuación, y como decíamos, a una pretensión eminentemente heurística y no de estudio empírico sobre posibles nexos de causalidad fáctica, cuestión ésta que pudiera ser objeto de un estudio ulterior pero separado.⁷⁵³

Ya vimos que Buchanan continuaba el giro hacia el Estado que en el seno del neoliberalismo había iniciado su rama ordoliberal, y que lo hacía además concentrando los renovados esfuerzos teóricos por la limitación jurídica de la acción política en la propia constitución. La clave evolutiva neoliberal de Buchanan es esa identificación de

⁷⁵³ Algo ya he avanzado en MORENO GONZÁLEZ, G., “El marco teórico-constitucional de los nuevos mecanismos de gobernanza económica”, en MARTÍN CUBAS, J., (edit.), *Constitución, política y administración: España 2017, reflexiones para el debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 375-389.

la norma fundamental que realiza como el mejor reducto en el que poder refugiar los principios inherentes a concepciones favorables al libre mercado, y hacerlo además para desde ahí poder proyectarlas con fuerza jurídica vinculante y a salvo de cambios políticos. Para el autor estadounidense, desde el siglo XVIII la filosofía del Estado y de la acción política ha defendido la idea de que es a través de la comunidad como se pueden conseguir determinados objetivos de manera óptima. Es en el actuar colectivo donde los individuos pueden maximizar sus expectativas y dotar de contenido al libre desarrollo de su personalidad. Ese, dice, ha sido el ideal de las revoluciones socialistas, de la democracia social, de la socialdemocracia o del liberalismo de izquierdas, ideal que finalmente se ha visto truncado con la crisis del keynesianismo y la paulatina desintegración de la Unión Soviética. El modelo social óptimo para Buchanan es el que ya analizamos en su momento, es decir, el de la cooperación voluntaria entre individuos maximizadores de beneficios que opere desde un férreo individualismo antropológico y un recelo permanente ante la acción colectiva y estatal. Pero para que este modelo pueda implementarse y desarrollarse se precisa, antes que nada, derribar los lazos comunitarios que unen a los individuos en torno a objetivos comunes, laminando así los nacionalismos y los marcos simbólicos de referencia colectiva. He aquí, dice Buchanan, donde el proceso de integración europeo puede jugar un papel fundamental, pues dichos marcos simbólicos se dan en el interior de las comunidades estatales y no en el conjunto, o para el conjunto, de la Unión. En la medida en que es en esta donde operan los principios fundamentales del mercado, el modelo de óptima cooperación voluntaria buchano, trasunto de aquél, no tendrá que enfrentarse a resistencias colectivas o populares que lo obstaculicen. La competencia, criterio rector para el pensamiento de la *Public Choice* y para la propia arquitectura de la Unión Europea (ordoliberal), tal y como hemos visto en profundidad, puede protegerse jurídicamente en una esfera de difícil disposición para la política ordinaria (*elevación a la indisponibilidad*) y sobre la que apenas se proyectan los lazos colectivos que sí se dan en los atávicos Estados-nación. Curioso al respecto es el paralelismo que el Premio Nobel traza, y que tuvimos oportunidad de señalar, entre la situación de los EEUU antes de la Guerra Civil y la de la Europa de Maastricht. Para Buchanan, el triunfo del Norte sobre el Sur y la victoria del proyecto de Lincoln supuso el impulso de un Estado-nación fuerte que permitió luego, sobre todo en la primera mitad del siglo XX, laminar la potencial resistencia de los Estados frente a objetivos más colectivistas, unitarios y de carácter socializante (modelo centralizado de integración positiva, siguiendo la clasificación de Poiars). La libertad que gozaban las unidades

subfederales antes de la confrontación, en el marco de un poder muy fragmentado y sin apenas una burocracia federal que los vinculara, era para Buchanan un modelo de distribución de poder público preferible al de los sólidos Estados-nación europeos, pues en éstos, dado el fuerte vínculo ciudadanía-Nación-Estado, los proyectos colectivistas tendían a ser más sugestivos y posibles. La Europa de Maastricht, con la creación de una débil federación que no ahoga a los Estados ni crea un poder unitario fuerte con unos lazos de identificación extensos, sería por ende como los EEUU de la primera mitad del siglo XIX, y es precisamente en esa concomitancia donde reside para Buchanan el potencial de la Unión Europea para con la Economía constitucional y sus ideas rectoras. La Unión podría ser así, y abiertamente para el autor, un proyecto de juridificación de tales ideas desde una esfera prácticamente indisponible para la ciudadanía, a quien además le resulta más difícil articularse en forma de “pueblo” organizado en torno a unas referencias simbólicas compartidas porque, precisamente, su marco de adscripción sigue y seguirá siendo por mucho tiempo el del Estado. De este modo, principios como el de estabilidad presupuestaria pueden garantizarse jurídicamente sin necesidad de ser enfrentados, como decíamos, a resistencias democráticas que puedan vertebrarse en torno al eje de la legitimidad, pues este *modelo político fragmentado* de la Unión lo impide o, cuanto menos, lo dificulta. Buchanan acude a una metáfora que ilustra a la perfección lo hasta aquí descrito y le puede servir como timbre de honor: “Bruselas, como la capital de la federación, es más probable que sea como Berna, en la confederación suiza, que como París en la Francia post-napoleónica”.⁷⁵⁴ El sometimiento de lo político a la juridificación de lo económico, que subyace a toda su obra, es lo que para él puede conseguir una Unión Europea en el que el principio de competencia ya opera como criterio nivelador para los Estados sin ser sustituida (integración negativa), intensamente, por una presencia *política* destacada de Bruselas. Al proyectarse el principio de estabilidad presupuestaria sobre y en medio del de competencia en el marco de un modelo económico competitivo indisponible para una ciudadanía atomizada y sin referencias simbólicas de adscripción acumulativa debido a la fragmentación política del poder, la garantía del *statu quo* económico o, al menos, de la evitación de cualesquiera procesos de redistribución vertical de la riqueza, se ha conseguido. Las tesis del *New Federalism* de Reagan que

⁷⁵⁴ BUCHANAN, J. M., “American Perspective on Europe’s Constitutional Opportunity”, op. cit., p. 629. En la misma página advierte el autor de la excesiva regulación que pueda terminar creando la Unión Europea y, sobre todo, de los excesos también de una posible armonización fiscal mediante un proceso de integración positiva.

sucintamente vimos repercuten así en una *constitución económica neoliberal* que tiene también, por ende, un pilar nada trivial en el campo de político-simbólico y en esta imposibilidad, actual, de articular un fuerte *demos* europeo frente a aquella. Habermas es, sin duda, el autor que más ha denunciado esta realidad y más ha abogado, desde la teoría y desde la praxis, por la creación de un marco común de referencia y la creación consecuente de espacios públicos europeos de discusión, debate y confrontación política, desde unos *media* europeizados y con visión y amplitud continental a unos partidos y sindicatos verdaderamente europeos. A pesar de su insistencia, no obstante, parece que a corto plazo no hay visos de que sus propuestas prosperen y más habida cuenta del retorno a lo nacional que en el viejo continente estamos observando en los últimos años.

Una segunda nota característica del *modelo político fragmentado* de la Unión que estamos analizando, y que ha recibido siempre elogios e interés de Buchanan y de la EC, es lo que la profesora Lasa López⁷⁵⁵ ha estudiado con profundidad bajo la rúbrica de “federalismo competitivo”, fórmula popularizada a su vez por Deakin.⁷⁵⁶ Esa Berna metafórica de la que nos habla Buchanan tiene también una lectura menos simbólica y más jurídico-práctica que responde a la perfección al modelo fragmentado. Stefan Sinn ha estudiado cómo la proliferación a partir de los años 70 de procesos de descentralización política no sólo ha permitido una mayor adaptación y “modernización” de los anquilosados Estados a sus realidades más pequeñas, sino también un fenómeno de competición entre unidades subestatales funcional a las lógicas de mercado y al paradigma del capitalismo neoliberal.⁷⁵⁷ Frente a un federalismo que podríamos denominar como cooperativo, donde existen fuertes mecanismos de redistribución y canales verticales de tomas de decisiones políticas trascendentales, se ha erigido así una especie de *federalismo competitivo*, en clave de “a race to the botton”, en el que los entes beneficiados de la descentralización entran en una constante espiral de competición desreguladora para atraer capitales e inversión, quebrando por completo con los principios básicos del Estado social. Siguiendo un modelo como el defendido por

⁷⁵⁵ LASA LÓPEZ, A., “Gobernanza económica europea y modelo territorial de distribución del poder”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 96, 2013, pp. 160-178.

⁷⁵⁶ DEAKIN, S., “Two types of regulatory competition: competitive federalism versus reflexive harmonisation. A law and economic perspective on Centros”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Cambridge University Press, vol. 2, 1999.

⁷⁵⁷ SINN, S., “The taming of Leviatán: competition among governments”, *Constitutional Political Economy*, nº 2, 1992. LASA LÓPEZ, A., *Constitución económica y derecho al trabajo en la Unión Europea*, Granada: Comares, 2011.

Tiebot,⁷⁵⁸ muy famoso y conocido entre las élites burocráticas de la Unión, estaríamos ante una amalgama de niveles competenciales diferentes de gobierno en el que la libertad de circulación de los factores productivos permitiría la selección, por el mercado y sus mecanismos, de los espacios óptimos de inversión y producción. Es decir, llevar directamente el modelo mercantilista y competitivo a la regulación entre poderes públicos para insertarlos en una competición a la baja con vistas no al cumplimiento de los mandatos democráticos, sino de los intereses veniales de quienes detentan el capital y tienen capacidad para moverse. Recordemos la defensa ordoliberal del federalismo y la fragmentación del poder (epígrafe 2 del Capítulo I de la Primera parte), con Röpke a la cabeza, o las palabras ya citadas de Hayek: “la federación es la única forma de asociación de diferentes pueblos para crear un orden internacional sin poner en entredicho la legitimidad de sus deseos de independencia”.⁷⁵⁹ En este sentido, la “deseada” descentralización y fragmentación del poder político en Europa viene acompañada por tres elementos nucleares de la integración europea: las libertades económicas fundamentales, el principio de mutuo reconocimiento y la ausencia de una integración positiva en materia fiscal.

Primero, la elección de mercado no podría darse si previamente no se garantizara, jurídicamente, las libertades económicas fundamentales. La libre circulación de trabajadores, mercancías, servicios y, sobre todo, de capitales, permite una alta movilidad entre distintas unidades territoriales posibilitando un *fórum shopping* regulador en el que los factores productos *eligen*, conscientemente, cuál de los marcos normativos es más funcional a sus intereses. Las libertades económicas, reforzadas al extremo por el TJUE⁷⁶⁰ en tanto principales medios para la consecución del mercado único, se convierten así en los cauces indispensables para la competición regulatoria, con efectos devastadores tanto para la protección tuitiva del trabajo y los derechos sociales,⁷⁶¹ como para la capacidad fiscal de los Estados.

⁷⁵⁸ TIEBOUT, C. M., “A pure theory of local expenditures”, *Journal of Political Economy*, nº 5, 1956, pp. 416-424.

⁷⁵⁹ Citado en BRENNETOT, A., “The geographical and ethical...”, op. cit., p. 33.

⁷⁶⁰ Cfr. MORENO GONZÁLEZ, G., “Viking y Laval en el contexto del pluralismo constitucional y la posibilidad de diálogo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Foro de Derecho*, Universidad Andina, nº 22.

⁷⁶¹ Desde el ámbito laboral, LASA LÓPEZ, A., *Constitución económica y derecho al trabajo en la Unión Europea*, Granada: Comares, 2011, pp. 35-39; GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Derecho del trabajo y defensa de la competencia*, Valencia: Universitat de València, Servei de Publicacions, 2008.

Segundo, el principio de reconocimiento mutuo, una de las creaciones seminales y trascendentales del TJUE (*Cassis de Dijon* y *Dassonville*), juridifica desde el propio Derecho de la Unión la competición y otorga una definición excesivamente amplia y abierta de las “medidas de efecto equivalente”. La movilidad se ve así respaldada por la obligación que tiene un Estado de reconocer los efectos jurídicos de las regulaciones de otro Estado de la Unión, que aun pudiendo ser menos “proteccionistas”, se introducen en todo el marco regulatorio continental como un caballo de Troya.

Y por último, sobre la ausencia de una integración positiva fiscal, el tercer elemento, el análisis lo vamos a hacer a continuación pero por separado, dada su estrecha vinculación con la estabilidad presupuestaria y los efectos que ésta despliega para el Estado social, aunque se incardine como característica esencial también tanto del federalismo competitivo como del *modelo político fragmentado* aquí descrito.

CAPÍTULO II

LA INCOMPATIBILIDAD DE MODELO ECONÓMICO COMPETITIVO Y EL MODELO POLÍTICO FRAGMENTADO CON LA PARTE DOGMÁTICA DEL ESTADO SOCIAL. LA NUEVA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA NEOLIBERAL

Por nuestros vicios, y no por azar-como bien advertiste-, tenemos otro imperio: un imperio nuevo, sin César, ni rostro de nación, ni orgullo patrio; sin fronteras concretas, ni freno a su ambición; opuesto firmemente al proyecto democrático de organizar la sociedad tomando como base la dignidad y la realización del ser humano; un imperio en expansión continua, que avanza conquistando la política para sus propios fines por medio de la deuda y de la corrupción; un imperio que tiene su aliado en la desafección por lo común y en la indolencia de las gentes; un imperio incorpóreo y sutil, que tiene por fin último convertir la riqueza del mundo en propiedad privada de unos pocos, y lo está consiguiendo. Nunca en la historia, Marco, ha existido otro igual.

Pedro Olalla

De senectute política: Carta sin respuesta a Cicerón

1.-La ausencia de integración positiva fiscal: la estabilidad presupuestaria como camisa de fuerza

Hemos visto en los apartados anteriores cómo la constitución económica europea puede caracterizarse por dos grandes modelos, el *económico competitivo* de raíz teórica ordoliberal, y el *político fragmentado* que coincide con las pretensiones teóricas de la Economía constitucional. La convergencia de ambos provoca que, junto a la laminación que el competitivo produce en las potencialidades de los mecanismos de intervención del Estado en la economía, se realicen en paralelo procesos de *dumping* y competición entre regulaciones fragmentadas que, al calor de la falta de adscripción simbólica entre los ciudadanos y la Unión, laminan a su vez los instrumentos y concepciones de solidaridad y justicia redistributiva del Estado social. Pues bien, en este contexto, ¿qué consecuencias tiene la consolidación jurídica del principio de estabilidad presupuestaria en la UE que hemos descrito pormenorizadamente en la Segunda parte?

Para dilucidarlas, hemos en primer lugar de apuntar a lo que ampliamente denuncia Fabbrini⁷⁶² en torno a la ausencia de integración positiva fiscal en la Unión y centrar nuestro foco en su *constitución fiscal*, ya que es a través de ella como se aplica verticalmente la estabilidad presupuestaria. Si la libertad de capitales puede operar en el mercado común como un elemento que fuerza desde su movilidad la competición reguladora a la baja entre los Estados y sus unidades políticas, es precisamente porque en paralelo a la integración negativa y la fragmentación del poder no ha habido, desde la Unión, una integración positiva centralizadora que los atenúe, sobre todo en el ámbito fiscal. Los capitales, por ejemplo, pueden trasladarse libre y legalmente de país usando su libertad económica fundamental para aprovecharse de las ventajas que le ofrece la fragmentación política, pero no tienen enfrente un poder fiscal unitario que desde la Unión, desde la altura que preside su propia libertad, pueda contrarrestarlos. Al haber una gran variedad de regímenes fiscales, el capital se traslada sin apenas cortapisas a aquellos Estados donde la tributación de los beneficios sea menos gravosa, favoreciéndose así la espiral competitiva, a la baja, que ya hemos indicado. La paradoja reside en que, en efecto, el marco institucional que da soporte al mercado único y que posibilita el aumento de beneficios como consecuencia de la garantía de las libertades económicas fundamentales, no establece al mismo tiempo una tributación propia sobre tales beneficios. El derecho originario apenas acoge dos posibilidades, ciertamente endeble, para dotar de impuestos propios a la Unión: la vía del art. 113 TFUE, que habilita la armonización tributaria y que pudiera ser interpretada extensivamente, y la del art. 311 TFUE, más sólida, que nos habla de la posibilidad de crear, *ex profeso*, recursos propios. Ahora bien, ambas vías precisan de la unanimidad del Consejo, lo que hace prácticamente imposible que mediante las mismas se pueda dotar a la UE de un poder fiscal robusto e intenso que contrarreste el *dumping* fiscal que se produce en su seno. Se ha de tener en cuenta que hay Estados especialmente interesados en mantener la fragmentación competitiva actual, en tanto son los que atraen más capitales precisamente por su baja tributación (Irlanda o Luxemburgo, vg.). Para salir de este corsé Fabbrini⁷⁶³ propone la creación de una cooperación reforzada que salve el escollo de dichos artículos y sus requisitos mientras el derecho originario no se reforme en consecuencia. Aquí creemos, no obstante, que ello no sería una buena

⁷⁶² FABBRINI, F., “From Fiscal Constraints to Fiscal Capacity: The Future of EMU and its Challenges”, ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp. 405-416.

⁷⁶³ *Ibid.*, p. 411.

solución, siquiera temporalmente, por cuanto la UE mantendría Estados con la posibilidad de una muy baja tributación pero beneficiarios al mismo tiempo de las libertades económicas fundamentales. Es más, al verse fuera de la cooperación reforzada, donde sí operaría una tributación intensa, dichos Estados podrían verse impelidos a agravar el *dumping* fiscal desde el exterior de esa integración más avanzada. Aparte, y siguiendo la tesis conocida de Ackerman⁷⁶⁴ y que refleja la esencia misma de los orígenes del constitucionalismo contemporáneo, a un poder fiscal fuerte le ha de acompañar un control y legitimidad parlamentarios igualmente sólidos con el objetivo de proteger el principio democrático. Si mediante cooperación reforzada se decidiera crear tributos propios de la Unión sobre el capital que sólo operasen en los Estados participantes, ¿debería crearse una nueva cámara parlamentaria? ¿Las “cláusulas pasarelas” del art. 333.2 TFUE serían suficientes? Nos encontraríamos de nuevo con el problema que subyace a toda cooperación reforzada, el de que refuerza también, al mismo tiempo, las asimetrías que ya se producen en la Unión y que lastran su funcionamiento.

Esta problemática ha hecho que desde las propias instituciones de la Unión se reitere la necesidad de reformar los Tratados para dar cobertura jurídica mediante el método comunitario (codecisión y principio de mayoría) a la creación de tributos propios, como el Impuesto sobre las Transacciones Financieras (ITF), impuestos sobre los réditos de las grandes corporaciones transnacionales que más se benefician del mercado único, o sobre las actividades económicas más contaminantes y cuyas externalidades afectan a todos los países de la Unión sin distinción de fronteras.⁷⁶⁵ De momento, sin embargo, no hay visos de que ni en el corto ni en el largo plazo se alcance el consenso necesario para dar un salto cualitativo en el proceso de integración, salto que, en caso de darse, estaría de momento circunscrito por las fronteras definidas en las Sentencias Maastricht y Lisboa del TCA y la posibilidad, siempre latente, de la resistencia constitucional de Karlsruhe.

Sobre la ausencia de integración positiva en materia fiscal y la acentuada descentralización en este campo, se ha erigido jurídicamente, y desde una óptima esencialmente centralista, el principio de estabilidad presupuestaria. Decimos centralista, sí, en la medida en que su juridificación, tal y como hemos estudiado detenidamente en

⁷⁶⁴ Cfr.: ACKERMAN, B., “Taxation and the Constitution”, *Columbia Law Review*, vol. 99, nº 1, 1999, pp. 1-58.

⁷⁶⁵ Presidente del Consejo Europeo: “Towards a genuine Economic and Monetary Union”, de 2012. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/media/33785/131201.pdf>

las páginas precedentes, se ha llevado a cabo en el seno del derecho comunitario o en tratados internacionales ajenos a éste, pero siempre desde la verticalidad de un centro superior a los Estados y así decidido por ellos. Frente a un modelo descentralizado, fragmentado y de integración negativa, frente a un sistema que apenas ofrece tibias posibilidades de concentración supranacional para poder hacer frente al modelo económico competitivo, nos encontramos una proyección vertical y centralizadora de la estabilidad presupuestaria desde el MEDE, el TECG y el PEC revisado. Y aquí es donde se produce el fenómeno tan deseado por Buchanan y los miembros de la Economía constitucional: la debilidad presupuestaria general, acotada apriorísticamente por el Derecho y sin un margen de acción redistributivo que pueda transformar el *statu quo* socioeconómico en el que opera la competencia ordoliberal. Expliquemos este punto.

La convergencia entre el *modelo económico competitivo* y el *modelo político fragmentado*, vertebrada por las libertades económicas fundamentales y la ausencia de una integración positiva en el campo impositivo, ha ahondado, facilitado y hasta institucionalizado la crisis fiscal del Estado y de su adjetivación social. Para que ésta sea eficaz y pueda desplegar sus efectos jurídico-constitucionales redistributivos, se precisa no sólo que el Estado pueda intervenir intensamente en la economía para corregir los efectos más injustos del libre mercado (mecanismos de intervención), no sólo el reconocimiento de amplios derechos sociales con capacidad subjetiva que puedan ser blandidos por las mayorías alternantes en el poder, sino también, y muy especialmente, se necesitan medios y recursos económicos que puedan dar soporte a unos y otros y materializar así la potencialidad más transformadora del Estado social. Para la obtención de estos recursos y, por tanto, para el fiel cumplimiento de la fórmula constitucionalizada en casi todas las democracias europeas, *lo Stato* tiene dos posibilidades principales: o la creación y elevación de tributos o la emisión de títulos de deuda pública.

La primera vía, la impositiva, si quiere realmente servir para el objetivo social pretendido y hacerlo con vehemencia, necesita aplicarse sobre el capital pues, como vienen apuntando en los últimos años numerosos economistas, con Piketty y su extensa recopilación de datos a la cabeza,⁷⁶⁶ la mayor parte de la riqueza occidental, y europea, se concentra en los rendimientos del Capital y no en los del Trabajo. Aunque éste disfrute también de libre movilidad en el interior del modelo económico competitivo, su

⁷⁶⁶ PIKETTY, T., *El capital en el siglo XXI*, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2014.

vinculación personalista le hace más dificultosa la evitación legal de mayores impuestos a través del *dumping* comunitariamente institucionalizado, algo que no ocurre con el capital, de por sí voluble y fácilmente transferible. Aquí, al actuar la convergencia de modelos apuntada, se hace imposible elevar intensamente la presión impositiva sobre dicho capital desde el ámbito estatal, pues enseguida el mismo puede presionar con su libre y protegido traslado. A ello hemos de añadir la ausencia de impuestos propios en la Unión que, desde el nivel supranacional en el que opera el capital, puedan gravar los beneficios de éste, y más cuando proceden en buena medida del libre disfrute del mercado único. No estamos hablando, téngase en cuenta, de una imposibilidad *a limine* de elevar los impuestos o de que estos graven eficientemente a los beneficios del capital, pero sí de una imposibilidad de que esa elevación sea lo suficientemente intensa como para cumplir con las potencialidades más transformadoras y redistributivas del Estado social.

Al Estado europeo, al débil Estado que ha sobrevivido en su soberanía westfaliana, sólo le queda entonces la segunda vía como opción. El aumento de los niveles de la deuda pública durante la crisis económica no se desprende únicamente de la actuación interventora del Estado en la economía para paliar los efectos más distorsionadores de aquella, puesto que teóricamente también habría podido acudir en su momento a una elevación impositiva suficiente como para amortiguar dicha necesidad. Al quedarle como única escapatoria fiscal la emisión de deuda y el recurso a los mercados financieros internacionales, el Estado “accionaliza” su capacidad presupuestaria para poder hacer frente a las demandas del Estado social *existente*, sus prestaciones y la garantía misma de sus derechos. Y es aquí, en esta única vía que le queda, donde aterriza la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera aneja a ella para cortar dicha posibilidad o, cuanto menos, circunscribirla a un mínimo preestablecido. Al imponerse límites tan estrictos de deuda y déficit públicos (0,5% de déficit y 60% de deuda), y estar además dichos parámetros canalizados jurídicamente a través de las trayectorias de gasto adoptadas en el PEC revisado o de la condicionalidad establecida en los MoU caso de asistencia financiera, el Estado se ve incapaz de cumplir con los mandatos más progresistas de su adjetivación social aun en el caso, hipotético, de que se reuniese una mayoría política clara y a favor de ello. La apertura de la constitución económica estatal, que posibilita(ba) el pluralismo político que democráticamente juega en su seno la adopción de políticas más redistributivas, se ve así “cerrada” al converger en la Unión los modelos económico competitivo y político fragmentado con la estabilidad presupuestaria

y sus efectos limitadores. Ésta se erige así en una camisa de fuerza (*straitjacket*) para el pluralismo en política económica, un pluralismo que no deja de ser el trasunto mismo de la democracia y la soberanía.

Es verdad, no obstante, que en el interior de la democracia constitucional lo jurídico proyecta sobre lo político restricciones y limitaciones apriorísticas que circunscriben el pluralismo a márgenes a veces decididamente estrechos. Los derechos fundamentales o disposiciones limitadoras de la parte orgánica como, por ejemplo, la limitación de mandatos, operan desde la juridicidad constitucional para restringir el campo de acción político-ordinario de los poderes establecidos, y ello también ocurre en el ámbito de lo económico. Aun existiendo una constitución económica tan abierta como las que se dan en las formulaciones europeas del Estado social, no podemos dejar de constatar que tal apertura no significa ausencia de límites. Los extremos, tanto de tendencias anarco-capitalistas como comunistas, están expresamente vedados en la medida en que se reconocen, por un lado, determinados derechos sociales inalterables y, por otro, un mínimo de capitalismo (modelo de economía de mercado o derecho de propiedad privada) que han de ser, siempre, cumplidos. Es en el amplio intersticio que la apertura deja en el que puede operar el pluralismo político, para el cual se ofrecen como abanico una serie de mecanismos potestativos tendentes a hacer más plenos y efectivos los derechos sociales o a incorporar elementos decididos de transformación económica y redistribución de la riqueza. Pensemos, por ejemplo, en las opciones que los artículos 128 o 131 de la Constitución española brindan al legislador y al Gobierno, aunque tengan en todo momento que respetar ese *mínimum* capitalista de los artículos 33 o 38. Conscientes pues de la convivencia entre el marco jurídico con limitaciones sobre la política ordinaria y la apertura que permite a la misma desde el respeto al pluralismo, el problema principal del actuar de la estabilidad presupuestaria es que subvierte por completo dicho esquema y “cierra” el modelo sin permitir, siquiera, esos márgenes de pluralismo. Instala en el corazón de las constituciones estatales un *monismo* económico presidido por la exigencia de cumplir con los mandatos de déficit y deuda públicos que vienen acompañados, a su vez, de esa convergencia de los modelos competitivo y fragmentado que vacían los mecanismos interventores del Estado social. La garantía por parte de este de un catálogo amplio de derechos o principios sociales (derecho a la vivienda digna, al trabajo, a salarios justos y adecuados, a las prestaciones de la Seguridad Social) se ve así subordinada a un modelo jurídicamente constreñido en exceso, de forma tal que las virtualidades más

potenciales de tales derechos se ven imposibilitadas. La crisis fiscal del Estado se convierte en crisis presupuestaria y da lugar, al tiempo, a una crisis de la garantía y efectividad de los derechos sociales y a la laminación de sus posibilidades redistributivas. Estamos ante la debilidad presupuestaria federal ya deseada por Buchanan en un modelo altamente complejo y proceloso, como es de la Unión Europea, que pareciera en algunos de sus ámbitos diseñado por los mismos autores neoliberales de la Economía constitucional. Dice Maestro Buelga que “el problema de la constitución económica del Estado social estriba en la definición e interrelación entre el momento conflictual y el garantista”,⁷⁶⁷ y aquí estamos ya en posición suficiente para, desde el constitucionalismo crítico, sostener que el momento garantista ha sido diezmado y que el conflictual, constreñido cada vez más por las férreas cadenas de lo jurídico, va camino de serlo.

Ya se ha hecho plena la mutación acaecida en la formulación jurídica de los instrumentos del Estado social constitucionalizados a nivel nacional. Sin la necesidad de acudir a una reforma expresa de los mismos, pues siguen formalmente establecidos en las respectivas constituciones estatales junto a la mentada adjetivación, han perdido empero la práctica totalidad de su virtualidad transformadora como consecuencia de la proyección, vertical y a través de la tríada de mecanismos, del “nuevo” principio sobre las posibilidades de su efectividad material. Es verdad que en muchos casos se han reformado las constituciones estatales para establecer la estabilidad presupuestaria, pero en ningún momento esa reforma ha venido acompañada de una modificación expresa y correlativa de los mecanismos y derechos del *Welfare State*, aunque pueda privarlos de la efectividad última aludida. Es ilustrativo al efecto el caso de España, donde la reforma del artículo 135 CE se dio, como comentamos, antes de que el mandato de constitucionalización flexible del TCEG pudiera ser efectivo. El artículo reformado no entraba, espacialmente, en la parte de la Constitución española más protegida por el procedimiento agravado de reforma del 168, sino por el ordinario del 167. Con el primero sí se protegía, no obstante, la cláusula del Estado social del artículo 1.1 CE, pero aun habiendo una afectación evidente a la posibilidad de materialización de la misma con la nueva constitucionalización de la estabilidad presupuestaria, el Tribunal Constitucional no lo consideró así y ni siquiera resolvió el fondo del asunto que se le planteó en recurso de amparo parlamentario.⁷⁶⁸

⁷⁶⁷ MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica e integración europea”, op. cit., p. 33.

⁷⁶⁸ Pleno. Auto 9/2012, de 13 de enero de 2012. Recurso de amparo 5241-2011.

Ahora que es una exigencia que el principio sea juridificado al más alto nivel posible y desde un dispositivo que esté por encima, para vincularlos, de los ciclos presupuestarios, la situación de crisis material del Estado social se ha normativizado en la Eurozona. La apertura de la constitución económica, característica de los modelos constitucionales de posguerra, se ha cerrado en la posibilidad misma de su aplicación pluralista con la afectación consiguiente tanto para el principio democrático que operaba en ésta como, por supuesto, para cualquier concepción mínima de soberanía que se pretenda argüir.⁷⁶⁹ Se nos dirá que, por el contrario, los derechos sociales que aparezcan en la constitución seguirán desplegando sus efectos jurídicos y podrán resistir a las consecuencias más lesivas de la convergencia de la estabilidad presupuestaria con los modelos ya descritos. Sin embargo, y aun en el caso de que tales derechos estén reconocidos en su garantía al mismo nivel que los civiles o políticos (y no suele ser el caso...), no podemos ser tan optimistas. Como analizaremos en el siguiente epígrafe, ni siquiera el estándar mínimo de protección de los derechos sociales puede aguantar la ola de la nueva *constitución económica neoliberal*.

En este sentido, Costamagna⁷⁷⁰ ha analizado las primeras aplicaciones del PEC revisado a Estados en concreto, y ha constatado cómo el Semestre Europeo afecta a los derechos sociales al evacuar única y exclusivamente recomendaciones que tienen por objeto y finalidad el cumplimiento de la estabilidad presupuestaria. Las políticas y objetivos sociales quedan siempre en un segundo plano por detrás de las metas macroeconómicas y de sostenibilidad financiera, apareciendo sólo las políticas sociales en tanto subordinadas a dichas metas (recuérdese la fórmula de la ESM y su recorrido teórico). Las reformas laborales impulsadas por el SE, por ejemplo, revisten las características nucleares de la teoría neoliberal, como se puede comprobar en el *Social Investmen Package*, acordado por la Comisión bajo la forma de comunicación el 20 de febrero de 2013, al inicio precisamente de la aplicación de los nuevos mecanismos. No es de extrañar que Joerges llegue a afirmar “la transformación de la constitución económica europea en un mandato general de estabilidad presupuestaria”⁷⁷¹, en la medida

⁷⁶⁹ BALAGUER CALLEJÓN, F., “Una interpretación constitucional de la crisis económica”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 19, 2013, pp. 449-454.

⁷⁷⁰ COSTAMAGNA, F., “The Impact of Stronger Economic Policy Co-ordination on the European Social Dimension: Issues of Legitimacy”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp. 361-375.

⁷⁷¹ JOERGES, C., “The European Constitution and its Transformation Through the Financial Crisis”, en PATTERSON, D. y SÖDERSEN, A., (eds.), *Blackwell Companion to Eu Law and International Law*,

en que, como hemos visto, aquélla está hoy presidida por los mecanismos descritos y por el nuevo axioma que los preside.

2.-La insuficiencia de las últimas resistencias comunitarias del TJUE: Pringle vs. Ledra Adverstising y Florescu

Vale la pena reproducir las palabras exactas de Aguilar Calahorro este epígrafe:

El fin último del constitucionalismo es la garantía de derechos de los ciudadanos, y no simplemente la ordenación del poder: la limitación del poder a través de la atribución competencial debe ser un mecanismo para garantizar los derechos de los ciudadanos. La finalidad de cualquier aproximación al debate de los mecanismos de gobierno de la crisis económica debería centrarse en qué derechos están en juego y cómo protegerlos, para posteriormente, y en consecuencia, debatir el quién debe protegerlos.⁷⁷²

Si queremos definir la categorización de la nueva constitución económica neoliberal que aquí estamos perfilando, es indispensable no olvidarse, como nos recuerda el profesor de la Universidad de Granada, de la inescindible vinculación que para con el constitucionalismo per se tiene la dimensión dogmática del mismo. Porque la paulatina y procelosa edificación jurídica de los mecanismos de gobernanza económica que, presididos por la estabilidad presupuestaria y aplicados sobre la nivelación regulativa del modelo competitivo y la complejidad del fragmentado, hemos analizado con detenimiento hasta ahora, no sólo comprende una problemática evidente en cuanto a la naturaleza y articulación orgánica de sus instrumentos principales del Estado social, sino también otra de casi más intenso calado en torno a la garantía y efectividad dogmática de los derechos fundamentales que le son inherentes. Ya vimos con Pringle que éstos, para el caso de un MEDE como brazo coercitivo de la estabilidad presupuestaria en tanto axioma y elemento transversal a la tríada de mecanismos, quedaban en entredicho en la medida en que la norma que les otorga protección, la Carta de Derechos Fundamentales, era expulsada por el TJUE como parámetro de fiscalización. Una Carta cuyo Capítulo IV, y bajo la rúbrica de “Solidaridad”, recoge un catálogo más o menos amplio de derechos sociales *mínimos* que han de respetar y promover las instituciones y el Derecho de la Unión. Empero, los MoU en los que se vierte la condicionalidad acordada y aprobada por

Oxford: Blackwell, 2013. Cit. en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., p. 372.

⁷⁷² AGUILAR CALAHORRO, A., “La decisión Pringle en el proceso de...”, op. cit., p. 373.

la Comisión en nombre del MEDE, y que siguen los criterios y decisiones adoptados en el seno de los mecanismos del PEC (SE, PDE, PDM...), pueden actuar de acuerdo con la doctrina asentada en Pringle con la máxima discrecionalidad posible y conculcar derechos sociales de la Carta sin que el TJUE pueda intervenir para remediarlo. Montalvo Jääskeläinen apunta al respecto que

Quedan, pues, debilitados los mecanismos de limitación del poder en garantía de derechos de los ciudadanos, y, singularmente, de los derechos sociales, contribuyéndose a la pérdida de control de la actuación de los gobiernos en el marco global y al soslayo de las propias garantías constitucionales de derechos y libertades por el bien del mercado. La urgencia no reside tanto en el avance en la construcción democrática de Europa, sino en el peligro de sus fundamentos mismos: la propia Comunidad de Derecho.⁷⁷³

No obstante, Pringle dejaba abierta una tímida esperanza para un cambio de jurisprudencia, ventana que ha sido aprovechada recién por el Tribunal para modificar levemente, y creemos que insuficientemente, algunas de las posturas adoptadas en aquella polémica sentencia. Y es que, aun siendo cierto que el Mecanismo Europeo de Estabilidad no pertenece a la estructura de la Unión, no es menos cierto que ha de ser compatible con su Derecho, conforme a la propia interpretación del Tribunal, y que además su funcionamiento mismo depende de la atribución de funciones que el Tratado les encomienda a instituciones comunitarias tan claves como la Comisión.

El TJUE reiteró la conclusión de que los MoU no pueden fiscalizarse a la luz de la CDFUE ni de sus derechos sociales en los Asuntos C 264/12 y C 665/13, referidos al Memorándum firmado con Portugal y en el que se tuvo que ventilar una cuestión prejudicial elevada a Luxemburgo por el Tribunal do Trabalho do Porto. El juez portugués preguntaba aquí al TJUE si las obligaciones que imponía el MEDE con el MoU firmado por su Estado, y que implicaban, *inter alia*, modificaciones severas en la regulación laboral, podría atentar o no contra algunas estipulaciones de la Carta, y muy especialmente la contenida en el artículo 31, referida a la necesidad de respetar condiciones laborales dignas para los trabajadores.⁷⁷⁴ Siguiendo la doctrina de Pringle, sin embargo, el TJUE se declaró incompetente en la materia sin entrar siquiera en el fondo

⁷⁷³ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “El Tribunal de Justicia al rescate de los derechos en...”, op. cit., p. 628.

⁷⁷⁴ 1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad. 2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas.

del asunto, algo que ya fue criticado en su momento por Peers,⁷⁷⁵ para quien al menos el Tribunal tendría que haber elaborado un razonamiento más sofisticado.

En 2016, empero, podemos encontrar cierto cambio de criterio en el TJUE gracias a la sentencia *Ledra Advertising*, aunque como pronto veremos resultará insuficiente para poder hablar de un verdadero giro en la doctrina sobre la materia. Esta vez la puesta en cuestión de la doctrina Pringle en cuanto a la aplicabilidad de los derechos fundamentales vendrá desde Chipre, y no precisamente de una cuestión prejudicial elevada por sus tribunales, sino de una reclamación privada de un grupo de particulares. El BCE y la Comisión habían firmado el 26 de abril de 2013, con la República de Chipre, un MoU en el marco del rescate financiero a dicho Estado a través del MEDE (art. 13.4 Tratado), que establecía entre otras previsiones la obligación de una reestructuración total de determinados bancos del sistema chipriota, con la pérdida subsiguiente de acciones por parte de los inversores y participantes de tales bancos.⁷⁷⁶ Los propietarios de tales acciones, al verse menoscabados en su nuda propiedad, decidieron recurrir ante el TJUE y hacerlo primero, como se debe procesalmente, ante el Tribunal General. Éste, sin embargo, se limitó a aplicar la doctrina asentada en Pringle y en las decisiones ya vistas sobre las cuestiones prejudiciales elevadas por Portugal, y rechazó de plano y en su totalidad los recursos. Ante ello los propietarios afectados, unidos en torno a una sociedad para la defensa de sus intereses denominada *Ledra Advertising*, acudieron a la Gran Sala del TJUE. O la ausencia de argumentos o la falta de una buena asesoría jurídica hicieron, no obstante, que repitieran el *petitum* y las mismas razones ante el recurso de casación, a pesar de lo cual, y pudiendo la Gran Sala desestimarlos por dicho motivo sin dificultad, éste llegaría a prosperar procesalmente (párrafos 38-41). En la admisión del recurso pesa quizá un *animus* concreto del TJUE por matizar su jurisprudencia Pringle en torno a la aplicabilidad de la Carta ante posibles, pero no esperadas, consecuencias de aquella.⁷⁷⁷ Así, el 20 de septiembre de 2016, la Gran Sala del Tribunal de Justicia dictaría la

⁷⁷⁵ PEERS, S., “Towards a New Form of EU Law? The Use of EU institutions outside the EU Legal Framework”, *European Constitutional Law Review*, nº 9, 2013, p. 53.

⁷⁷⁶ SANZ GIL, J. J., y SANZ ROMERO, A., “Aplicación del Mecanismo Europeo de Estabilidad en el sistema financiero chipriota”, *Revista universitaria europea*, nº 21, diciembre 2014, pp. 111-132; PEGASIOU, A., “EU coordination in Cyprus: the limits of Europeanization in times of crisis”, en RAGONE, S. (edit.), *Managing the Euro crisis...* op cit., pp. 83-106.

⁷⁷⁷ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “El contexto de las medidas de estabilidad derivadas de la crisis económica: Pringle vs. Ledra Advertising”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 39, 2017, pp. 629-635.

Sentencia del caso *Ledra Advertising et al. versus European Commission and European Central Bank* (Asunto nº C-10/2015).

Lo que el Tribunal tiene ahora que examinar es si, siguiendo la pretensión de la parte, la reestructuración de la banca privada chipriota ordenada en el MoU firmado por el Estado y las instituciones en disputa en representación del MEDE, atenta o no al derecho de propiedad consagrado en el art. 17.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En un inicio, la Gran Sala comparte el criterio del Tribunal General y la doctrina de Pringle al recordar que el MoU no es Derecho UE aunque intervengan en su perfección instituciones comunitarias, y que por ende contra el mismo no puede plantearse un recurso de anulación (párrafos 53-55). Para el Tribunal, nuevamente, el BCE o la Comisión no son siquiera los autores del MoU, cuya existencia ha de imputarse al Mecanismo en tanto es en él y en su marco en el que aquellas instituciones participan (punto 53 de las Conclusiones del Abogado General Wahl). Sin embargo, el Tribunal no puede dejar de constatar que el BCE o la Comisión participan en la negociación y firma de los MoU y que lo hacen además *de iure*, de conformidad con el mandato del Tratado MEDE. Y aquí el Tribunal realiza una pirueta jurídica: aunque no se pueda considerar al MoU derecho UE y, por tanto, no pueda fiscalizarse su compatibilidad con la CDFUE, las instituciones comunitarias que participan en su elaboración y firma sí deben respetar en todo momento el Derecho de la Unión, lo que permitiría que adujeran motivos jurídicos para no firmar, caso de no darse aquella, un Memorándum con un Estado miembro (párrafo 67 de la Sentencia y punto 85 Conclusiones del Abogado General).⁷⁷⁸ La participación institucional en los MoU del MEDE, por tanto, no es un “acto debido” y puede ser declarada ilegal por el Tribunal de Justicia, al tiempo que se exige de tales instituciones que velen por el cumplimiento del Derecho UE en dicha participación. Así pues, y aunque el Tribunal se niega nuevamente a evaluar directamente el MoU a la luz

⁷⁷⁸ “Por otra parte, cabe señalar que, si bien los Estados miembros no aplican el Derecho de la Unión en el marco del Tratado MEDE, de modo que la Carta no está destinada a ellos en dicho ámbito (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de noviembre de 2012, Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, apartados 178 a 181), en cambio, la Carta está dirigida a las instituciones de la Unión también cuando actúen fuera del marco jurídico de la Unión, como indicó el Abogado General en el punto 85 de sus conclusiones. En cualquier caso, en el marco de la adopción de un memorándum de entendimiento como el de 26 de abril de 2013, la Comisión está obligada, tanto en virtud del artículo 17 TUE, apartado 1, que le confiere la misión de carácter general de supervisar la aplicación del Derecho de la Unión, como del artículo 13, apartados 3 y 4, del Tratado MEDE, que le impone la obligación de velar por la compatibilidad con el Derecho de la Unión de los memorandos de entendimiento concluidos por el MEDE (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de noviembre de 2012, Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, apartados 163 y 164), a garantizar que tal Memorándum sea compatible con los derechos fundamentales garantizados por la Carta.”

de la CDFUE, lo hace de manera indirecta al sujetar la participación de la Comisión y el BCE en su elaboración al cumplimiento de la Carta.

Curioso es que, no obstante dicho razonamiento, el Tribunal termine desestimando el recurso interpuesto por *Ledra Advertising* al no ver vulneración del art. 17.1 CDFUE que consagra el derecho de propiedad privada. Y es que, para la Gran Sala, las obligaciones de reestructuración bancaria que impuso el MoU de abril de 2013, aun afectando al derecho de propiedad, eran legítimas, proporcionales y se justificaban por objetivos de interés general amparados por la propia Unión, como la estabilidad bancaria y financiera de la Eurozona. Asimismo, recuerda el Tribunal que el derecho de propiedad privada, como cualquier otro derecho, no es absoluto y puede ser modulado de acuerdo con, entre otros parámetros, el interés general.⁷⁷⁹ Aquí hemos de hacer mención, siquiera someramente, a la mutación que parece haberse producido en la arquitectura misma de la Unión como consecuencia de su respuesta a la crisis económica, y que ha afectado también a la idea misma de “estabilidad financiera”.⁷⁸⁰ Ésta, como objetivo comunitario, ya no es tanto la garantía de un marco de normas estable que impida problemas financieros sistémicos, como el compromiso de la Unión y de los Estados de proporcionar en todo momento al sistema bancario la liquidez suficiente. De ahí que haya operado un cambio en la consideración del derecho de propiedad, que ahora puede verse modulado en función de ese otro objetivo y que, en consecuencia, ya no se entiende como parte del Estado de Derecho, sino como parte inescindible de una concepción más integral del sistema capitalista, a cuya supervivencia última ha de estar subordinado.

Así pues, aun desestimando el fondo del asunto y pudiendo primero, además, haber rechazado de plano el recurso por motivos formales (repetición del *petitum*), el Tribunal decide en sus razonamientos jurídicos abrir la posibilidad de examinar la adecuación jurídica, con el Derecho UE y con referencia a la Carta, de la participación de las instituciones comunitarias en el MEDE, aunque siga reconociendo que el derecho derivado del mismo no es derecho susceptible de fiscalización directa ante el catálogo de derechos fundamentales de la Unión. Ahora bien, este aparente cambio mínimo de

⁷⁷⁹ Sentencias de 16 de noviembre de 2011, *Bank Melli Iran/Consejo*, C-548/09 P, EU:C:2011:735, apartado 113, y de 12 de mayo de 2016, *Bank of Industry and Mine/Consejo*, C-358/15 P, EU:C:2016:338 apartado 55.

⁷⁸⁰ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, J. A., “The structural crisis of European law as a means of social integration. From the democratic rule of law to authoritarian governance”, op. cit., p. 10.

doctrina tiene sus serias limitaciones en el propio avance que supone, aunque tímido, en la protección de los DDFE respecto a Pringle.⁷⁸¹

Dejando de lado la carencia más importante y que ya ha sido señalada, la de seguir negando la posibilidad de analizar directamente las decisiones del MEDE a la luz de la CDFUE, hemos de recordar que en *Ledra Advertising* el único recurso que se deja abierto para poder realizar una fiscalización indirecta es la impugnación judicial por vulneración directa de intereses legítimos en la que las instituciones comunitarias participantes estén envueltas. En este sentido, la acción por responsabilidad extracontractual es mucho más difícil de ser ventilada positivamente por el TJUE, pues se precisa que la vulneración aludida sea manifiestamente grave, y no una mera conculcación (párrafo 65). La exclusión del recurso directo de anulación, que ampliaría el número de actores legitimados y posibilitaría un control abstracto de los MoU conforme a la CDFUE, se hace con esta sentencia aún más paradójica, por cuanto se constata en la misma la necesidad que tienen las instituciones comunitarias que participan en el MEDE de velar por el cumplimiento del Derecho UE.

En junio de 2017 el Tribunal de Justicia, en Gran Sala, volvió a examinar un Memorando de Entendimiento (MoU) y su relación con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), introduciendo un matiz relevante, aunque de nuevo insuficiente, en la jurisprudencia que al respecto se viene siguiendo desde Pringle. El asunto, denominado *Eugenia Florescu and Others vs. Casa Jude Județeană de Pensii Sibiu and Others* (C-258/14, 13 June 2017) ha resuelto una cuestión prejudicial planteada por la Corte de apelaciones de Alba Iulia, en Rumanía, respecto a la posible inadecuación del MoU firmado por este Estado con la Unión Europea. Y decimos bien, con la Unión Europea y no con el MEDE, porque el “rescate” de Rumanía en 2009 fue canalizado no por el polémico Mecanismo (que aún no existía) sino por el art. 143 TFUE que permite la asistencia financiera a Estados miembros que no sean del Euro por otros Estados de la UE y bajo el paraguas de la Comisión y el BCE; previsión que había sido desarrollada por el Reglamento 332/2002. En efecto, el 23 de junio de 2009, la Comisión firmó en nombre de la Comunidad (aún no estaba en vigor Lisboa), el MoU en el que se

⁷⁸¹ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “El contexto de las medidas de estabilidad derivadas de la crisis económica: Pringle vs. Ledra Advertising”, op. cit., p. 634.

establecían las condiciones que Rumanía debía cumplir si quería recibir la asistencia financiera acordada (Decisiones 2009/458/CE y 459/CE). Entre dichas condiciones venía indicada la necesidad de que el Estado rumano reformara su sistema de pensiones, algo que llevará a cabo con, entre otras medidas, la Ley 328/2009, que incorpora la prohibición de que los ex funcionarios públicos que tengan una pensión de jubilación puedan seguir cobrando ésta si al mismo tiempo reciben otra retribución laboral. Esta previsión afectó a varios jueces (muy pocos, en verdad) que después de haberse jubilado, y recibiendo por ello la pensión correspondiente, seguían impartiendo clases en la Universidad y escuelas judiciales, por lo que la ley les obligaba a elegir y prohibía que recibieran las dos retribuciones. De ahí que llevaran tal modificación a los tribunales, incluso al Tribunal Constitucional rumano (sentencia de 4 de noviembre de 2009) sin mucho éxito, hasta que consiguieron que un tribunal de apelaciones elevara la cuestión prejudicial antedicha. En esta el Tribunal, siguiendo la petición de los jueces afectados, pregunta al TJUE si el MoU puede ser enjuiciado por el mismo, si la ley de reforma del sistema de pensiones puede imputarse al MoU y si, por ende, ambos pueden o no contravenir el derecho a la propiedad privada del art. 17.1 CDFUE. A los dos primeros bloques de preguntas Luxemburgo contestará afirmativamente, pero volverá a negar la pretensión de la tercera y a justificar la reforma por producirse, según él, bajo el paraguas legitimador del interés general, a saber, la resolución de la crisis financiera por la que atravesaba Rumanía.

El MoU es susceptible de revisión por el TJUE, dice el propio Tribunal a diferencia de lo asentado en *Pringle* y *Ledra Advertising*, pero hemos de tener en cuenta que el caso rumano no es idéntico a los anteriores. La asistencia financiera a Rumanía, país que no es de la zona euro, se acordó en el marco del Derecho UE (art. 143 TFUE) y no en el de una organización internacional ajena a ella como es el MEDE. De ahí que el Tribunal acabe aceptando que el MoU es derecho derivado y que, por tanto, puede ser examinado por la justicia comunitaria en su adecuación al derecho originario y a la luz, también, de la CDFUE. Ahora bien, lo que aquí nos interesa es el razonamiento del Tribunal, que siguiendo en buena medida las conclusiones del Abogado General Bot, se habilita a sí mismo a dicho enjuiciamiento no sólo por el diferente marco jurídico que respalda al MoU, sino por una extensión del art. 267 b) TFUE que permite al Tribunal conocer, con carácter prejudicial, sobre “la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión”, apuntando el propio TJUE, y como coletilla final, “sin excepción alguna” (párrafo 30). Es más, Luxemburgo reconoce

que el MoU es un acto adoptado por la Comisión y que, en consecuencia, es un acto de los que entran en el mentado art. 267 b) TFUE (párrafo 35), sin vincular ello, necesariamente, a la diferente cobertura jurídica que da respaldo a dicho acto (en este caso el TFUE y no el MEDE).

Por tanto, cabría una interpretación paradójica, nuevamente, de la sentencia Florescu. Si el TJUE, en el caso Pringle, nos dice primero que no puede enjuiciar los actos del MEDE de acuerdo con la CDFUE y, segundo, en el caso Ledra Advertising, deja abierta la posibilidad de hacerlo indirectamente dada la evidente participación de las instituciones comunitarias en los MoU, en Florescu parece por su parte asentar que dicha participación puede ser un título habilitante no para analizar la legalidad de los MoU de forma indirecta, sino directa en tanto derecho UE. Su consideración como derecho derivado parece deberse, en las conclusiones del Tribunal, tanto a la cobertura jurídica que sí brinda en esta ocasión el TFUE como a la naturaleza misma de la participación de las instituciones comunitarias, sin cuyo concurso no podría siquiera entenderse celebrado ningún MoU ni cumplir, mínimamente, sus objetivos el MEDE.

A pesar de que no creemos que esta interpretación que aquí hacemos (y que puede ser hecha) sea la que el Tribunal recoja en ulteriores casos, no deja de ser interesante la debilidad general de que adolece toda la construcción jurisprudencial en torno a los MoU y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. ¿O acaso el propio MEDE no existe jurídicamente, como el Tribunal reconoció en Pringle, en virtud de una reforma del derecho originario de la UE? Si sólo puede existir y ser legal por ello, ¿no depende del mismo? ¿No es el derecho originario el que lo habilita? ¿No ha recalcado hasta la saciedad el TJUE que el MEDE debe cumplir con el Derecho de la Unión? La cerrazón por parte del TJUE para abrir la puerta a un control jurisdiccional directo mediante el recurso por incumplimiento de los MoU y, por tanto, de uno de los vehículos más coactivos y potentes de la estabilidad presupuestaria en Europa, no tiene justificación alguna y ahonda aún más en la juridificación sin control de los principios de la Economía constitucional que hoy presiden la integración europea y la consiguiente crisis del Estado social y sus derechos ínsitos. La garantía jurisdiccional de éstos, amparada en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se ve en la actualidad cercenada e ineficaz, por lo que los intentos débiles de resistencia comunitaria por parte del TJUE vistos hasta aquí son, desde el prisma constitucional y de los derechos fundamentales, completamente insuficientes. La parte dogmática del Estado social es de este modo puesta jurídicamente

en entredicho desde el corazón mismo de la protección del núcleo esencial de los derechos que la han caracterizado.

3.-Características de la nueva *constitución económica neoliberal* de la Unión Europea

Vista ya la insuficiencia de las últimas y aparentes resistencias frente a las consecuencias más lesivas para el Estado social de la estabilidad presupuestaria, sólo nos queda intentar perfilar las características básicas y centrales de lo que, a lo largo de esta tesis, hemos venido denominando como *constitución económica neoliberal*. Ésta está comenzando a operar en la Unión Europea a través de su compleja y a veces contradictoria arquitectura institucional y jurídica, pero no descartamos que algunos de sus atributos sean también aplicables a realidades diferentes de la europea o a procesos de integración en ciernes, como los que se dan en América Latina. Tampoco defendemos ni decimos que es sólo a partir de la institucionalización de la estabilidad presupuestaria cuando el neoliberalismo ha comenzado a operar en el contexto de la Unión, o éste en el marco teórico de aquel, pues el *modelo económico competitivo* y el *modelo político fragmentado* ya convergían en la integración europea desde bien temprano. La nota que perfecciona dicha convergencia en el ideario neoliberal y que es novedosa en su potencialidad jurídica sí es, en efecto, la estabilidad presupuestaria que se ha institucionalizado al calor de la dispar respuesta comunitaria a la crisis económica y financiera. Es sobre esa incidencia del principio, pues, sobre lo que vamos a definir nuestro concepto, aprovechándonos del largo viaje teórico que emprendimos desde el giro hacia el Estado (ordoliberalismo) y la constitución (Economía constitucional), hasta la unión de los modelos descritos pasando, cómo no, por la instauración y reforma de la tríada de mecanismos que protagonizan, hoy, la famosa *balanced budget rule* en Europa.

Para facilitar la categorización del nuevo concepto que queremos asentar, la vamos a dividir por el número de elementos definidores que la integran. Como se percatará el lector, tales elementos se desprenden del conjunto de la investigación seguida hasta el momento y que ahora, simplemente, reconducimos a categorías con el objetivo, final, de teorizar el concepto unitario del que proceden y al que se dirigen en su operatividad. Empecemos.

-La preeminencia del elemento liberal frente al democrático: La del liberalismo y la democracia es una historia de un amor a veces no correspondido, de desencuentros y tensiones que, como hemos apuntado en ocasiones, finalmente han terminado por converger en un punto central, la *democracia constitucional*, que aúna los elementos más positivos de ambos idearios y se cristaliza, con ello, en un difícil pero posible juego de equilibrios. El objetivo neoliberal que subyace a la constitución económica así adjetivada es, por el contrario, la anulación en el corazón de dicha fórmula de las potencialidades más democráticas y transformadoras que permita mediante un aumento, exponencial, de la petrificación del ordenamiento. Si al liberalismo se le puede achacar un deseo permanente de limitar el poder político constituido y su margen de acción, al neoliberalismo se le puede atribuir una hipertrofia de tal pretensión a través de una excesiva juridificación y constitucionalización del campo de variables económicas. La sustitución de los escenarios de pluralismo político y económico que se daban en el marco del Estado social de posguerra, por planos cada vez más laminados de monismo ideológico pretendidamente encubierto de tecnicidad, es una nueva constante. Toda democracia contemporánea que se precie tiene límites sustantivos y procedimentales asentados en lo jurídico, ya sea en el ámbito de lo constitucional (eminentemente) o en el del derecho internacional, pero esas restricciones siempre dejan un amplio abanico de posibilidades (“lucha heraclitiana”, la hemos llegado a llamar) en el que las diferentes opciones políticas alternantes en el poder, reflejo a su vez de las distintas mayorías democráticas que se articulen, pueden (o podían) desplegar sus programas políticos de cambio. De los planteamientos de Hayek, Eucken, Röpke o Buchanan, como hemos visto, se desprende en el prisma de lo teórico un temor no disimulado frente a la democracia y un abrazo, consciente y teorizado por ellos mismos, del Derecho y su tendencia a la permanencia como mejor baluarte frente a aquella. En el prisma de lo fáctico, o de la praxis, el aumento de límites y restricciones en Europa como consecuencia del proceso de integración ha terminado vaciando los mecanismos de redistribución que contemplaban las constituciones estatales, petrificando una sola opción posible: la del mantenimiento del *statu quo* y el rechazo a la transformación, democrática, de nuestra realidad económica. Las libertades económicas fundamentales, la centralidad del derecho de competencia y su ideología inherente (competitivismo) y la obsesión por garantizar la estabilidad presupuestaria y monitorear las decisiones de política económica, sirven a tal opción y constituyen consecuencias que hemos ido, poco a poco, estudiando y amoldando

en las proyecciones teóricas que les dan amparo o que, al menos, pueden ser utilizadas para analizarlas.

-La elevación a la indisponibilidad: Esta predominancia descrita del elemento liberal no podría haberse dado sin una previa toma en conciencia de la relevancia y funcionalidad que puede cobrar para tal objetivo la constitución y los marcos jurídicos de difícil mutación. Si el ordoliberalismo giró el foco neoliberal en la relevancia de éstos, será la Economía constitucional la que lo centre en la virtualidad de aquella, conformando ambas teorías el grueso de un neoliberalismo cuya principal preocupación fue, es y seguirá siendo en los años venideros, el control del Estado y su normatividad para su mejor prediseño y subordinación ante metas claramente ideológicas. En tal pretensión es esencial lo que hemos estado llamando como *elevación a la indisponibilidad*, y que se refiere a ese proceso (neo)liberal de sustraer del ámbito de decisión de la política ordinaria (no constituyente) campos cada vez más extensos de mutabilidad económica. La sustracción se realiza, como hemos visto, a través de la juridificación o institucionalización de los principios que quieren presidir monísticamente tales campos en esferas petrificadas del ordenamiento. La preferencia teórica neoliberal es por la esfera constitucional, debido tanto a la mayor legitimidad de ésta (recordemos la teoría contractualista de Buchanan basada en la unanimidad) como, sobre todo, por su virtualidad normativa y la eficacia que comporta. No obstante, y en la medida en que las resistencias políticas que se dan en el contexto nacional-estatal son mayores que en las de los procesos de integración sin *demos* articulado, en las últimas décadas tal elevación a la indisponibilidad ha encontrado fácil acomodo en la Unión Europea, algo que ya vislumbraron, con destacada antelación, desde la propia Economía constitucional.

-La huida hacia el derecho internacional dotándolo de efectos constitucionales: Al ser la elevación a la indisponibilidad, que permite esferas juridificadas de protección al cambio político, difícil de darse en los marcos estatales por los elementos de mayor democraticidad (simbólica también) que en ellos se dan, la preferencia ha sido la de utilizar el derecho internacional para sortear tales marcos. Éste nació en el contexto de las relaciones intergubernamentales y para proyectos de cooperación interestatal, pero en las últimas décadas ha servido para afianzar procesos de integración y de cesión de soberanía

que no se amoldan a las pocas exigencias democráticas que le otorgan legitimidad. Es muy dudoso que en España, por ejemplo, única y exclusivamente mediante Ley Orgánica (mayoría absoluta del Congreso de los Diputados) se le haya dotado de vigencia a la Unión Europea y a las mutaciones constitucionales que su arquitectura conlleva en el interior mismo del sistema.⁷⁸² Aparte, el derecho internacional de los procesos de integración posee un efectivo grado de constitucionalidad, en tanto en cuanto presenta altas dosis de inmutabilidad para la política ordinaria. Gráficamente, es mucho “más fácil entrar que salir”, aunque la legitimidad de ambas decisiones sea la misma. Incluso en el caso presente del Reino Unido, donde ha habido una manifestación expresa y constituyente del pueblo británico, las complicaciones que se presentan son excesivamente numerosas y aún no sabemos, de hecho, si la decisión se materializará finalmente en su totalidad. La especificidad de este derecho internacional no sólo se manifiesta en su tendencia a la permanencia e inmutabilidad, sino también, y sobre todo, en la incidencia materialmente constitucional que proyecta sobre los ordenamientos estatales, debido tanto a las mutaciones antedichas como a la creación de nuevos centros políticos que emiten normatividad. Si a ello le sumamos la posible eficacia de previsiones como las del mandato de constitucionalización flexible del TCEG, podemos completar mejor el cuadro general de esa “huida”, como la hemos venido denominando, en la que los actores políticos evaden los límites constitucionales estatales (derechos fundamentales y control democrático de las decisiones) para insertarse en las nuevas esferas jurídicas que poseen también límites, sí, pero hipertrofiados en su diseño funcional para con el libre mercado y el mantenimiento del *statu quo*, no para el cumplimiento de los derechos sociales o de los mandatos democráticos.

-La confusión normativa y sus notas de ajuricidad: La utilización torticera del derecho internacional en este proceso de huida para garantizar principios como el de estabilidad presupuestaria, ha ahondado la crisis de normatividad que ya se daba en el seno del Estado social. El Estado de Derecho liberal se basaba en el imperio de la ley y en la coherencia general del sistema jurídico y sus elementos estructurantes, rechazando de plano las contradicciones y tendiendo a la integración jurídica del conflicto (no su falso

⁷⁸² Cfr.: APARICIO WIHELMI, M., *Implicaciones constitucionales del proceso de integración europea. El artículo 93 de la Constitución Española como cláusula de apertura a la interrelación ordinamental en un marco pluralista*, Barcelona: Universidad de Barcelona, 2002. Asimismo, sobre el limitado alcance del procedimiento de control de la integración de los tratados internacionales en el ordenamiento constitucional, véase REQUEJO PAGÉS, J. L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Madrid: Mc Graw-Hill, 1995, pp. 31 y ss.

ocultamiento), algo que se perfeccionaría con el acompañamiento democrático del *Welfare state* y sus instrumentos. Sin embargo, en el “Estado de derecho neoliberal” que canaliza la constitución económica de igual adjetivación, se da un constante y continuo desprecio por los principios más básicos que rigen el ordenamiento y que regían la formulación clásica del mismo, apoyando y potenciando las paradojas, las contradicciones insalvables y los espacios de ajuricidad. La propia utilización del derecho internacional para los fines de la *elevación a la indisponibilidad* es en sí jurídicamente endeble, y la confusión del maremagno de compromisos de diferente naturaleza profundiza en la debilidad jurídica de la que, en general, adolece todo el nuevo paradigma. PEC, PDE, PDM, SE, MEDE, TECG...la amalgama de siglas se sucede y los procedimientos y mecanismos diseñados se solapan, algo que no es únicamente debido a la improvisación de una respuesta descoordinada a la crisis económica. La naturaleza misma de los instrumentos normativos elegidos y de los tratados intergubernamentales que rodean una UE de la que son ajenos, es la que subyace a la confusión ajurídica de planos que se superponen sin una mínima coherencia y sin respetar el sistema de fuentes, aun el comunitario. Recordemos que derecho derivado de la UE es modificado por compromisos intergubernamentales, que éstos son luego modificados por notas diplomáticas, que la interdependencia de la tríada de mecanismos se establece en los preámbulos o que la garantía jurisdiccional de su cumplimiento se deja al albur de declaraciones políticas sin publicar oficialmente... Todo ello es la tónica general de una nueva constitución económica europea que se ha logrado desprender, en muchos puntos y ámbitos de actuación, de los límites que la propia Unión le imponía desde sus espacios de progresiva constitucionalización, hoy frenados o en franco retroceso.

-Revitalización de las formas del derecho privado frente al público: A la superposición de instrumentos normativos de difícil justificación jurídica hemos de añadir la invasión de formas civilísticas en la formulación de las políticas del nuevo paradigma. La crisis de la Ley como cauce tradicional de expresión de la voluntad democrática⁷⁸³ se ve potenciada en la constitución económica neoliberal de la Unión Europea con la proliferación de instrumentos como el Memorandum de Entendimiento (MoU), firmado entre los Estados con dificultades financieras y necesitados de asistencia, y la Comisión

⁷⁸³ DE CABO MARTÍN, C., *Sobre el concepto de ley*, Madrid: Trotta, 2000.

Europea en nombre y representación del MEDE. Los MoU no son ni leyes ni recomendaciones ni derecho derivado de la UE, y formalmente tampoco pertenecen a la amplia categoría de los tratados internacionales, y sin embargo tienen una incidencia mayúscula en los márgenes democráticos de realizaciones concretas que en materia económica poseen los Estados afectados. Su naturaleza de compromiso entre partes es más propia del derecho privado, pero del derecho privado decimonónico en el que la igualdad jurídica formal esconde y oculta la desigualdad material subyacente. En la negociación de los MoU es evidente que el Estado afectado o en necesidad de un rescate financiero, no tiene la misma capacidad de decisión, aceptación o rechazo, que el MEDE que le presta el montante.⁷⁸⁴ Otro tipo de “monstruos”, como las famosas cartas del BCE que condicionaron reformas constitucionales como la española, o la conversión de las recomendaciones de la Comisión en cuasi-coactivas, acrecientan la crisis de la ley formal y, por tanto, se difuminan aún más los cauces tradicionales de expresión de la voluntad democrática.

-La convergencia de los modelos económico competitivo y político fragmentado:

La explicación de esta convergencia en la Unión Europea y sus efectos constitucionales ha sido el principal objetivo, hasta aquí, de esta tercera parte. La nueva constitución económica neoliberal se fundamenta y basa en un modelo donde priman las libertades económicas fundamentales (capitales, trabajadores, bienes y servicios) y el derecho de competencia (raíz ordoliberal), que operan en un marco institucional y político excesivamente fragmentado y sin un centro de imputación holística al que se pueda acudir para retomar *lo político* frente a la institucionalización neoliberal. La imposibilidad de cambios o transformaciones democráticamente deseadas se materializa en el perfeccionamiento que la *elevación a la indisponibilidad* encuentra en la fragmentación del espectro de adscripción simbólica y real, en esa Bruselas “más Berna que París” de la que nos hablaba Buchanan. Cuando se aúnan los dos modelos, los efectos de la estabilidad presupuestaria desde arriba (*top down*), al encontrarse con la preeminencia de la competencia y las libertades económicas desde abajo (*botton up*), y ello ante la ausencia

⁷⁸⁴ Esta nueva forma del Derecho en la UE ya ha sido aventurada con clarividencia por DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución...*, op. cit., p. 115.

de una verdadera integración positiva, se vuelven devastadores para el Estado social, sus derechos y potencialidades.

-La constitucionalización flexible de la estabilidad presupuestaria: Como quiera que se ha de acudir al derecho internacional para intentar garantizar la estabilidad presupuestaria, pero ésta no es al mismo tiempo efectiva si no se proyecta desde la normatividad de las constituciones estatales, el nuevo paradigma se ve aún dependiente de las mismas y precisa su marco jurídico en tanto apoyo o epítome de su proceso de institucionalización. Como corolario final de un largo y lento proceso de juridificación en el plano comunitario, la *Golden rule* ha ido abriéndose paso en los marcos constitucionales estatales mediante reformas expresas, siendo la alemana la más relevante por el momento en el que se produjo, la intensidad de su realización y la importancia, central, del propio país. Ahora bien, ya que es prácticamente imposible que la unanimidad de Estados del Euro adopten una reforma constitucional en tal sentido, la utilización torticera del derecho internacional denunciada ha servido también para intentar obligar tales cambios en las normas fundamentales. Y aunque ello se ha producido finalmente en el TCEG de una manera harto flexible, las contradicciones ínsitas en la ajuricidad neoliberal y en la naturaleza misma del Tratado, han hecho que su previsión estrella se pierda en sus propias aporías. No obstante, la estabilidad presupuestaria sigue siendo una realidad intensa tanto en el marco del PEC como en el del MEDE, así como en los cumplimientos más políticos que jurídicos de los mandatos del polémico TCEG, a pesar de su debilidad intrínseca.

-El abandono de la centralidad del Parlamento: Otra nota dominante en la nueva constitución económica neoliberal es que, siguiendo el temor antedicho que el neoliberalismo en general guarda a la democracia y su obsesión por la juridificación de los límites, el Parlamento pierde en su esquema la centralidad democrática que había venido adquiriendo con sus conquistas progresivas. A la crisis previa de la centralidad del Parlamento estatal, anudado tanto por los procesos de descentralización política como por el nuevo protagonismo de otros centros de decisión (instituciones internacionales, UE, etc.), se añade la instauración del nuevo *método plutocrático* de decisión, en el que quienes deciden las políticas fundamentales que rodean a la estabilidad presupuestaria

son los Gobiernos (en el MEDE o en el seno del Consejo) y, en concreto, los Gobiernos de los Estados más potentes económicamente. La respuesta europea a la crisis financiera y la creación e impulso de los nuevos mecanismos de gobernanza económica ha frenado el progresivo crecimiento del papel del Parlamento Europeo en el conjunto de la arquitectura comunitaria, revigorizando el que desempeñan la Comisión o el Consejo. La huida intergubernamental que apoya la elevación a la indisponibilidad de aquel principio no casa bien ni con las potencialidades del Estado social ni con el espacio y el lugar donde las mismas podrían expresarse mejor, como es el Parlamento.

-El refugio de lo jurídico en espacios sin demos: El modelo político fragmentado se complementa en su disfuncionalidad transformadora gracias a que la huida jurídica que hemos analizado se produce hacia espacios políticos, como la Unión Europea, en los que no existe un *demos* mínimamente articulado. El *Kratos*, impregnado de neoliberalismo, puede imponer la estabilidad presupuestaria como dogma o axioma sin encontrar resistencias democráticas que puedan vertebrarse alrededor de ejes de adscripción simbólica como los que, de momento, sí se dan en los Estados-nación europeos o en sus regiones. La ausencia de un verdadero pueblo europeo, con sus medios de comunicación comunes, con sus símbolos comúnmente aceptados e integrados y, sobre todo, con una lengua común vertebradora, lo impide. La falta de integración positiva (fiscal) tiene su correlato en la ausencia misma de integración política-simbólica de los múltiples *demoi* que debieran acompañarla.

-La insuficiencia de las resistencias comunitarias y constitucionales: No obstante esta falta de un *demos* articulado, las realidades constitucionales asentadas de los Estados sí han proyectado, tímidamente, sus resistencias al proceso de institucionalización de la estabilidad presupuestaria y de la nueva constitución económica neoliberal. Las sentencias del Tribunal Constitucional Alemán son, sin duda, las más relevantes e incisivas, pero han protegido sobre todo una concepción de la “identidad constitucional” que se amolda a un parámetro schmittiano en el que el Estado social no tiene cabida y que, de todos modos, no protege al resto de Estados frente a similares afectaciones. Los casos de Letonia, Estonia, Grecia, Portugal...son sintomáticos de una debilidad general en la capacidad que hoy tienen los órganos encargados de la justicia constitucional para

proteger, eficazmente, tanto el grueso de sus soberanías como los derechos sociales que de las mismas se desprenden y reconocen. Por su parte, las escasas resistencias comunitarias del TJUE ante las huidas del propio marco pseudo-constitucional de la UE, se han mostrado también insuficientes al bendecir en Pringle la estrategia del MEDE o al quedar desamparado, con sus múltiples dudas y a pesar de los recientes y tímidos cambios, el núcleo de los derechos fundamentales de la Carta, incluidos en una posición relevante, por su mayor afectación, los sociales.

-El desarme del Estado social y sus mecanismos transformadores: El Estado social, vimos, comportaba el afianzamiento de un espacio de progreso y transformación en los márgenes del pluralismo que permitía su apertura, y ello constituye el antagonismo más pleno del modelo neoliberal, de ahí que la constitución económica de éste opte por cerrar dicha apertura y constreñir jurídicamente la posibilidad misma de transformación. Los mecanismos orgánicos que las constituciones de posguerra incorporaron en Europa, como las reservas para el sector público, la iniciativa económica pública o los impuestos progresivos sobre el capital, han quedado prácticamente anulados en virtud de la aplicación de la estabilidad presupuestaria sobre la convergencia de los modelos descritos que se da en la Unión. La horizontalidad del principio de competencia y de las libertades económicas fundamentales, junto a la verticalidad de la estabilidad presupuestaria, impiden que los márgenes más transformadores de los instrumentos del Estado social puedan llegar a ser operativos en tanto no se dan, aún, las condiciones para una integración positiva que los ampare a nivel comunitario. El *dumping* neoliberal se juridifica en la Unión y la ausencia de impuestos comunes sobre la mayor parte de la riqueza, la del capital, potencia aquel hasta convertirlo en un verdadero ariete contra la redistribución que pudiera impulsarse democráticamente por los diferentes *demoi* europeos.

-La lesión a los derechos fundamentales del Estado social: Por supuesto, esta mutación en la constitución económica de los diferentes Estados, correlato a su vez de la consolidación de la neoliberal en la Unión Europea, tiene también sus repercusiones sobre la efectividad de la garantía de los derechos sociales. Aunque todos los derechos son costosos económicamente, unos lo son más que otros, y los sociales necesitan de un soporte material adecuado si quieren proteger a los más débiles, facilitar su ascenso o transformar, en sus variables más democráticas, la distribución de la riqueza. Ese sustento

material es el que la estabilidad presupuestaria, institucionalizada en el marco del nuevo paradigma y sobre los modelos que convergen en el centro de la Unión, ha puesto en entredicho desde lo jurídico. La crisis fiscal del Estado, una nota común en todos los países occidentales desde la irrupción neoliberal de los 70 en sus políticas y desde la ampliación del espectro globalizador, se institucionaliza en la Unión Europea en virtud de una estabilidad presupuestaria que no encuentra contrapeso alguno en las posibilidades de tributación común o de acción concertada entre los Estados en materia social. Los derechos fundamentales de este cariz son así los más perjudicados, aunque su lesión no sólo afecta a ellos, sino también al conjunto de derechos constitucionales en tanto en cuanto son los sociales los que dan amparo material a la plena realización del resto. ¿De qué nos serviría el derecho a la vida o a la salud sin una sanidad pública adecuada? ¿De qué nos serviría el derecho a la libertad de expresión sin una educación de calidad y garantizada? La interdependencia de los derechos, sustrato de la democracia constitucional, se ve así menoscabada por la paralela interdependencia de los mecanismos que hoy, en la Unión Europea, han juridificado la estabilidad presupuestaria como nuevo dogma infalible que preside el viejo continente.

CONCLUSIONES

Norberto Bobbio, con la maestría dialéctica que siempre lo caracterizó, define a la democracia constitucional desde la perspectiva de un proceso gradual de legalización y control jurídico del poder, de constitucionalización de sus límites y posibilidades.⁷⁸⁵ La principal conclusión de esta tesis es, precisamente, que ese objetivo vertebrador de dicha fórmula teórica ha quedado hoy anulado en Europa por la institucionalización de una *constitución económica neoliberal* en la que la estabilidad presupuestaria funciona y actúa como criterio rector y camisa de fuerza. El amplio marco de la integración europea y los instrumentos que la acompañan, algunos de ellos en parte ajenos a la misma pero dependientes de ella, ha servido de parapeto jurídico para consolidar una huida del escenario democrático y constitucional tradicional en la que poder petrificar el ideario y las metas del neoliberalismo. La *elevación a la indisponibilidad* en la que se encuadra la estabilidad presupuestaria regresa al seno de los ordenamientos constitucionales convertida en mandato jurídico y despliega en ellos, con la potencialidad de su preeminencia, efectos devastadores para las posibilidades más transformadoras del Estado social y sus derechos. Requejo Pagés no podría expresarlo mejor:

El empeño secular del movimiento constitucionalista, la limitación del poder al servicio de la Libertad, tiene hoy su principal reto en la huida de la voluntad de dominio hacia procesos de formalización indisponibles por la Constitución y desde los que regresa al Ordenamiento transformada en una voluntad prácticamente invulnerable. La clave de la defensa ha de comenzar por la causa que explica este fenómeno.⁷⁸⁶

El reto actual para el constitucionalismo democrático, el de la recuperación de *lo político* frente a la juridificación de los principios neoliberales, es hoy mayúsculo. El constitucionalismo crítico debe desvelar constantemente, además, que detrás de esa apariencia de neutralidad aséptica del que intenta revestirse tal proceso de juridificación, subyacen también elementos e intereses de naturaleza política que están íntimamente conectados con una ideología concreta, la neoliberal.

⁷⁸⁵ BOBBIO, N., *Teoría general de la política*, op. cit., p. 165.

⁷⁸⁶ REQUEJO PAGÉS, J. L., “El triunfo del constitucionalismo y la crisis de la normatividad”, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 6, 2010, p. 198.

Esta tesis la comenzamos con Foucault y con él, ya lo advertimos en su momento, la terminamos. La intuición que tuvo en su *Nacimiento de la biopolítica*, la de considerar al neoliberalismo como una nueva gubernamentalidad que abarcaba una teoría del Estado, del poder, del Derecho y de la sociedad, diferente y holísticamente articulada, fue no sólo premonitoria, sino certera. La Unión Europea y los nuevos mecanismos de gobernanza económica que en su interior se han consolidado responden a ese amplio paradigma neoliberal foucaultianamente intuido, en el que no sólo el Estado social y sus derechos están en juego, sino también las virtualidades inherentes de la democracia constitucional, el pluralismo que alberga(ba), las posibilidades de transformación y redistribución que posibilita(ba) y la autonomía de *lo político*, democráticamente fundada, que en ella se da(ba). Pero, como decía Requejo Pagés, la clave en la defensa de la democracia constitucional ha de pasar por el entendimiento apriorístico de sus crisis y de su pretendida superación, objetivo que esperamos haber conseguido en la presente investigación doctoral, cuyas consecuciones teórico-constitucionales más relevantes pasamos a continuación a resumir capítulo por capítulo.

Primera parte

Capítulo I

1º.: Para entender la virtualidad del principio de estabilidad presupuestaria y su recorrido teórico se ha de partir del giro copernicano que el neoliberalismo adopta en cuanto a la visión decimonónica y liberal del Estado. El liberalismo clásico del siglo XIX, si bien portador de posturas morales cercanas al republicanismo pero hoy olvidadas, fue incapaz de articular un prediseño holístico del marco jurídico en el que se desenvolvía. Partiendo de la idea preconcebida de la naturalidad del libre mercado y aupados por un sistema económico que en ese momento se correspondía con sus pretensiones, los autores liberales van respondiendo gradualmente, mediante el reformismo social, a las nuevas exigencias derivadas de las externalidades negativas del capitalismo industrial. La conversión del movimiento liberal a dicho reformismo, ilustrada en la propia trayectoria teórica de Stuart Mill, deja poco espacio para un *laissez faire stricto sensu* cuyos partidarios fueron siempre minoritarios (liberalismo manchesteriano) y que funcionará, en este sentido, más como hipótesis de imputación comparativa que como verdadero modelo con posibilidades reales de ejecución. Su recuperación en tanto bandera por

pensadores finiseculares como Spencer evidenciará la consolidación de la expansión estatal en la economía, amparada por aquel reformismo social de transición, y será el detonante teórico para el movimiento neoliberal.

2º.: La ausencia indicada de un prediseño o toma en conciencia de la relevancia del Estado y el marco jurídico para con la supervivencia y garantía misma del libre mercado y sus elementos estructurantes, será la denuncia a partir de la cual el neoliberalismo articule sus primeros discursos y notas diferenciadoras dentro de la gran familia liberal. Nacido en el periodo de entreguerras (Coloquio Lippmann) y desarrollado sobre todo en la posguerra mundial, el neoliberalismo imputará artificialmente al excesivo *laissez faire* del liberalismo clásico (exceso falso) las causas que permitieron la expansión sin frenos del Estado. Al mismo tiempo, y esta vez con mejor tino, culparán a la ausencia liberal de una visión completa del Estado y de su relevancia, que habría permitido que el aparato público aumentara y fuera dirigido desde presupuestos contrarios al libre mercado. De ahí que los liberales rompan seminalmente la barrera entre economía y Derecho, entre realidad socioeconómica y Estado, para desarrollar una teoría holística de dichos campos desde la concienciación de la importancia del marco jurídico en el éxito y la supervivencia de una economía de libre competencia, algo sobre lo que Foucault incidirá especialmente en su seminal intuición. Si los liberales clásicos miraban a las pretendidas leyes naturales de la economía y se olvidaban de prediseñar la constitución económica estatal creyendo que aquellas quedaban fuera del alcance de ésta, los liberales harán todo lo contrario: dirigirán su mirada y preocupaciones a la constitución económica estatal, al conjunto de previsiones normativas e institucionales que regulan el fenómeno económico, para intentar garantizar al máximo la permanencia e inmutabilidad del libre mercado y de los principios que le creen inherentes. Los ordoliberales alemanes serán quienes en primer lugar, y con mayor fuerza, desarrollarán ese giro copernicano hacia el Estado, considerado ahora como un necesario código de circulación de la economía sin el cual ésta no puede siquiera darse, rechazando con ello, y abiertamente, las veleidades del *laissez faire*. La clave está, pues, en el control y diseño de ese código de circulación, es decir, del conjunto de apriorismos jurídicos que se dan en el contexto de una democracia constitucional y que ellos denominan como “principios constituyentes.”

3º.: De entre tales apriorismos los ordoliberales alemanes, con una amplia experiencia en el gobierno de la Alemania occidental de posguerra y con desarrollos teóricos particulares, destacarán la necesidad de garantizar jurídicamente, y desde el marco estatal, el orden de competencia entre los factores económicos. Las llamadas políticas de ordenamiento se basarán en un criterio de “conformidad de mercado” (*Marktkonform*), en el que la prioridad absoluta es el establecimiento de un marco funcional para la “sana” competencia (competitividad) frente a las excesivas expansiones del Estado o a las tendencias oligopolísticas de los agentes privados. La Economía Social de Mercado (ESM), en la que la adjetivación social se subordina en todo momento a la funcionalidad mercantilista de las pretensiones ordoliberales, constituirá la fórmula política y académica que englobe el conjunto del ideario neoliberal alemán. Las preocupaciones de raíz humanista de algunos de sus exponentes en torno a los excesos de atomización social que comporta el capitalismo contemporáneo, quedarán enseguida relegadas frente a la gran consecución ordoliberal, la de elaborar por primera vez en el seno del liberalismo una teoría global del *marco jurídico* a fin de establecer y proteger un determinado modelo económico.

4º.: La consideración apriorística de un conjunto de principios que deben estar guarnecidos en una unidad superior en la que converja todo pluralismo político posible, hace del ideario ordoliberal tributario del miedo a la democracia que desprende el liberalismo elitista decimonónico, y en el que se insertará la instauración de la estabilidad presupuestaria. Ésta será una de las consecuciones más prístinas de la lucha neoliberal por la *elevación a la indisponibilidad* para ámbitos de difícil cambio democrático; de los elementos que, se cree, deben quedar siempre fuera del alcance de las mayorías alternantes en el poder. El sustrato ordoliberal, perfeccionado por la Economía constitucional y materializado luego en la Unión Europea, respira así de un subsuelo teórico antidemocrático en el que se da una excesiva hipertrofia de la pasión liberal por los límites y las restricciones. El giro teórico hacia el Estado que defienden y desarrollan los ordoliberales es indispensable, en su conocimiento, para entender la constitución económica europea y la potencialidad del principio de estabilidad presupuestaria que ahora opera sobre la misma.

Capítulo II

1º.: Este giro hacia el Estado es completado y redirigido por el giro hacia la constitución que incorpora la Economía constitucional. Liderada por el Premio Nobel James Buchanan, será el primer movimiento académico que teorice *in extenso* sobre la pretendida necesidad de constitucionalizar la estabilidad presupuestaria para dotarla de mecanismos jurídicos y jurisdiccionales de defensa. Enmarcada en el renovado debate de los setenta sobre el contractualismo, la teoría buchanaiana del poder político y del Estado parte de la consideración de éste como funcional y necesario para la existencia del libre mercado y el establecimiento del *statu quo*, en la línea ordoliberal, pero concreta la localización de sus principios en la sede constitucional.

2º.: El giro hacia la constitución de Buchanan se fundamenta en una teoría integral del Estado con bases neocontractualistas. En éstas prima una concepción hobbesiana de la sociedad, cuya expresión político-jurídica, el Estado, responde a la necesidad de garantizar la seguridad desde la unanimidad del pacto fundante. Las relaciones de intercambio económico se dan ya con anterioridad a dicho pacto, el cual las tiende a reflejar para proteger el *statu quo*. De la situación pre-contractual, de la selva de Buchanan, sólo se puede salir democráticamente respetando una artificial unanimidad y rechazando que el pacto esté fundado, únicamente, en las mayorías sociales. La Libertad, para la Economía constitucional, es trasunto del cúmulo de libertades individuales, por lo que todo proceso de redistribución de la riqueza o transformación social que usen las mayorías alternantes en el poder atentará contra tal concepción. El consenso unánime que se refleja en el pacto constitucional para salir de la anarquía se erige así en el mejor dique de contención frente a posibles decisiones constituyentes o postconstituyentes que pretendan alterar la distribución inicial del *statu quo* económico.

3º.: Este modelo contractualista, que le sirve a la Economía constitucional como parámetro de hipótesis teórica desde el que poder justificar la realidad que desea, encuentra su principal escollo en la articulación de la garantía post-contracutal de su peculiar concepción de libertad y democracia. Si desde su prisma contractualista se hace relativamente fácil evitar procesos de ruptura redistributiva en un inicio, al aceptar los más ricos determinadas concesiones (bienes públicos) y asumir todos la necesidad del pacto para salir de la violencia (velo de incertidumbre), ello se hace más complicado cuando el Estado y sus mecanismos se ponen en marcha en un contexto democrático. Las mayorías que en él se suceden pueden reflejar los intereses de los más desfavorecidos,

quienes ahora, pertrechados con la seguridad de la sociedad política constituida, pueden utilizar los instrumentos democráticos que ésta ofrece para intentar modificar la correlación de fuerzas económica al considerarla injusta. Además, la administración pública del Estado y los débiles mecanismos redistributivos que contiene, productos de la cesión inicial de las clases altas, pueden ser usados por esas mayorías y por los propios gestores que se encargan de dirigirlos para justificar una expansión intervencionista que desvirtúe el libre mercado. Los burócratas del Estado, en la concepción de la *Public Choice*, se ven en todo momento impelidos a aumentar su esfera de influencia y poder, arrastrando con ello a una expansión sin límites de la intervención administrativa, la cual es denostada en la clásica formulación competitivista de Spencer y de los primeros neoliberales.

4°.: En toda la Economía constitucional subyace una consideración antropológica del ser humano, al que se le atribuye como objetivo principal en su existencia la maximización de su propio beneficio, aun cuando vaya en contra del interés general, y la actuación siempre conforme y dirigida a la satisfacción de su función personal de intereses. Este materialista *homo economicus*, al que se le retira toda posibilidad de actuación ética o desinteresada (cosa que, como vimos, no ocurría con el moralismo de cierto liberalismo clásico), es sobre el que se deben diseñar, desde el momento constituyente, los mecanismos de los poderes constituidos. Éstos han de estar siempre pensados contra una posible utilización torticera que pueda ser contraria a la concepción de Libertad vista, para lo cual se hace necesario atar al Leviatán (al Estado y sus posibilidades de intervención redistributiva), mediante férreas cadenas que se proyecten, institucional y normativamente, desde el momento de la unanimidad constituyente en el que los más beneficiados del *statu quo* previo puedan tener derecho de veto. La constitución es así vista como freno, como contención, frente a los intereses redistributivos de las mayorías sociales y, por ende, como esfera indisponible para las mismas.

5°.: La instalación constituyente de tales cadenas es, como decimos, uno de los principales retos de la Economía constitucional. Los límites jurídicos propios del constitucionalismo o del liberalismo clásico, como la periodicidad de elecciones o el principio de legalidad tributaria, se consideran manifiestamente insuficientes para poder contener las ansias redistributivas de las mayorías sociales en los estadios post-

constituyentes, con lo que ello puede suponer para la Libertad fundada en la unanimidad y en el respeto, consiguiente, de la propiedad privada entendida *lato sensu* y lockeanamente. De ahí que, desde la Escuela de Virginia dirigida por Buchanan, se diseñen o defiendan teóricamente nuevos mecanismos o anteriores ya existentes pero que ahora, tras la aplicación del modelo de la *Public Choice*, reciben mayor respaldo académico y mejores puntos de referencia teórica. Nos referimos a la constitucionalización tanto del poder fiscal del Estado (tributos) como de la estabilidad presupuestaria en tanto principio indisponible para las mayorías. Con ellos, la unanimidad constituyente (el *statu quo* inalterable) se refugia en la constitución al impedir fuertes subidas tributarias sobre el capital, sobre la riqueza, y, al tiempo, un aumento exponencial en la expansión de la administración y de sus mecanismos redistributivos, pues corta, mediante la *golden rule* constitucionalizada, las posibilidades mismas de financiación. Al converger ambas medidas en el vértice constitucional, con su potencialidad jurídica, el Estado social y sus instrumentos transformadores quedan petrificados en una esfera cada vez más estrecha. El predominio del *Capital* frente al *Trabajo* se juridifica en unos límites apriorísticamente hipertrofiados en cuya cristalización también predomina, abiertamente, el elemento *Liberal* sobre el *Democrático*. La estabilidad presupuestaria, piedra angular de tamaña operación, se convierte así en un principio indispensable para la *constitución económica neoliberal* en la que se impide, desde su juridicidad consciente tras los dos giros descritos, cualquier intento de alteración sustancial de las relaciones económicas y de los elementos ínsitos en la ideología del libre mercado.

6°.: Esta concepción neoliberal de la constitución y el constitucionalismo coincide con la ordoliberal de la que en buena parte bebe en la medida en que, como analizamos, también los ordoliberales alemanes propugnaban la intangibilidad de determinados principios, que deberían situarse en una esfera superior a lo democrática y ordinariamente decidible en política. La incapacidad ordoliberal de completar el esquema teórico y asentar así la *elevación a la indisponibilidad* en categorías jurídicas es lo que la Economía constitucional, desde el otro lado del Atlántico, consigue solventar mediante un aumento en el interés sobre la constitución, el marco jurídico y las posibilidades de implementar en ellos los principios antedichos y sin los cuales, se entiende, no pueden desenvolverse las condiciones mínimas que definen a una economía de libre mercado y de competencia.

7°.: La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria no es, sin embargo, una invención de la Economía constitucional o de Buchanan, pues la experiencia histórica

de las unidades subfederales de Estados Unidos nos ofrece un marco comparativo, de casi doscientos años de vida, en el que poder estudiar su recorrido y materialización. La respuesta a la coyuntura económica negativa de los años treinta del siglo XIX y la quiebra de los Estados, en medio de un proceso gradual de federalización y de consolidación problemática de la Unión norteamericana, hará que la denominada *balanced budget rule*, aun con sus diferencias casuísticas, se vaya haciendo una realidad en la práctica totalidad de Estados Unidos menos, curiosamente, en el nivel federal. La singular evolución del poder central estadounidense, originalmente sin apenas atribuciones o competencias sustanciales, vivió un exponencial crecimiento desde principio del siglo anterior, crecimiento que, con el *New Deal*, creará las bases de un *sui generis* Estado social. Como quiera que las preocupaciones por la expansión fiscal del Estado ahora comenzaron a centrarse en Washington, las iniciativas de reforma de la Constitución federal comenzaron a sucederse, y más en la década de los setenta al calor de la *Revolt Tax* y del auge de las ideas neoliberales, incluidas, y en destacado lugar, las de la Economía constitucional. No obstante, la complejidad de la articulación constitucional de poderes, la fragmentación de los mismos y los juegos políticos que se dan en el proceloso contexto norteamericano, han hecho fracasar constantemente todos los proyectos de enmienda; aunque uno de ellos, el de 1995, constituye el ejemplo más avanzado, completo y cercano al éxito final. El programa teórico de la Economía constitucional lo que hace es incorporar a su bagaje la rica experiencia estatal en materia de estabilidad presupuestaria, explorando las justificaciones académicas y jurídico-constitucionales de ésta y amparándola en un nuevo modelo, holístico, de explicación del Estado y de las relaciones sociales. La pretensión de frenar desde la constitución y el Derecho las posibilidades de transformación democrática es novedosa y, tamizada por el ideario neoliberal, se convierte en el objetivo primero de una estabilidad presupuestaria ahora incardinada, teóricamente, en tal meta.

8º.: La experiencia de los Estados de EEUU y el marco teórico-jurídico de la Economía constitucional nos brindan, desde la relevancia del cambio introducido en el liberalismo por los ordoliberales alemanes, el parámetro indispensable para estudiar la estabilidad presupuestaria en Europa, o en cualquier otro escenario, desde el prisma del Derecho Constitucional y la teoría de la democracia. Además, es a través de ese parámetro como se puede analizar la problemática constitucional que rodea cualquier juridificación

del principio, de ahí que hayamos utilizado el ejemplo de la enmienda de 1995 para abordar aquella. Dicha problemática es inherente al principio por dos motivos. En primer lugar, en tanto en cuanto éste es expresión hipertrofiada de los límites (neo)liberales sobre la acción política democrática, lo que ahonda en las tensiones ínsitas en nuestros sistemas políticos entre democracia y liberalismo, mayorías sociales y minorías privilegiadas, redistribución de la riqueza y mantenimiento del *statu quo*. En segundo lugar, y sobre tal constatación, por la falta de concreción y apertura misma del principio, que lo hace en ocasiones excesivamente dependiente del albur político de turno y pone en entredicho tanto su normatividad como su jurisdiccionalidad. En este sentido, el problema de la ejecutoriedad judicial de la estabilidad presupuestaria desde la jurisdicción constitucional es especialmente proceloso, pues en él afloran las tensiones descritas pero, además, lo hacen en una sede abiertamente contra-mayoritaria y de difícil legitimación para tomar las decisiones que el cumplimiento forzoso de la BBR le exigiría. Este cumplimiento, pues, supone un reto para la esencia misma de la justicia y de la democracia constitucionales.

Segunda parte

Capítulo I

1º.: Una vez analizados los fundamentos de la institucionalización de la estabilidad presupuestaria o, al menos, el parámetro teórico que nos sirve como referencia para estudiarla, hemos comenzado a abordar su inserción en la Unión Europea. La Unión Económica y Monetaria (UEM), con sus débiles antecedentes y respaldos jurídicos, expresa en su formulación y articulación una gran contradicción, a saber: la que se da entre una Unión Monetaria plena, basada en principios federales y realizada mediante una integración positiva altamente concentrada en el BCE; y, por otra parte, una Unión Económica que no es tal y que, desde el inicio, ha avanzado tímidamente sobre mecanismos de coordinación y cooperación entre Estados, pero sin la fuerza vinculante de una unión presupuestaria y fiscal común. Esa contradicción, que desvela además posturas políticas y académicas enfrentadas, se ha salvado en los años recientes al calor de la crisis económica mediante el avance cualitativo en el refuerzo de la unión presupuestaria, pero bajo la presidencia y omnipresencia del principio de estabilidad presupuestaria.

2º.: La antigua *balanced budget rule* norteamericana ha sido el elemento vertebrador de la “Unión” Económica y el agente habilitador para la existencia de lo que aquí hemos denominado como *tríada de mecanismos*. Éstos vienen constituidos por tres instrumentos principales de disciplina presupuestaria que imponen, desde su verticalidad comunitaria, la concepción neoliberal del Estado ya estudiada con el ordoliberalismo y la Economía constitucional. En primer lugar, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) y su Procedimiento por Déficit Excesivo (PDE), nacido sobre el suelo de Maastricht y sus criterios de convergencia, estableció una débil y excesivamente flexible regla de estabilidad que era fácilmente evadible y apenas coercible por el Derecho de la Unión, algo que se comprobó con los reiterados incumplimientos de Francia y Alemania y, sobre todo, con la reforma del propio Pacto para hacerlo menos estricto. No obstante, la respuesta europea a la crisis financiera internacional y a la consiguiente crisis de deuda pública que azotó al viejo continente desde su flanco griego, ha venido a reformar el PEC y a reforzarlo ostensiblemente. El *six* y el *two pack* son dos paquetes de medidas de derecho derivado que han introducido novedades en el contexto del Pacto como el Procedimiento por Desequilibrios Macroeconómicos (PDM), el Semestre Europeo (SE), o la regla de la mayoría inversa cualificada, que potencian las posibilidades de coerción final hasta acercarla a cierta automaticidad, y el papel de la Comisión Europea, ahora esencial. La estabilidad presupuestaria sale reforzada, sobre todo para los países integrantes del Euro y de la última fase de la UEM, aunque lo haga a costa de una confusión normativa y un solapamiento institucional evidentes.

Capítulo II

1º.: El segundo gran instrumento de la tríada es el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), que en vez de haber sido una creación interna del Derecho de la Unión, ya fuese el originario ya el derivado, constituye por el contrario un artefacto de difícil encaje jurídico. Su misma naturaleza, al ser una organización internacional ajena y diferente a la UE, nos ilustra su pretensión de *huida* del marco de ésta. Hemos denominado como *huida*, en tal sentido, a todos los procesos que, sorteando los límites de efectos constitucionales que atan al poder político a una serie de garantías y procedimientos democráticos, crean nuevas esferas de decisión y de normatividad en un exterior en buena medida ajurídico. El MEDE es, de este modo, uno de los principales exponentes de dicho fenómeno, en tanto su creación podría haberse dado en el marco del derecho originario de la Unión y

no en la instauración de una organización que, circunvalándola, establece y crea nuevas funciones para las instituciones comunitarias. Es verdad que se produjo una modificación del derecho originario para poder dotarle de cierta cobertura jurídica, pero como vimos, esta modificación se perfeccionó en un momento posterior al de la entrada en vigor de propio MEDE, y no dejaría de ser, en todo caso, una especie de parapeto jurídico en el que poder asentar una huida que, utilizando el derecho internacional, no perdería tal naturaleza. El Mecanismo actúa siempre que un Estado de la Eurozona necesite asistencia financiera, la cual se canaliza a través de un Memorandum de Entendimiento (MoU), firmado y negociado entre tal Estado y la Comisión Europea en nombre y representación del MEDE. Estos MoU tienen por misión imponer una estricta condicionalidad al Estado “rescatado”, entre cuyas características o mandatos sobresale destacadamente la estabilidad presupuestaria.

2º.: Frente a este proceso de huida, que ya era correlato de otros anteriores pero incompletos, se han presentado numerosas resistencias comunitarias y constitucionales por parte tanto del TJUE como de las jurisdicciones estatales encargadas del control de constitucionalidad de las leyes. Resistencias que encuentran como punto de referencia negativo la doctrina asentada en la Sentencia Pringle por el TJUE, en el que éste ha bendecido explícitamente los procesos de huida y la encomienda de funciones y nuevas atribuciones a las instituciones de la Unión fuera, recordemos, de su propio marco jurídico. Además, en esta polémica Sentencia el Tribunal ha dejado fuera a la Carta de Derechos Fundamentales como posible parámetro para controlar los MoU sobre unas mínimas bases constitucionales. La elevación a la indisponibilidad tremolada por el ordoliberalismo y explicitada teóricamente por la Economía constitucional encuentra un acomodo perfecto, en consecuencia, en un *dictum* europeo que no sólo la consagra, sino que le otorga, además, una esfera de inmunidad única para la experiencia constitucional europea.

3º.: La estabilidad presupuestaria no es únicamente el objetivo y la meta de las actuaciones del MEDE en los MoU. Sirve también como criterio habilitante y presupuesto legitimador para la existencia misma del Mecanismo y para, consiguientemente, frenar las posibles resistencias comunitarias del TJUE o incluso las constitucionales de los Estados. La garantía de una *estricta condicionalidad*, en la que el principio aquí estudiado se inserta, es la garantía a su vez de que, primero, el MEDE no incumple el Derecho de la Unión, tanto en su cláusula de responsabilidad (“*no bail-out*”) como en la existencia

misma de una Unión Económica presidida por el PEC revisado; y, segundo, de que respeta la peculiar construcción de los contra-límites que ha elaborado el Tribunal Constitucional Alemán (TCA). En efecto, éste establece como condición *sine qua non* para la existencia del Mecanismo de rescate no sólo que el Bundestag pueda controlar en última instancia todos sus desembolsos, sino también que el propio MEDE y sus MoU reflejen una obligación de que la estabilidad presupuestaria y su condicionalidad pareja se cumplan para asegurar así, al final, la propia devolución de los préstamos y la autonomía presupuestaria del *Bund*. Es más, en algunas resistencias constitucionales analizadas, como la de Estonia, la estabilidad presupuestaria y económica se blande como criterio legitimador, en la lógica de la UEM, de la pérdida de soberanía que implica el MEDE y sus procedimientos de decisión.

4.º: La debilidad jurídica de la que adolece todo proceso de huida como el del MEDE, hace que incluso se haya necesitado una “doble huida” para poder hacer frente a alguna de sus problemáticas. Al imponer nuevos contra-límites el TCA, los Estados tuvieron que sortear las reglas mínimas del derecho internacional para crear una declaración interpretativa que, de facto, modificaba el Tratado MEDE. Esta nota se repetirá en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG), “aclarado” también mediante otra declaración informal de los Estados, lo que de nuevo nos lleva a la cuestión de la asistematicidad y la confusión institucional y normativa de los nuevos mecanismos de gobernanza económica de la Unión (o de los Estados que conforman su Eurozona...).

5.º.-La resistencia constitucional frente a los recortes impuestos por los MoU, en el marco de la estricta condicionalidad cuya piedra de toque es la estabilidad presupuestaria, ha sido en casi todos los Estados insuficiente o excesivamente tímida. Aunque en algunos, como en Letonia o Portugal, sus tribunales constitucionales han conseguido frenar determinados efectos lesivos de las exigencias de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria, el margen de discrecionalidad que estas comportan, la especial naturaleza de los MoU, los compromisos asumidos y el marco general en el que se insertan, convierten al MEDE y a tal instrumento en una correa de transmisión de la disciplina presupuestaria europea y afectación constitucional.

Capítulo III

1º.: El tercer mecanismo que completa la tríada es el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG), un nuevo tratado intergubernamental celebrado fuera del marco de la Unión Europea pero que, en vez de establecer una nueva organización como ocurría con el MEDE, recoge el compromiso de derecho internacional de garantizar la estabilidad presupuestaria. Para ello, el TECG mandata a los Estados al cumplimiento de la misma bajo el límite del 0,5% sobre el PIB e incorpora una novedad sustancial, como es la del propio mandato de que dicho límite sea constitucionalizado de forma flexible por los Estados. Con el TECG, nuevamente, estamos ante una “huida” en mayúsculas del marco constitucional (o con efectos constitucionales) de la UE, en tanto los Estados del Euro podrían haberse acogido a alguna previsión del derecho originario para complementar la estabilidad presupuestaria en el sentido del Tratado, o, incluso, podrían haber creado una cooperación reforzada a tal fin. La decisión de salirse fuera de la UE es consciente y buscada, pues así sortean las exigencias democráticas del Parlamento Europeo, del método comunitario y de los contrapesos garantistas que el proceso de integración ha comenzado a incorporar.

2º.: La previsión en el Tratado de que sus contenidos se terminen incorporando al acervo comunitario constituye un canto al viento de difícil encasillamiento jurídico, por cuanto sobre la base de un compromiso de derecho internacional, que no afecta siquiera a todos los Estados de la Unión, no puede establecerse obligación alguna para ésta. Además, la dificultad de integrar tales contenidos en el acervo es destacable, pues como la propia Comisión Europea viene a reconocer en la timidez de su propuesta de Directiva, el derecho derivado no puede tener la potencialidad suficiente como para doblegar a los poderes presupuestarios de los Estados y sus parlamentos nacionales. La efectividad del TECG seguirá, por ello, operando desde ese afuera de anormalidad jurídica en el que se sitúa y desde el que, además, proyecta sus consecuencias sobre el propio funcionamiento de la Unión, sus procedimientos e instituciones.

3º.: El primer mandato del Tratado, el de la estabilidad presupuestaria, viene a determinar el objetivo de déficit en el 0,5% del PIB, aunque la misma previsión ya se podía alcanzar en el contexto del PEC revisado tras la entrada en vigor de los dos paquetes de medidas antedichos, lo que lo hace ciertamente trivial. El segundo mandato, por el

contrario, es sin duda la previsión más destacable de todo el Tratado, no sólo por cómo pretende subvertir el sistema de fuentes de la democracia constitucional, sino también por el sinnúmero de paradojas y contradicciones que alberga en su único precepto. La clave en la dificultad de la juridificación de la estabilidad presupuestaria en Europa reside en la determinación del marco jurídico apropiado, puesto que sólo desde uno que pueda desplegar su vinculatoriedad sobre (y por encima) de los ciclos presupuestarios anuales se garantizará el objetivo propuesto. Este es el principal problema: se hace difícil que el derecho de la Unión pueda doblegar al núcleo de soberanía de los Estados que la integran en una materia, la presupuestaria, tan sensible para la autonomía política. Únicamente la constitución es capaz de hacerlo, debido tanto a su especial legitimidad como a su fuerte vinculatoriedad indisponible para el propio hacedor parlamentario de los presupuestos, motivo por lo que constituye el foco del ideario buchiano. La complicada madeja jurídico-constitucional que ha ido construyéndose en Europa, con una superposición de planos complejísima pero con una consideración última aún de que la soberanía es de los Estados (“identidad constitucional” y jurisprudencia del TCA), hace que la constitucionalización europea de la *balanced budget* no pueda encontrar fácil acomodo. Su institucionalización se hace a través del establecimiento de resultados (límites de déficit y deuda) en medio de una vinculatoriedad material compleja (PEC revisado o MEDE), pero cuando quiere llevarse al plano de lo formal los deseos de los Estados se encuentran con el dique de sus constituciones. De ahí que este segundo mandato del TCEG se dirija a ellas, pretendiendo obligar a su reforma o a que los sistemas constitucionales estatales acojan en marcos jurídicos supralegales el principio de estabilidad presupuestaria, pues sólo desde ellos ésta quedaría íntegra y formalmente consagrada. Al dirigir su intención sobre el plano constitucional-estatal, sin embargo, dicha voluntad se encuentra con la ausencia de una verdadera potencia constituyente en un instrumento de derecho internacional y, sobre todo, con el freno que sigue suponiendo el núcleo irreductible de la soberanía estatal. Por ello, lo que hemos denominado como mandato de *constitucionalización flexible*, el del art. 3.2 TCEG, intenta evadir tales dificultades aumentando la apertura del precepto, su ambigüedad y sus contradicciones, es decir, flexibilizando los medios para conseguir la supuestamente deseada estabilidad presupuestaria hasta el punto de permitir el fracaso mismo de su formalización.

4º.: Estas dificultades que se desprenden de la naturaleza del TCEG y de la *ajuricidad* de sus objetivos quedan reflejadas en la formulación de la previsión. Por un

lado, se habla del carácter *permanente* de la inclusión normativa de la estabilidad presupuestaria, cuando ello es literalmente imposible en el seno de democracias constitucionales abiertas a la reforma de su ordenamiento. Por otro, se establece como objetivo que la transposición mandatada se haga en un espacio jurídico que pueda vincular a los marcos presupuestarios estatales, permitiendo que, aunque se le prefiera, sean espacios diferentes al constitucional. Ya hemos concluido que es muy difícil que esa meta y esa virtualidad puedan darse en sedes diferentes a la constitución si lo que se pretende es juridificar de verdad la regla de oro. Sea como fuere, lo que queda claro es que en todo caso el mandato implica una modificación sustancial del ordenamiento jurídico estatal y una imposición a la autonomía parlamentaria, ya sea por su transposición constitucional *stricto sensu*, ya por la supralegal más amplia.

5°.: Este peculiar mandato de constitucionalización flexible choca con la defensa europea de la identidad constitucional como contralímite. El TECEG se somete al derecho de la Unión y proclama su compatibilidad absoluta con el mismo, pero es el propio derecho originario el que establece la obligación de respetar la identidad constitucional de los Estados miembros, cosa que parece no cumplirse con los objetivos del mandato. Asimismo, el TCA ha desarrollado una amplia (y polémica) jurisprudencia en torno a tal categoría, lo que supondría un contra-límite complementario y reforzado desde la sede estatal al que aparece en el TUE. La paradoja se encuentra aquí en que el mayor defensor del TECEG y de un cumplimiento más estricto de la estabilidad presupuestaria, que conllevaba en las fases seminales de la negociación del Tratado un mando explícito y no flexible de constitucionalización, es al mismo tiempo el mayor defensor también de la autonomía presupuestaria del Parlamento estatal. La construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional Alemán, en efecto, blinda al *Bundestag* frente a mandatos similares provenientes del marco supranacional, pero en tanto en cuanto la Ley Fundamental de Bonn ha acogido de forma destacada y previa la *balanced budget rule* el mandato del TECEG no entraría ahora en esa construcción. Muy al contrario, una previsión del derecho constitucional alemán se quiere hacer extensiva al resto de ordenamientos europeos mediante la firma de un Tratado internacional que, aun no respetando la identidad constitucional de éstos, sí intenta transmitir la propia auto-limitación constitucional alemana.

6°.: A pesar de las constitucionalizaciones de la estabilidad presupuestaria previas al TECEG, el mandato de transposición *formal* de éste ha resultado finalmente ineficaz. El

Tratado incorporaba una previsión para garantizar el cumplimiento jurisdiccional último del precepto, pero la actuación del TJUE quedaba al albur, prácticamente, de la actuación de la Comisión Europea. Ésta, en el informe que debía realizar sobre la materia, ha terminado concluyendo de forma sorprendente que todos los Estados de la Eurozona han cumplido con las previsiones del Tratado, incluidas las del mecanismo corrector, evitando mediante su *self-restraint* aumentar las tensiones ínsitas a su naturaleza y objetivos. Aunque pueda seguir proyectando cierta virtualidad, el mandato de constitucionalización flexible de la *golden rule* ha terminado siendo ahogado por las contradicciones de los nuevos mecanismos de gobernanza económica y por el proceso de huida en el que participan.

7º.: La interdependencia de mecanismos también se trasluce en el TCEG, que modifica sobre la base de un compromiso internacional de difícil jurisdiccionalidad la aplicación de la mayoría inversa cualificada para el inicio del PDE, el único estadio en el que faltaba. El Tratado modifica tangencialmente para los Estados parte el PEC revisado en un ejemplo, nuevamente, de “monstruo jurídico” o de ajuricidad paralegal que, obviando la necesidad de una mínima coherencia interna en el ordenamiento, subvierte todos los principios que lo conforman en su pretensión fugitiva de elevarse a la indisponibilidad.

8º.: Precisamente la *sui generis* naturaleza del TCEG y de sus previsiones, y las tensiones apuntadas, hace en la práctica imposible la incorporación de sus contenidos al acervo comunitario, tal y como se desea desde el propio Tratado. La propuesta de Directiva realizada por la Comisión carece de intensidad, eficacia y verdadera vinculatoriedad jurídica, poniendo de manifiesto la incoherencia misma de pretender formalizar la estabilidad presupuestaria desde el derecho derivado.

9º.: El referente analítico de los Estados Unidos y de su experiencia en la institucionalización de la estabilidad presupuestaria es el que mejor puede servir para hacer un breve estudio comparativo, como el que hemos realizado, en el que poder mostrar las deficiencias y problemáticas del principio que intenta constitucionalizarse. En especial, hemos tratado la cuestión de la ejecutoriedad judicial, que en ambos casos supone un verdadero reto para las categorías clásicas de la democracia constitucional. En Europa, y a pesar de que el papel del TJUE se circunscribe a velar por la correcta transposición del TCEG si así se lo permite la Comisión, la coercibilidad de la *golden rule* se ventila a través del PEC revisado mediante el sistema de fuertes sanciones que

incorpora o refuerza, así como del MEDE y sus MoU caso de asistencia financiera. Por su parte, la constitucionalización del principio en algunos Estados, previa o posterior al TCEG, tendrá que enfrentarse a la problemática de su control jurisdiccional cuando empiece a proyectar vinculatoriedad y efectos jurídicos, algo que afectará sobre todo a la objeción contramayoritaria de dicho control.

Tercera parte

Capítulo I

1º.: Una vez analizada la instauración del principio de estabilidad presupuestaria en Europa a través de la “tríada de mecanismos”, el objetivo de la investigación doctoral se ha centrado en esclarecer cuál es el papel que juega en el contexto de la constitución económica europea y cuáles son, por ende, sus nuevos efectos. Para ello hemos tenido que estudiar las características más relevantes de aquella y, sobre todo, las que sirven de base para que la estabilidad presupuestaria pueda operar en su incidencia más jurídico-constitucional. La construcción del mercado único se ha realizado a través del eje de la *competencia* y de las *libertades económicas fundamentales* (de bienes, servicios, capitales y trabajadores), algo que se amolda al ideario ordoliberal estudiado en la primera parte. La primacía del orden de competencia ha sido el elemento vertebrador del proceso de integración en sus primeros estadios, en lo que hemos venido en denominar como *modelo económico competitivo*, parte de cuya conceptualización hemos tomado prestada de las contribuciones de Poiars Maduro.

2º.: En la garantía, concreción y desarrollo de este modelo ha desempeñado un papel muy relevante el Tribunal de Justicia, en tanto los objetivos de largo alcance de la Unión no están dotados de los suficientes medios y competencias de realización, que han debido ser suplidos por la interpretación expansiva del TJUE. La bendición de principios como el de “reconocimiento mutuo”, esenciales hoy en la constitución económica de la integración, se ha producido en primer lugar a través del garante de Luxemburgo.

3º.: La preeminencia vertebradora del principio ordoliberal de competencia y de sus elementos inherentes ha laminado gradualmente los mecanismos de intervención del Estado en la economía. Si el Estado social de posguerra se cristalizaba constitucionalmente en el pacto Capital-Trabajo por el que el primero aceptaba

instrumentos de redistribución de la riqueza, la centralidad de la competencia y de las políticas pro-mercado tiende, por el contrario, a anular la posibilidad misma de dicha redistribución. El *modelo económico competitivo* de la Unión Europea reestablece la situación de superioridad jerárquica del Capital frente al Trabajo al no garantizar derechos sociales y neutralizar, al tiempo, los mecanismos de intervención económica del Estado social. La combinación entre libertades económicas fundamentales y centralidad del derecho de competencia como criterio articulador del mercado único sirve de amparo jurídico, además, para un *dumping* entre Estados, permanente y legalizado, que materializa los sueños del competitivismo ordoliberal de base spenceriana. Esta herencia se ve reconocida en la positivización de la fórmula de la Economía Social de Mercado en el TUE, una de las principales consecuciones teóricas del ordoliberalismo y la que mejor engloba su ideario.

4º.: La interdependencia de la tríada de nuevos mecanismos de gobernanza económica (PEC revisado, MEDE y TECG) ha creado un nuevo método de decisión en la Unión, al que hemos bautizado como *plutocrático*. Frente al método comunitario basado en la participación del Parlamento europeo y en la articulación de mayorías, y el intergubernamental, fundamentado en la unanimidad y la preeminencia de los Estados, el *método plutocrático* mezcla elementos de ambos, aunque potenciando el intergubernamentalismo respecto al comunitario, y dándole mayor poder a los Estados con una alta capacidad financiera o económica (*plutos*). Al sistema de voto del MEDE, donde la relevancia decisional se reparte en función del dinero aportado por cada país en el Mecanismo, se une la instauración de las nuevas “mayorías inversas cualificadas”, las cuales crean en verdad unas “minorías cualificadas” de veto que coinciden, exactamente, con los aquellos Estados económicamente más potentes. El cénit de este nuevo método plutocrático se alcanza en las votaciones del MEDE calificadas como urgentes, y en las que los Estados pequeños han perdido por completo su capacidad soberana de decisión, tal y como vimos al analizar el caso estonio.

5º.: Junto al modelo económico competitivo, amoldado al ideario ordoliberal, se presenta en la Unión Europea un *modelo político fragmentado* que tiene reflejo, a su vez, en las premisas teóricas de la Economía constitucional. Si por abajo la competencia y las libertades económicas laminan las potencialidades del Estado social, la fragmentación del poder político por arriba termina debilitando ésta hasta someterlo por completo a las exigencias de la competencia y de los mercados. La preferencia neoliberal por un

federalismo que rechaza un centro con capacidad legitimada de intervención en la economía es correlato del miedo a la democracia que, como vimos, subyace a las concepciones de los ordoliberales y de Buchanan. La elevación a la indisponibilidad puede encontrar así fácil acomodo en la complejidad de la urdimbre comunitaria y en la ausencia misma de un poder político que pueda, desde su legitimidad y supremacía, disponer de lo que se pretende vetar, de esa esfera de redistribución que permitía el Estado social.

6º.: La falta de una integración positiva en materia fiscal, sin unos impuestos propios y comunes a todo el mercado único, potencia el *dumping* y la competición entre ordenamientos, especialmente la tributaria, dejando maniatados a los Estados. Si la Economía constitucional defendía la constitucionalización hasta de las bases imponibles de los tributos para evitar sus bruscas subidas redistributivas, el marco de la Unión Europea, sin necesidad de acudir a tal extremo formal, consigue, empero, objetivos similares al evitar en su fragmentación tales incrementos y, por tanto, la evitación consiguiente de la sustentación material de cualquier transformación económica dirigida o tutelada por el Estado.

7º.: El principio de estabilidad presupuestaria, al aplicarse verticalmente sobre una constitución económica europea donde convergen los modelos económico competitivo y político fragmentado, y donde no hay ni se espera una integración fiscal decidida, coadyuva al competitivismo ordoliberal en la consecución de una petrificación jurídica del *statu quo* económico, el sueño de Buchanan. Desde su indisponibilidad vertebrada en la tríada de mecanismos, la institucionalización del nuevo principio impide a los Estados incurrir en déficits públicos siquiera moderados, cortándoles así la única posibilidad, tras la petrificación antedicha del poder fiscal fragmentado, de financiar cualesquiera cambios democráticos que sus mayorías sociales decidan.

Capítulo II

1º.: La constitución económica del Estado social implicaba la asunción del *conflicto* político en lo jurídico mediante la apertura de éste. El marco constitucional, en su ambigüedad y en la concurrencia de previsiones contrapuestas, garantizaba la posibilidad de una lucha heraclitiana de contrarios que no podía nunca acabar, sin embargo, en la anulación de las partes en disputa. Ni el capitalismo desnudo ni una economía puramente

socialista se permitían, pero en el amplio espacio intermedio las opciones políticas de diferente signo podían encontrar cierta virtualidad y respaldo jurídicos sobre los que poder desarrollar sus programas. La posibilidad de que lo *político* primara sobre lo *económico*, de que el Trabajo primara sobre el Capital, se asumía en el propio sistema constitucional, y esa misma posibilidad era el correlato de las tensiones ínsitas en la democracia constitucional y en su convergencia de principios democráticos y liberales. El margen de acción pluralista de la apertura de la constitución económica habilitaba la expresión democrática de preferencias distintas y de programas de progreso o transformación. Por el contrario, en la unión de modelos neoliberales descritos que se da en el corazón de la integración europea esa apertura pluralista se ha cerrado y ha quedado presidida, desde la indisponibilidad jurídica, por los principios monistas de competencia (ordoliberalismo) y estabilidad presupuestaria (Economía constitucional).

2º.: Esta sustitución del marco pluralista y democrático del Estado social por un *monismo neoliberal* petrificador presidido por la estabilidad presupuestaria, es lo que hemos denominado como *constitución económica neoliberal*, cuyas características se han desarrollado por separado para perfilar el concepto unitario en el que convergen y que aquí, en consecuencia, no vamos a reiterar. Monismo, decimos bien, que ha tenido que enfrentarse para su imposición final a las últimas resistencias comunitarias del TJUE en los casos Ledra Advertising y Florescu. En ellos Luxemburgo parece haber matizado su polémica jurisprudencia asentada en Pringle y por la cual, recordemos, vetaba la posibilidad de fiscalizar los MoU a la luz de la CDFUE. En su escaso control del proceso de huida que constituyó el MEDE el Tribunal ha incorporado algunos límites y la posibilidad, insuficiente, de acudir a su sede de forma indirecta y con escasas posibilidades de éxito, lo que nos lleva a concluir la ineficacia de dicha resistencia comunitaria y la subsiguiente victoria de un proceso de huida que eleva a la indisponibilidad la estabilidad presupuestaria. A la anulación de la parte orgánica del Estado social (los mecanismos de intervención en la economía) se une ahora la afectación negativa de su parte dogmática (los derechos sociales con posibilidad de garantía en la Carta), lo que termina por completar la crisis de esta adjetivación transformadora de los Estados europeos. El margen de libre decidibilidad política que permitía la expresión democrática del pluralismo ideológico en el corazón de la apertura del Estado social ha quedado, simplemente, cerrado.

En el lento y laborioso proceso de constitucionalización y limitación del poder político, Occidente había conseguido moldear una frágil fórmula, la democracia constitucional, que aunaba los elementos positivos del liberalismo y de las pulsiones democráticas más transformadoras. A su vez, esta fórmula de compromiso en la tensión y en el equilibrio, reflejaba su correlato en la juridificación del pacto entre el Capital y el Trabajo que se constitucionalizó en el Estado social. Ambas categorías permitieron durante décadas, después de la Segunda Guerra Mundial, el aumento exponencial del bienestar y la calidad de vida de los países centrales del sistema-mundo capitalista, pretendiéndose con ello enterrar viejas quimeras y hacer triunfar, definitivamente, el casi legendario *gobierno de las leyes*. Sin embargo, la irrupción de un complejo movimiento y conjunto ideológico, el neoliberalismo, ha terminado por subvertir las dos consecuciones desde el seno mismo de un nuevo gobierno de las leyes desvirtuado e hipertrofiado en su anti-democraticidad. La absolutización de principios como el de estabilidad presupuestaria ha creado una nueva *constitución económica neoliberal* que es la antítesis, por su monismo, de una concepción mínima del pluralismo democrático y de las capacidades y potencialidades de transformación social que éste lleva aparejado en su expresión más prístina. El profesor Pedro de Vega ya advertía hace años de la incompatibilidad evidente entre la lógica privada del mercado y la lógica pública de la democracia, “entre la lógica del Estado que es la lógica de la política, esto es, la de los valores, y la lógica de la vida económica, que es la del cálculo y de la ganancia [...] porque en el proceso de mundialización de los mercados todo se transforma en mercancía, incluso el propio Estado y los comportamientos políticos.”⁷⁸⁷

Hoy, en medio de una Europa atemorizada por sus contradicciones y protagonista de su propia declinación en un contexto cada vez más multipolar y global, la advertencia del maestro se ha hecho realidad y, sobre todo, se ha hecho Derecho. El triunfo del elemento Liberal sobre el Democrático, del Capital sobre el Trabajo, del monismo neoliberal sobre el pluralismo democrático, de la estabilidad presupuestaria y la competencia sobre el Estado social, se ha juridificado al más alto nivel gracias a un

⁷⁸⁷ DE VEGA, P., “Mundialización y derecho constitucional”, op. cit., p. 13.

proceso de integración regional único en la historia universal y que no deberíamos dejar al albur de los intereses espurios de los mercados. Como señala Edward Megay en su estudio sobre los ordoliberales alemanes, “el liberalismo no es necesariamente pluralista”, y esa cara más amarga de su proyección teórica es la que se ha instaurado y constitucionalizado en el viejo continente.⁷⁸⁸

La tarea prioritaria para el constitucionalismo crítico y para los defensores de la democracia constitucional es hoy la lucha, dialéctica, contra la pretendida naturaleza aséptica y neutral de la nueva constitución económica, de esa nueva gubernamentalidad neoliberal cuyas trazas e intenciones holísticas supo intuir con magistral clarividencia Michel Foucault en sus lecciones del Collège de France.



Tenemos, ante todo, que amar a Europa, esta Europa sonora por la risa de Rabelais, iluminada por la sonrisa de Erasmo y el espíritu de Voltaire, donde brillan los ojos de Dante, los ojos luminosos de Shakespeare, los ojos serenos de Goethe y los ojos torturados de Dostoievski. Esta Europa en que sonrío la Gioconda, esta Europa que vio a Miguel Ángel y a David, esta Europa en que brilla el genio espontáneo de Bach a través de su geometría intelectual, en donde Hamlet busca en el pensamiento el misterio de su inacción y Fausto en la acción consuelo al vacío de su pensamiento; donde Don Juan busca en las mujeres halladas a la que nunca halló, y en donde Don Quijote, lanza en ristre, galopa para obligar a la realidad a elevarse sobre sí misma. Esta Europa donde Newton y Leibniz miden lo infinitesimal, en que las catedrales brillan, como decía Musset, arrodilladas en sus vestidos de piedra; en donde los ríos, hilos de plata, engarzan collares con las ciudades, joyas talladas en el espacio por el cincel del tiempo.

Esa Europa debe nacer y nacerá cuando los españoles digan “Nuestra Chartres”, cuando los ingleses digan “nuestra Cracovia”, cuando los italianos digan “Nuestra Copenhague”, cuando los alemanes digan “Nuestra Brujas” y retrocedan horrorizados ante la idea de volver a poner encima manos asesinas. Esta Europa vivirá y el Espíritu que dirige la Historia habrá pronunciado entonces las palabras creadoras: “Fiat Europa”, hágase Europa.

Salvador de Madariaga.

⁷⁸⁸ MEGAY, E., N., “Anti-Pluralist Liberalism: The German Neoliberals”, op. cit., p. 442.

Conclusiones: versión en inglés

Conclusions: english version

CONCLUSIONS

Norberto Bobbio, with his dialectic mastery, defines the constitutional democracy from the perspective of a gradual process of legalization and legal control of power, of constitutionalization of its limits and possibilities¹. The main conclusion of this thesis is, precisely, that this objective of that theoretical formula has today been annulled in Europe by the institutionalization of a *neoliberal economic constitution* in which the balanced budget (or budgetary stability) works and acts as a ruling criterion and a straitjacket. The broad framework of European integration and the instruments that go with it, some of them partly unrelated to it but dependent on it, has served as a legal safeguard to consolidate an escape from the traditional democratic and constitutional scenario in which petrify the ideology and the goals of neoliberalism. The rise to the unavailability of budgetary stability returns to the heart of the constitutional orders converted into a legal mandate and deploys in them, with the potential of their pre-eminence, devastating effects for the most transformative possibilities of the social State and its rights. Requejo Pagés could not say it better:

The secular commitment of the constitutionalist movement, the limitation of power in the service of Liberty, today has its main challenge in the escape of the will to dominate formalization processes unavailable by the Constitution and from which it returns to the Order transformed into a will practically invulnerable. The key to defence must begin with the cause that explains this phenomenon.⁷⁸⁹

The current challenge for democratic constitutionalism, that is the recovery of *the political* against the juridification of neoliberal principles, is now huge. Critical constitutionalism must constantly reveal, furthermore, that behind that appearance of aseptic neutrality of the juridification process, elements and interests of a political nature that are intimately connected with a specific neoliberal ideology also lie behind.

⁷⁸⁹ BOBBIO, N., *Teoría general de la política*, op. cit., p. 165.

²REQUEJO PAGÉS, J. L., “El triunfo del constitucionalismo y la crisis de la normatividad”, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 6, 2010, p. 198.

We begin this thesis with Foucault and, with him, we already noticed it, we finished it. The intuition that he had in his *Birth of biopolitics*, that of considering neoliberalism as a new governmentality that encompassed a theory of State, power, law and society, different and holistically articulated, was not only premonitory, but accurate. The European Union and the new mechanisms of economic governance that have been consolidated in its interior respond to this broad Foucaultian intuitive neoliberal paradigm, in which not only the social State and its rights are at stake, but also the inherent virtualities of constitutional democracy, the pluralism that shelters (it sheltered), the possibilities of transformation and redistribution that makes possible (it made possible) and the autonomy of the politically, democratically founded, that in it is given (it was given). But, as Requejo Pagés said, the key to the defence of constitutional democracy must go through the a priori understanding of its crises and its intended overcoming, an objective that we hope to have achieved in the present doctoral research, whose most relevant theoretical-constitutional achievements we now go on to summarize chapter by chapter.

First part

Chapter I

1st: To understand the virtuality of the principle of balanced budget and its theoretical trajectory, we have to start from the Copernican turn that neoliberalism adopts in terms of the nineteenth-century and liberal vision of the State. The classical liberalism of the nineteenth century, although a being a bearer of moral positions close to republicanism but now forgotten, was unable to articulate a holistic pre-design of the legal framework in which it was developed. Starting from the preconceived idea of the naturalness of the free market, and levered by an economic system that at that time corresponded with its claims, the liberal authors are gradually responding, through social reformism, to the new demands derived from the negative externalities of capitalism industrial. The conversion of the liberal movement to this reformism, illustrated in Stuart Mill's own theoretical trajectory, leaves little room for *a laissez faire stricto sensu* whose supporters were always minority (Manchesterian liberalism) and which will work, in this sense, more as an hypothesis of imputation comparative than as a true model with real possibilities of execution. Its recovery as a banner by finiseculars thinkers as Spencer will

evidence the consolidation of the state expansion in the economy, protected by social reformist transition, and will be the theoretical trigger for the neoliberal movement.

2nd: The indicated absence of a pre-design of the State and the legal framework for the survival and guarantee of the free market and its structuring elements, will be the denunciation from which neoliberalism articulates its first speeches and notes within the great liberal family. Born in the interwar period (Colloquium Lippmann) and developed after the World War, neoliberalism will artificially impute to the excessive *laissez faire* of the classical liberalism (false excess) the causes that allowed the expansion without brakes of the State. At the same time, and this time with better tact, they will blame the liberal absence of a complete vision of the State and its relevance, which would have allowed the public apparatus to increase and be directed from budgets contrary to the free market. That is why the neoliberals severely break the barrier between economics and law, between socio-economic reality and the State, to develop a holistic theory of these fields from the awareness of the importance of the legal framework in the success and survival of a free competition economy, something about which Foucault will have a special impact on his seminal intuition. If the classical liberals looked at the alleged natural laws of the economy and forgot to pre-design the state economic constitution believing that those were beyond the reach of it, the neoliberals will do the opposite: they will direct their eyes and concerns to the state economic constitution, to the set of normative and institutional provisions that regulate the economic phenomenon, to try to guarantee to the maximum the permanence and immutability of the free market and the principles that they believe to be inherent. The German ordoliberalism will be the ones who, first and foremost, will develop that Copernican turn towards the State, now considered a necessary code of economic circulation without which it cannot even occur, thereby rejecting, and openly, the whims of *laissez faire*. The key is, then, in the control and design of that code of circulation, that is to say, of the set of juridical apriorisms that occur in the context of a constitutional democracy and that they denominate as *constituent principles*.

3rd: Among such apriorisms, the German ordoliberalism, with experience in the post-war Western German government and with particular theoretical developments, will emphasize the need to legally guarantee, the order of competition between economic factors. The so-called ordering policies will be based on a criterion of "market

conformity" (*Marktkonform*), in which the absolute priority is the establishment of a functional framework for "healthy" competition (competitiveness) against excessive expansions of the State or the oligopolistic tendencies. The Social Market Economy (ESM in Spanish), in which social adjectives are subordinated at all times to the mercantilist functionality of the ordoliberal pretensions, will constitute the political and academic formula that encompasses the whole of the German neoliberal ideology. The concerns of a humanist root of some of its exponents around the excesses of social atomization that contemporary capitalism implies, will soon be relegated to the great ordoliberal achievement, that is elaborating for the first time in liberalism a global theory of the *legal framework*, in order to establish and protect an specific economic model.

4th: The aprioristic consideration of principles that should be garrisoned in a superior unit, in which all possible political pluralism converges, makes the ordoliberal ideology tributary to the fear of democracy that emerges from nineteenth-century elitist liberalism, and inbudgetary stability. This will be one of the most pristine achievements of the neoliberal struggle for the *rise to unavailability* for areas of difficult democratic change; of the elements that, it is believed, must always remain outside the reach of the alternating majorities in power. The ordoliberal substratum, perfected by the constitutional economy and then materialized in the European Union, thus breathes undemocratic theoretical subsoil in which there is an excessive hypertrophy of the liberal passion for limits and restrictions. The theoretical turn towards the State that the ordoliberals defend and develop is indispensable, in their knowledge, to understand the European economic constitution and the potentiality of the principle of balanced budget that now operates on the same.

Chapter II

1st: This turn towards the State is completed and redirected by the turn towards the constitution that incorporates the constitutional Economy. Led by Nobel Prize winner James Buchanan, it will be the first academic movement to theorize *in extenso* about the alleged need to constitutionalize balanced budget to provide it with legal and jurisdictional defence mechanisms. Framed in the renewed debate of the seventies on the contractualism, the buchanian theory of the political power and of the State part of the consideration of this like functional and necessary for the existence of the free market and the establishment of the *status quo*, in the ordoliberal line, but concrete the location of its principles in the constitutional seat.

2nd: The turn towards the constitution of Buchanan is based on an integral theory of the State with neocontractualist bases. In these, a Hobbesian conception of society prevails, whose political-juridical expression, the State, responds to the need to guarantee security from the unanimity of the founding pact. The economic exchange relations are already given before said pact, which tends to reflect them to protect the status quo. From the pre-contractual situation, from the Buchanan forest, one can only leave democratically respecting unanimity and rejecting that the pact is founded solely on the social majorities. Freedom, for the constitutional economy, is a transcript of the accumulation of individual freedoms, so that any process of redistribution of wealth or social transformation used by alternating majorities in power will attempt against such conception. The unanimous consensus that is reflected in the constitutional pact to get out of anarchy thus becomes the best dam against possible constituent or post-constituent decisions that seek to alter the initial distribution of the economic status quo.

3rd: This contractualist model, which serves the constitutional economy as a parameter of theoretical hypothesis from which to justify the reality you want, finds its main obstacle in the articulation of the post-contractual guarantee of its peculiar conception of freedom and democracy. If from its contractualist prism it becomes relatively easy to avoid processes of redistributive rupture in the beginning, when accepting the richest certain concessions (public goods) and to assume all the necessity of the pact to get out of the violence (veil of uncertainty), this is done more complicated when the State and its mechanisms are set in motion in a democratic context. The

majorities that follow it can reflect the interests of the most disadvantaged, who now, equipped with the security of the constituted political society, can use the democratic instruments that it offers to, try to modify the correlation of economic forces when considering it unjust. In addition, the public administration of the State and the weak redistributive mechanisms that it contains, products of the initial cession of the upper classes, can be used by those majorities and by the own managers who are in charge of directing them to justify an interventionist expansion that distorts the free market. The bureaucrats of the State, in the conception of the Public Choice, are always impelled to increase their sphere of influence and power, dragging with it to an expansion without limits of the administrative intervention, which is reviled in the classical competitive formulation of Spencer and the first neo-liberals.

4th: An anthropological consideration of the human being underlies on the entire constitutional economy, which is credited with the maximization of its own benefit, even when it goes against the general interest and always acting in accordance with satisfaction of personal interest. This materialist homo economicus, which is removed from any possibility of ethical or disinterested action, is the one that must design mechanisms of the constituted powers. These must always be designed against a possible tortuous use that may be contrary to the conception of Freedom seen, for which it is necessary to tie the Leviathan (to the State and its possibilities of redistributive intervention), by means of iron chains that are projected, institutional and normatively, from the moment of the constituent unanimity in which the most benefited from the previous status quo may have the right of veto. The constitution is thus seen as a brake, as a restraint, against the redistributive interests of the social majorities and, therefore, as an unavailable sphere for them.

5th: The constituent installation of such chains is, as we say, one of the main challenges of the constitutional economy. The legal limits of constitutionalism or classic liberalism, such as the periodicity of elections or the principle of tax legality, are considered manifestly insufficient to be able to contain the redistributive anxieties of social majorities in post-constituent stages, which may imply for Liberty founded on unanimity and on the consequent respect of private property understood as *lato sensu* and *lockealy*. That is why, at the School of Virginia directed by Buchanan, new or existing mechanisms are theoretically designed or defended but now, after the application of the

PublicChoice model, they receive greater academic support and better theoretical reference points. We refer to the constitutionalization of both the fiscal power of the State (taxes) and budgetary stability as a principle that is unavailable to the majority. With them, the constituent unanimity (the unalterable status quo) takes refuge in the constitution to prevent strong tax increases on capital, on wealth, and, at the same time, an exponential increase in the expansion of the administration and its redistributive mechanisms, it cuts, through the constitutionalized golden rule, the very possibilities of financing. By converging both measures in the constitutional vertex, with its legal potential, the social State and its transforming instruments are petrified in an increasingly narrow sphere. The predominance of Capital over Labour is juridized in a priori hypertrophied limits in whose crystallization the Liberal over the Democratic element also predominates openly. Budgetary stability, the cornerstone of such an operation, thus becomes an indispensable principle for the neoliberal economic constitution in which it is prevented, from its conscious juridicity after the two described turns, any attempt of substantial alteration of the economic relations and the elements in the ideology of the free market.

6th: This neoliberal conception of the constitution and constitutionalism coincides with the ordoliberal, which in large part drinks the same way as German ordoliberals advocated the intangibility of certain principles, which should be placed in a sphere superior to the democratic and ordinarily decidable in politics. The ordoliberal inability to complete the theoretical scheme and thus establish *the rise to unavailability* in legal categories is what constitutional economy, from the other side of the Atlantic, manages to solve through an increase in interest on the constitution, the legal framework and the possibilities of implementing the above-mentioned principles in them and without which, it is understood, the minimum conditions that define a free market economy and competition cannot be developed.

7th: The constitutionalization of budgetary stability is not, however, an invention of the constitutional economy or Buchanan's. The historical experience of the subfederal units of the United States offers us a comparative framework of almost two hundred years of life, in which we can study its route and its materialization. The response to the negative economic situation of the thirties of the nineteenth century and the bankruptcy of the States, in the middle of a gradual process of federalization and problematic consolidation of the North American Union, will cause the so-called *balancedbudget rule*,

even with its casuistic differences, is becoming a reality in virtually all of the United States except, curiously, at the federal level. The unique evolution of the US central power experienced an exponential growth from the beginning of the previous century that, with the *New Deal*, will create the bases of a *sui generis* social State. As concerns about the fiscal expansion of the state now began to focus on Washington, reform initiatives of the federal Constitution began to happen, and more in the seventies in the heat of *RevoltTax* and the rise of neoliberal ideas, including those of the constitutional economy. However, the complexity of the constitutional articulation of powers, the fragmentation of these and the political games that take place in the stormy North American context, have constantly failed all the amendment projects; although one of them, the one of 1995, constitutes the most advanced example, complete and close to the final success. The theoretical program of the Constitutional Economy what it does is to incorporate into its baggage the rich state experience in the matter of budgetary stability, exploring the academic and juridical-constitutional justifications of this and protecting it in a new, holistic model of explanation of the State and of Social relations. The pretense of curbing the possibilities of democratic transformation from the Constitution and the Law is novel and, sifted by the neoliberal ideology, it becomes the first objective of budget stability now theoretically incardinated in such goal.

8th: The experience of the states of the USA and the theoretical-juridical framework of the Constitutional Economy provide us, from the relevance of the change introduced in the liberalism by the German ordoliberals, the indispensable parameter to study the budgetary stability in Europe, or in any other scenario, from the prism of Constitutional Law and the theory of democracy. In addition, it is through this parameter that we can analyze the constitutional problematic that surrounds any juridification of the principle, hence we have used the example of the 1995 amendment to address that one. This problem is inherent in the principle for two reasons. In the first place, insofar as this is a hypertrophied expression of the (neo) liberal limits on democratic political action, what deepens the tensions within our political systems between democracy and liberalism, social majorities and privileged minorities, redistribution of the wealth and maintenance of the *statu quo*. Secondly, due to the lack of specificity and openness of the principle itself, which sometimes makes it excessively dependent on the political turmoil of the moment and puts into question both its normativity and its jurisdictionality. In that

regard, the problem of the judicial enforceability of budgetary stability from the constitutional jurisdiction is especially stormy, since the tensions described above emerge, but also in an openly counter-majority and difficult to legitimize decisions that the forced fulfilment of the BBR would require it. This fulfilment poses a challenge to the very essence of constitutional justice and democracy.

Second part

Chapter I

1st: Once analyzed the foundations of the institutionalization of budgetary stability or, at least, the theoretical parameter that serves as a reference to study it, we have begun to address its insertion in the European Union. The Economic and Monetary Union (EMU), with its weak legal background and backing, expresses in its formulation and articulation a great contradiction, namely: that which occurs between a full Monetary Union, based on federal principles and realized through a positive integration highly concentrated in the ECB; and, on the other hand, an Economic Union that is not such and that, from the beginning, has timidly advanced on mechanisms of coordination and cooperation between States, but without the binding force of a common budgetary and fiscal union. This contradiction, which also reveals conflicting political and academic positions, has been saved in the recent years in the heat of the economic crisis through the qualitative advance in the strengthening of the budget union, but under the presidency and omnipresence of the principle of budgetary stability.

2nd: The old North American *balanced budget rule* has been the backbone of the Economic "Union" and the enabling agent for the existence of what we have termed here as a *triad of mechanisms*. These come constituted by three main instruments of budgetary discipline that impose the neoliberal conception of the State already studied with the ordoliberalism and the constitutional Economy. First, the Stability and Growth Pact (PEC in Spanish) and its Excessive Deficit Procedure (PDE), born on the Maastricht ground and its convergence criteria, established a weak and excessively flexible stability rule that was easily evaded and hardly coercible by Union Law, something that was proven by the

repeated breaches of France and Germany and, above all, with the reform of the Covenant itself to make it less strict. However, the European response to the international financial crisis and the ensuing public debt crisis that hit the old continent from its Greek flank has come to reform the SGP and to reinforce it ostensibly. The six and the two pack are two packages of derivative law measures that have introduced new developments in the context of the Pact such as the Macroeconomic Imbalance Procedure (PDM, in Spanish), the European Semester (SE in Spanish), or the qualified inverse majority rule, which they enhance the possibilities of final coercion to bring it closer to a certain automaticity, and the role of the European Commission, now essential. Budgetary stability is reinforced, especially for the member countries of the Euro and the last phase of the EMU, although it does so at the cost of evident regulatory confusion and institutional overlapping.

Chapter II

1st: The second major instrument of the triad is the European Stability Mechanism (ESM and MEDE, in Spanish), which instead of being an internal creation of Union Law, whether the original and the derivative, is on the contrary an artefact with difficult legal fit . Its very nature, being an international organization different from the EU, illustrates its pretence of *fescape* from its framework. We have designated as escape, in this sense, all the processes that, avoiding the limits of constitutional effects that bind the political power to a series of democratic guarantees and procedures, create new spheres of decision and of normativity in a largely non juridical exterior. The ESM is, in this way, one of the main exponents of this phenomenon, since its creation could have taken place within the framework of the original right of the Union and not in the establishment of an organization that, by circumventing it, establishes and creates new functions for the community institutions. It is true that there was a modification of the original right to be able to provide it with certain legal coverage, but as we saw, this modification was perfected at a later time than the entry into force of the ESM itself, and would not cease to be, in any case, a kind of legal parapet in which to settle a escape that, using international law, would not lose such a nature. The Mechanism acts whenever a State of the Eurozone needs financial assistance, which is channelled through a Memorandum of Understanding (MoU), signed and negotiated between that State and the European Commission on behalf of the ESM. The purpose of these MoUs is to impose a strict

conditionality on the "rescued" State, whose budgetary stability stands out among its characteristics or mandates.

2nd: Faced with this escape process, which was already a correlate of previous but incomplete ones, there have been numerous legal and constitutional resistances on the part of both the CJEU and the state jurisdictions in charge of controlling the constitutionality of laws. Resistances that find as a negative point of reference the doctrine established in the Pringle Judgment by the CJEU, in which the CJEU has explicitly blessed the processes of escape and the assignment of functions and new powers to the institutions of the Union outside, let us remember, of their own legal framework. In addition, in this controversial Judgment the Court has left out the Charter of Fundamental Rights as a possible parameter to control the MoU on a minimum constitutional basis. The rise to the unavailability of the ordoliberalism and theoretically explained by the constitutional economy finds a perfect accommodation, consequently, in a European dictum that not only consecrates it, but also grants it a sphere of immunity unique to the constitutional experience European.

3rd: Budgetary stability is not only the goal and goal of the ESM actions in the MoU. It also serves as an enabling criterion and legitimizing budget for the very existence of the Mechanism and, consequently, to curb the possible legal resistances of the CJEU or even the constitutional ones of the States. The guarantee of a strict conditionality, in which the principle studied here is inserted, is the guarantee in turn that, first, the ESM does not violate Union Law, both in its liability clause ("no bail-out") As in the very existence of an Economic Union chaired by the revised PEC; and, second, that it respects the peculiar construction of the counter-limits that the German Constitutional Court (TCA, in Spanish) has drawn up. Indeed, it establishes as a sine qua non condition for the existence of the rescue mechanism not only that the Bundestag can ultimately control all its disbursements, but also that the ESM itself and its MoUs reflect an obligation that budgetary stability and its conditionality of the couple is met to ensure, in the end, the repayment of the loans and the budgetary autonomy of the Bund. Moreover, in some constitutional resistances analyzed, such as that of Estonia, budgetary and economic stability is waived as a legitimizing criterion, in the logic of the EMU, of the loss of sovereignty implied by the ESM and its decision-making procedures.

4th: The legal weakness of the one that suffers from any escape process like that of the ESM, makes it even needed a "double escape" to be able to face any of its problems.

By imposing new counter-limits on the ATT, States had to circumvent the minimum rules of international law to create an interpretative declaration that, de facto, modified the ESM Treaty. This note will be repeated in the Treaty of Stability, Coordination and Governance (TSCG), "clarified" also by another informal declaration of the States, which again leads us to the issue of asystematicity and the institutional and normative confusion of the new Mechanisms of economic governance of the Union (or of the States that make up its Eurozone ...).

5th: The constitutional resistance against the cuts imposed by the MoU, within the framework of the strict conditionality whose cornerstone is budgetary stability, has been in almost all the States insufficient or excessively timid. Although in some, such as in Latvia or Portugal, its constitutional courts have managed to stop certain harmful effects of the demands of financial sustainability and budgetary stability, the margin of discretion they entail, the special nature of the MoU, the commitments assumed and the framework where they are inserted, make the ESM and such an instrument a transmission belt of European budgetary discipline and constitutional effect.

Chapter III

1st: The third mechanism that completes the triad is the Treaty of Stability, Coordination and Governance (TSCG), a new intergovernmental treaty held outside the framework of the European Union but which, instead of establishing a new organization as it did with the ESM, includes the commitment of international law to guarantee budgetary stability. For this, the TSCG mandates states to comply with it under the limit of 0.5% of GDP and incorporates a substantial novelty, such as the mandate itself that the limit is constitutionally flexible by the States. With the TSCG, once again, we are facing an "escape" in capital letters from the constitutional framework (or with constitutional effects) of the EU, as long as the Euro States could have accepted some provision of the original right to complement budgetary stability in the sense of the Treaty, or even could have created enhanced cooperation to that end. The decision to leave the EU is conscious and sought after, because this way they circumvent the democratic demands of the European Parliament, the community method and the guarantee balances that the integration process has begun to incorporate.

2nd: The provision in the Treaty that its contents end up being incorporated into the *acquis communautaire* constitutes a song to the wind of difficult legal pigeonholing, since on the basis of a commitment of international law, which does not affect even all the States of the Union, no obligation can be established for it. In addition, the difficulty of integrating such content in the *acquis* is remarkable, because as the European Commission itself recognizes in the timidity of its proposal for a Directive, the derived right cannot have the potentiality sufficient to overcome the budgetary powers of the States and their national parliaments. The effectiveness of the TSCG will continue, therefore, operating from outside the legal abnormality in which it is situated and from which, in addition, it projects its consequences on the functioning of the Union, its procedures and institutions.

3rd: The first mandate of the Treaty, that of budgetary stability, determines the deficit target at 0.5% of GDP, although the same forecast could already be achieved in the context of the revised SGP after the entry into force of the two packages of measures above, which certainly makes it trivial. The second mandate, on the contrary, is undoubtedly the most remarkable prediction of the whole Treaty, not only because of how it intends to subvert the system of sources of constitutional democracy, but also because of the countless paradoxes and contradictions it contains in its sole precept. The key to the difficulty of the juridification of budgetary stability in Europe lies in the determination of the appropriate legal framework, since only one that can deploy its binding on (and above) the annual budget cycles will guarantee the proposed objective. This is the main problem: it is difficult for the right of the Union to bend the nucleus of sovereignty of the States that integrate it into a matter, budgetary, so sensitive for political autonomy. Only the constitution is capable of doing so, due both to its special legitimacy and to its strong binding that is unavailable to the parliamentary doer of budgets, which is why it is the focus of the Buchanan ideology. Its institutionalization is done through the establishment of results (limits of deficit and debt) in the midst of a complex material linkage (revised PEC or ESM), but when it wants to take to the formal level the wishes of the States are with the dike of their constitutions. That is why this second mandate of the TSCG is addressed to them, trying to force their reform or that state constitutional systems accept in supralegal legal frameworks the principle of budgetary stability, since only from them it would be fully and formally consecrated. In directing its intention on the constitutional-state plane, however, this will is met with the absence of a true constituent power in an instrument of international law and, above all, with the brake that continues to suppose

the irreducible nucleus of sovereignty state. Therefore, what we have called as flexible constitutionalization mandate, that of art. 3.2 of the TSCG, tries to avoid such difficulties by increasing the openness of the precept, its ambiguity and its contradictions, that is, by making the means to achieve the supposedly desired budgetary stability flexible to the point of allowing the very failure of its formalization.

4th: These difficulties that arise from the nature of the TSCG and the a legality of its objectives are reflected in the formulation of the forecast. On the one hand, there is talk of the permanent nature of the normative inclusion of budgetary stability, when this is literally impossible within constitutional democracies open to the reform of its order. On the other hand, the objective is that the mandated transposition be made in a legal space that can be linked to the state budgetary frameworks, allowing that, although it is preferred, they are spaces different from the constitutional one. We have already concluded that it is very difficult for that goal and this virtuality to occur in different venues to the constitution if what is intended is to really juridify the golden rule. Be that as it may, what is clear is that in any case the mandate implies a substantial modification of the state legal order and an imposition to the parliamentary autonomy, either by its constitutional transposition *stricto sensu*, or by the supralegal one.

5th: This peculiar mandate of flexible constitutionalization clashes with the European defence of constitutional identity as a counter-limit. The TSCG submits itself to the Union's law and proclaims its absolute compatibility with it, but it is the original right itself that establishes the obligation to respect the constitutional identity of the member states, something that does not seem to comply with the objectives of the mandate. Likewise, the TCA has developed a broad (and controversial) jurisprudence around this category, which would imply a complementary and reinforced counter-limit from the state headquarters to which it appears in the TEU. The paradox is found here in that the greater defender of the TSCG and of a more strict fulfilment of the budgetary stability that entailed in the seminal phases of the negotiation of the Treaty an explicit command and not flexible of constitutionalization, is at the same time the greater defender also of the budgetary autonomy of the state Parliament. The jurisprudential construction of the German Constitutional Court, in effect, shields the Bundestag against similar mandates coming from the supranational framework, but insofar as Bonn's Fundamental Law has received the *balanced budget* rule prominently and previously, the TSCG mandate would not enter now in that construction. On the contrary, a prediction of German constitutional

law is intended to be extended to the rest of the European legal systems by signing an international treaty that, although not respecting the constitutional identity of these, does attempt to transmit its own German constitutional self-limitation..

6th: In spite of the constitutionalizations of budgetary stability prior to the TSCG, the mandate of formal transposition of the latter has finally proved ineffective. The Treaty incorporated a provision to guarantee the ultimate jurisdictional compliance with the precept, but the CJEU's actions were practically against the action of the European Commission. Although it may continue to project certain virtuality, the mandate of flexible constitutionalization of the golden rule has ended up being choked by the contradictions of the new mechanisms of economic governance and by the escape process in which they participate.

7th: The interdependence of mechanisms is also reflected in the TSCG, which modifies on the basis of an international commitment of difficult jurisdictionality the application of the qualified inverse majority for the beginning of the PDE, the only stage in which it was lacking. The Treaty modifies tangentially for the States Parties the revised PEC in an example, again, of "legal monster" or of paralegal alegality al that, obviating the necessity of a minimum internal coherence in the ordering, subverts all the principles that conform it in its pretension fugitive from rising to unavailability.

8th: Precisely the *sui generis* nature of the TSCG and its forecasts, and the tensions pointed out, makes it impossible in practice to incorporate its contents into the Community, as desired by the Treaty itself. The proposal for a Directive made by the Commission lacks of intensity, effectiveness and true legal binding, highlighting the very incoherence of seeking to formalize budget stability from secondary legislation.

9th: The analytical reference of the United States and its experience in the institutionalization of budgetary stability is what can best serve to make a brief comparative study, like the one we have done, in which we can show the deficiencies and problems of the principle that tries constitutionalize. In particular, we have dealt with the issue of judicial enforcement, which in both cases represents a real challenge for the classic categories of constitutional democracy. In Europe, and despite the fact that the role of the CJEU is limited to ensuring the correct transposition of the TSCG if the Commission so allows, the coercibility of the golden rule is aired through the revised PEC through the system of strong sanctions that it incorporates. or reinforces, as well as the

ESM and its MoU financial assistance case. For its part, the constitutionalization of the principle in some States, prior or subsequent to the TSCG, will have to face the problem of its jurisdictional control when it begins to project linkage and legal effects, something that will affect above all the counter majority objection of such control.

Third part

Chapter I

1st: Once the introduction of the principle of budgetary stability in Europe through the "triad of mechanisms" has been analyzed, the aim of the doctoral research has been to clarify the role it plays in the context of the European economic constitution and which ones are, therefore, its new effects. For this, we had studied the most relevant characteristics of that and, above all, those that serve as a basis for budgetary stability to operate in its most legal-constitutional impact. The construction of the single market has been carried out through the axis of competition and *fundamental economic freedoms* (of goods, services, capital and workers), something that conforms to the ordoliberal ideology studied in the first part. The primacy of the competition order has been the backbone of the integration process in its first stages, in what we have come to call a *competitive economic model*, part of whose conceptualization we have borrowed from the contributions of Poiares Maduro.

2nd: In the guarantee, specification and development of this model, the Court of Justice has played a very important role, while the long-range objectives of the Union are not endowed with sufficient means and powers of execution, which have had to be met by the expansive interpretation of the CJEU. The blessing of principles such as "mutual recognition", essential today in the economic constitution of integration, has taken place in the first place through the guarantor of Luxembourg.

3rd: The vertebrating pre-eminence of the ordoliberal principle of competition and its inherent elements has gradually rolled out the mechanisms of state intervention in the economy. If the post-war social state constitutionally crystallized in the Labour-Capital pact by which the former accepted instruments of redistribution of wealth, the centrality of competition and pro-market policies tends, on the contrary, to nullify the possibility same of said redistribution. The competitive economic model of the European Union

reestablishes the situation of hierarchical superiority of Capital over Labour by not guaranteeing social rights and neutralizing, at the same time, the mechanisms of economic intervention of the social State. The combination of fundamental economic freedoms and the centrality of competition law as an articulating criterion of the single market also serve as legal protection for a dumping between States, permanent and legalized, which materializes the dreams of Spencer's core-liberal competition. This heritage is recognized in the positivization of the formula of the Social Market Economy in the TUE, one of the main theoretical achievements of ordoliberalism and the one that best encompasses its ideology.

4th: The interdependence of the triad of new mechanisms of economic governance has created a new method of decision in the Union, which we have baptized as plutocratic. Regarding the community method based on the participation of the European Parliament and the articulation of majorities, and the intergovernmental, based on unanimity and the pre-eminence of States, the plutocratic method mixes elements of both, although promoting intergovernmentalism with respect to the community, and giving greater power to the States with a high financial or economic capacity. To the voting system of the ESM, where the decisional relevance is distributed according to the money contributed by each country in the Mechanism, the establishment of the new "qualified inverse majorities" is added, which in fact create a "qualified minority" of veto which coincide, exactly, with those economically more powerful states. The zenith of this new plutocratic method is reached in the votes of the ESM qualified as urgent, and in which the small States have completely lost their sovereign decision-making capacity, as we saw when analysing the Estonian case.

5th: Together with the competitive economic model, shaped by the ordoliberal ideology, a fragmented political model is presented in the European Union that is reflected, in turn, in the theoretical premises of the constitutional economy. If, below, competition and economic freedoms laminar the potentialities of the social State, the fragmentation of political power from above ends up weakening it until it is completely submitted to the demands of competition and markets. The neoliberal preference for a federalism that rejects a centre with legitimized capacity for intervention in the economy is correlated with the fear of democracy that, as we saw, underlies the conceptions of the ordoliberals and Buchanan. The rise to unavailability can thus find easy accommodation in the complexity of the community warp and in the very absence of a political power that can,

from its legitimacy and supremacy, dispose of what is intended to be vetoed, of that sphere of redistribution that allowed The social state.

6th: The lack of a positive integration in tax matters, without own taxes and common to the entire single market, promotes dumping and competition between legal systems, especially taxation, leaving the states tied. If the constitutional economy defended the constitutionalization even of the taxable bases of the taxes to avoid its bruises redistributive increases, the framework of the European Union, without having to resort to such formal end, achieves, however, similar objectives to avoid in its fragmentation such increases and, therefore, the consequent avoidance of the material support of any economic transformation directed or supervised by the State.

7th: The principle of budgetary stability, when applied vertically on a European economic constitution where the competitive economic and fragmented political models converge, and where there is not (and is not expected) a decided fiscal integration, contributes to the ordoliberal competitiveness in the achievement of a legal petrification of the economic *status quo*, Buchanan's dream. Since its vertebrate unavailability in the triad of mechanisms, the institutionalization of the new principle prevents States from incurring moderate deficits, cutting them the only possibility, after the aforementioned petrification of the fragmented fiscal power, of financing any democratic changes that their social majorities decide.

Chapter II

1st: The economic constitution of the social State implied the assumption of the political conflict in the juridical thing by means of the opening of this one. The constitutional framework, in its ambiguity and in the concurrence of conflicting forecasts, guaranteed the possibility of a heraclitian struggle of opponents that could never end, however, in the annulment of the parties in dispute. Neither naked capitalism nor a purely socialist economy were allowed, but in the wide intermediate space the political options of different sign could find some legal virtuality and support on which to develop their programs. The possibility that the political priority over the economic, that Labour was the priority over Capital, was assumed in the system itself, and that same possibility was the correlate of the tensions within the constitutional democracy and its convergence of democratic principles and liberals. The pluralist scope for the opening of the economic

constitution enabled the democratic expression of different preferences and programs of progress or transformation. On the contrary, in the union of neoliberal models described at the heart of European integration, this pluralist opening has been closed and has been presided over, from the legal unavailability, by the monistic principles of competition (ordoliberalism) and budgetary stability (Constitutional economy).

2nd: This substitution of the pluralist and democratic framework of the social State by a *neoliberal-petrifying monism* chaired by the budgetary stability, is what we have called the *neoliberal economic constitution*, whose characteristics have been developed separately to outline the unitary concept in which they converge and that here, consequently, we will not reiterate. Monismo, we say well, that has had to face for its final imposition to the last legal resistance of the CJEU in the *LedraAdvertising* and *Florescu* cases. In them, Luxembourg seems to have qualified his controversial jurisprudence based in *Pringle* and for which, let us remember, it was able to veto the possibility of monitoring the MoU in the light of the CDFUE. In its limited control of the escape process that constituted the ESM, the Court has incorporated some limits and the possibility to go to its headquarters indirectly and with little chance of success, which leads us to conclude the inefficiency of resistance and the subsequent victory of an escape process that increases budgetary stability to unavailability. To the annulment of the organic part of the social State (the mechanisms of intervention in the economy) is now joined the negative impact of its dogmatic part (social rights with the possibility of guarantee in the Charter), which ends up completing the crisis of this transforming adjective of the European States. The margin of free political decision-making that allowed the democratic expression of ideological pluralism at the heart of the opening of the social State has simply been closed.

In the slow and laborious process of constitutionalization and limitation of political power, the West had managed to shape a fragile formula, constitutional democracy, which combined the positive elements of liberalism and the most transformative democratic impulses. In turn, this formula of commitment in tension and balance reflected its correlation in the juridification of the pact between Capital and Labour that was constitutionalized in the social State. Both categories allowed for

decades, after the Second World War, the exponential increase in well being and quality of life of the central countries of the capitalist world-system, pretending to bury old chimeras and finally triumph the almost legendary government of laws. However, the irruption of a complex movement and ideological clutter, neoliberalism, has ended by subverting the two consecutions from the very heart of a new government of the laws that have been privatized and hypertrophied in its anti-democratic nature. The absolutization of principles such as budgetary stability has created a new neoliberal economic constitution that is the antithesis, due to its monism, of a minimal conception of democratic pluralism and of the capacities and potentialities of social transformation that it entails in its most pristine expression. Professor Pedro de Vega already warned years ago of the evident incompatibility between the private logic of the market and the public logic of democracy, "between the logic of the State which is the logic of politics, that is, that of values, and the logic of economic life, which is that of calculation and profit [...] because in the process of globalization of markets everything becomes a commodity, including the State itself and political behaviour."⁷⁹⁰

Today, in the midst of a Europe that is frightened by its contradictions and the protagonist of its own decline in an increasingly multipolar and global context, the teacher's warning has come true and, above all, it has become Law. The triumph of the Liberal element over the Democratic, of the Capital over the Labour, of the neoliberal monism over the democratic pluralism, of the budgetary stability and the competition over the social State, has been juridified at the highest level thanks to a unique regional integration process in universal history and that we should not let the spurious interests of the markets leave us. As Edward Megay points out in his study of German ordoliberalism, "liberalism is not necessarily pluralistic", and that most bitter face of its theoretical projection is that which has been established and constitutionalized in the old continent.⁷⁹¹

The priority task for critical constitutionalism and for the defenders of constitutional democracy is today the struggle, dialectic, against the alleged aseptic and neutral nature of the new economic constitution, of this new neoliberal governmentality whose traces and holistic intentions knew intuitively with magisterial clairvoyance Michel Foucault in his lessons at the Collège de France.

⁷⁹⁰ DE VEGA, P., "Mundialización y derecho constitucional", op. cit., p. 13.

⁷⁹¹ MEGAY, E., N., "Anti-Pluralist Liberalism: The German Neoliberals", op. cit., p. 442.

BIBLIOGRAFÍA⁷⁹²

PRIMERA PARTE

ACKERMAN, B., *La Justicia Social en el Estado Liberal*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ACKERMAN, B., *We the People: Foundations*, Cambridge University Press, 1991.

ANDRES BOEHMLER, A. *El ideal cultural del liberalismo: la filosofía política del ordo-liberalismo*, Madrid: Unión Editorial, 1998.

ATKINSON, A. B., (1987). “James M. Buchanan’s contributions to economics”, *Scandinavian Journal of Economics*, 89 (1), 1987.

BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Madrid: Tecnos, 1985.

BAYÓN MOHÍNO, J. C., “¿Democracia más allá del Estado?”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del Derecho*, nº 28, 2008, pp. 27-52.

BAYOUMI T. y EICHENGREEN, B., “Restraining Yourself: The Implications of Fiscal Rules for Economic Stabilization”, Staff Papers, *International Monetary Fund*, vol. 42, nº 1, 1995.

BERSTEIN, R. y AGEL, J., *Amending America*, Kansas: University Press of Kansas, 1995.

⁷⁹² Para la bibliografía se ha seguido el criterio de ordenar las citas por el orden de su aparición en la totalidad de la obra, por lo que la bibliografía de la primera parte tendrá más referencias que la segunda, y ésta que la tercera, ya que en las partes subsiguientes se han utilizado referencias ya indicadas y citadas con anterioridad.

BOARMAN, P. M., “Apostle of a Humane Economy: Remembering Wilhelm Röpke”, en *Humanitas*, nº 13, 2000.

BOBBIO, N., *Liberalismo y democracia*, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2000.

-*Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2009.

BÖHM, F; EUCKEN, W. y GROSSMANN-DOERTH, H., “The Ordo Manifiesto of 1936”, en PEACKOCK, A. y WILGERODT, H., (edits), *German Neoliberalism and the Social Market Economy*, London: Macmillan, 1989.

BONEFELD, W., “Adam Smith and ordoliberalism: on the political form of market Liberty”, *Review of International Studies*, 39, 2013.

- “Freedom and Strong State: On German Ordoliberalism”, *New Political Economy*, vol. 17, nº 5, 2012.

BOWEN, J. M., “Enforcing the Balanced Budget Rule”, *Seton Hall Constitution*, nº 4, 1993, p. 569.

BRENNAN, G. y BUCHANAN, J. M., *El poder fiscal. Fundamentos analíticos de una constitución fiscal*, Madrid: Unión Editorial, 1987.

BRENNETOT, A., “The geographical and ethical origins of neoliberalism: The Walter Lippmann Colloquium and the foundations of a new geopolitical order”, *Political Geography*, nº 49, 2015.

BUCHANAN J. M., “Social choice, democracy and free markets”, en *The collected works of James M. Buchanan. The logical foundations of constitutional liberty*, Indianapolis: Liberty Fund, 1954/1999.

- “The constitutionalization of the money”, *Cato Journal*, vol. 30, nº 2, 2010.

- y WAGNER, R., *Democracy in Deficit: The Political Legacy of Lord Keynes*, New York: Academic Press, 1977.

- “The machinery of freedom: guide to a radical capitalism, de David Friedman”, *Journal of Economic Literature*, 12, 1974.

- “Clarifying confusion about the Balanced Budget Amendment”, *National Tax Journal*, XLVIII, nº 3, 1995, p. 251.

- “Utopia, the Minimal State, and entitlement”, *Public Choice*, 23 (1), 1975.

- *Economía constitucional*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1993.

- *La razón de las normas*, Madrid: Unión Editorial, 1987.

- *La razón de las normas*, Madrid: Unión Editorial, 1987.

- *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, Madrid: Katz Editores, 2009.

- y TULLOCK, G., *El cálculo del consenso*, Madrid: Aranzadi, 2015.

- “Clarifying confusion about the Balanced Budget Amendment”, en *National Tax Journal*, vol. XLVIII, nº 3.

- “Notes on the liberal constitution”, *Cato Journal*, vol. 14, nº 1, 1994.

BULLEN, R. J. (edit)., *Ideas into Politics*, London: Croom Helm, 1984.

BUNCH., B. S., “The Effect of Constitutional Debt Limits on State Governments’ Use of Public Authorities”, en *Public Choice*, vol. 68, nº 1/3, 1991.

BURGIN, A., *The Great Persuasion: Reinventing Free Markets since the Depression*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012.

BUSH, W. y MAYER, L., *Some implications of anarchy for the distribution of property*, Virginia: Center for Study of Public Choice, 1973.

CAIN B. y NOLL, R., "Institutional causes of California's Budget Problem", *Stanford Institute for Economic Policy Research*, nº 10, 2010.

SALAZAR UGARTE, P., *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2007.

COCKETT, R., *Thinking the Unthinkable: Think Tanks and The Economic Counter-Revolution, 1931-83*, Londres: Fontana, 1995.

CONLAN, T., *New Federalism: intergovernmental reform from Nixon to Reagan*, Washington: Brookings Institution, 1988.

CORTINA, A., *La escuela de Frankfurt: crítica y utopía*, Madrid: Síntesis, 2008.

CRAIG, P., "Constitutions, constitutionalism and the European Union", *European Law Journal*, vol. 7, nº 2, 2001, 125-150.

CRANE BRINTON, *The Anatomy of Revolution*, Vintage, 1965, pp. 28-39.

CROCE, B., "Liberismo e Liberalismo", en *La Mia Filosofia*, Milano: Adelphi Edizioni, 1993.

CROSTHWAIT, G., "Article III: Problems in enforcing the Balanced Budget Amendment", *Columbia Law Review*, nº 83, 1983.

DAHRENDORF, R., *El nuevo liberalismo*, Madrid: Tecnos, 1982.

DAVIS L. y CULL R., “International Capital Movements and American Economic Growth 1820-1914”, en ENGERMAN, S. y GALLMAN, R., eds., *The Cambridge Economic History of the United States*, Nueva York: Cambridge University Press, 1993.

DE CABO MARTÍN, C., “Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 11, 2009.

-*Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid: Editorial Trotta, 2010.

-*Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Madrid: Editorial Trotta, 2014.

DE JOUVENEL, B., *Sobre el poder: historia natural de su crecimiento*, Madrid: Unión Editorial, 2011.

DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Tecnos, 2000.

DELLINGER, E., “The Recurring Question of the ‘Limited’ Constitutional Convention”, *Yale Law Journal*, vol. 88, nº 8, 1979.

DENORD, F., “French Neoliberalism and Its Divisions: From the Colloque Walter Lippmann to the Fifth Republic”, en MIROWSKI, P. y PLEHWE, D., *The Road from Mont Pèlerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective*, Cambridge: Harvard University Press, 2009.

DEWEY, J., *Liberalism and Social Action*, New York: Putnam, 1935.

DÍAZ, E., *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1966.

DIEFENDORF, J. M., *American policy and the reconstruction of West Germany (1945-1955)*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

DOWNS, A., *Inside bureaucracy*, Boston: Little Brown, 1967.

DUNCAN BELL, *What is Liberalism*, Political Theory, 2014.

ELLIS, J., *Founding Brothers*, Boston: Vintage Books, 2002.

ELOSEGUI ITXASO, M., “El contractualismo constitucionalista de James Buchanan”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 10, 1993.

ELSTER, J., *Ulises desatado: estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Barcelona: Gedisa, 2009.

- “Review of Schelling: Choice and Consequence”, *Journal of Economic Behavior*, nº 6, 1985.

EUCKEN, W., *Cuestiones fundamentales de la Economía Política*, Revista de Occidente, Madrid.

F. DENORD, “Aux origines du neo-liberalisme en France: Louis Rougier et le Colloque Walter Lippmann de 1938”, *Le Mouvement Social*, nº 195, 2001.

FELD, K. y KIRCHGÄSSNER, G., “On the Effectiveness of Debt Brakes: The Swiss Experience”, *Center for Research in Economics, Management and the Arts*, Working Paper, nº 21, 2006.

FIEDRICH, C., “The Political Thought of Neo-liberalism”, *American Political Science Review*, vol. 49, nº 2, junio 1955.

FOUCAULT, M., *El nacimiento de la biopolítica. Curso del Collège de France (1978-1979)*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

-*The Birth of Biopolitics: Lectures at the College de France*, Basingstoke: Palgrave, 2008.

FRANCO, G., *Da Salamanca a Friburgo: Joseph Hoffner e l'economía sociale di mercato*, Lateran University Press, 2015.

FREUND, J., *La esencia de lo político*, Madrid: Editorial Nacional, 1968.

FROBERT, L., “Conventionalism and liberalism in Jacques Rueff’s early works”, *The European Journal of the History of Economic Thought*, nº 17, 2010, pp. 439-470.

FUKUYAMA, F., *The end of History and the Last Man*, New York: The Free Press, 1992

GAMBIESCA, C., *Liberalismo triste*, Madrid: Ediciones Encuentro, 2015.

GAMBLE, A., *The Free Economy and The Strong State*, London: Merlin Press, 1979.

GANE, N., “The Emergence of Neoliberalism: Thinking Through and Beyond Michel Foucault’s Lectures on Biopolitics”, *Theory, Culture and Society*, nº 0.

GARZÓN VALDÉS, E., “Algo más acerca del coto Vedado”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, nº 6, 1989.

GELLNER, E., *Naciones y nacionalismos*, Madrid: Alianza, 2008.

GERBER, D., “Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the “New Europe”, *Chicago-Kent College of Law*, nº 42, 1992.

GEROTTO, S., *Suiza: sobre cómo se gobiernan los suizos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

GILMAN, N., *Mandarins of the Future: Modernization Theory in Cold War America*, Johns Hopkins University Press, 2003.

GOLDSCHMIDT, N., “Walter Eucken’s place in the history of ideas”, en *Review Austrian Economics*, nº 26, 2013.

- *Alfred Müller-Armack and Ludwig Erhard: Social Market Liberalism*, Friburgo: Walter Eucken Institut, 2004.

GOLDSHMIDT, N., “Walter Eucken’s place in the history of ideas”, *Austrian Economic Review*, nº 26, 2013.

GOLEMBOSKI, D., *Federalism and the Catholic Principle of Subsidiarity*, en *The Journal of Federalism*, vol. 45, 4, 2015.

GONZÁLEZ CADENAS, D., *Democracia y procesos constituyentes: un análisis jurídico-político*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

GRAY, J., *Liberalism*, Buckingham: Open University Press, 1995.

GUNNELL J., “The Archeology of American Liberalism”, *Journal of Political Ideologies*, nº 6, 2011.

-*Imagining the American Polity*, Philadelphia: Philadelphia Penn State University Press, 2004.

H. TRIBE, L., “Issues Raised by Requesting Congress to Call a Constitutional Convention to Propose a Balanced Budget Amendment”, en *Pacific Law Journal*, vol. 10, julio, 1979.

HABERMAS, J., *La constitución de Europa*, Madrid: Trotta, 2012.

HANM, D., KAMLET, M., MOEWRY, D. y TSU SU, T., “The influence of the Gramm-Rudman-Hollings Act on Federal Budgetary”, *Journal of Policy Analysis and Management*, vol. 11, nº 2, 1992, pp. 207-234.

HARVARD LAW ASSOCIATION, “The Balanced Budget Amendment: An Inquiry into Appropriateness”, *Harvard Law Review*, 96, nº 7.

HARVEY, D., *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid: Akal, 2007.

HASELBACH, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft*, Baden Baden: Nomos Verlag, 1991.

HAYECK, F., *Los fundamentos de la libertad*, Madrid: Unión Editorial, 2014.

- *Individualism and Economic Order*, Chicago: University of Chicago Press, 1948.

- *Camino de servidumbre*, Madrid: Alianza Editorial, 2011.

HECKSCHER, E., *The Old and New Economic Liberalism*, 1921. En la consulta del libro en Sussex no se ha llegado a leer bien la editorial.

HELLER, H., *Escritos políticos*, Madrid: Alianza, 1985.

-“Autoritärer Liberalismus”, *Die Neuw Rundschau*, nº 44, pp. 289-298. Cit. en JOERGES, C., “The European economic constitution and its transformation through the financial crisis”, *ZenTra*, Working Paper in Transnational Studies, nº 47, 2015.

HEUN, W., “Balanced Budget Requirements and Debt: Brakes feasibility and Enforcement”, *German Economic Review*, 15, nº 1, 2014.

HOBHOUSE L. T., *Liberalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

HOGARTY, T., “Cases in anarchy”, en G. Tullock (ed.). *Explorations in the theory of anarchy*, Virginia: Center for Study of Public Choice, 1972, pp. 51-64.

HOLMES, S., *Anatomía del antiliberalismo*, Madrid: Alianza Editorial, 1999.

HOU, Y. y SMITH, D, L., “Framework for Understanding State Balanced Budget Requirement Systems: Reexamining Distinctive Features and an Operational Definition”, *Public Budgeting and Finance Review*, vol. 26, nº 3, 2006.

HUSSERL, E., “La filosofía en la crisis de la humanidad europea”, en *Invitación a la fenomenología*, Barcelona: Paidós, 1992.

JACKSON, B., “At the origins of neo-liberalism: the free economy and the Strong State, 1930-1947”, *The Historical Journal*, vol. 53, nº 1, Cambridge University Press, 2010.

JEFFERSON, T., “Letter to John Taylor of Caroline”, November 26, 1798, en *The Writings of Thomas Jefferson*, Memorial Edition, vol. 10, Washington DC.

KEECH, W, R., “A Theoretical Analysis of the Case for a Balanced Budget Amendment”, *Policy Sciences*, vol. 8, nº 2, Sep, 1985.

- “A Theoretical Analysis of the Case for a Balanced Budget Amendment”, *Policy Sciences*, 18, nº 2, 1985.

KERBER, W. y HARTIG, S., “The rise and fall of the German miracle”, *Critical Review*, vol. 13, nº 1, 1999.

KEYNES, J. M., *The End of the Laissez Faire?*, California: Woolf Editores, 1926.

KIEWIET D. R. y SZAKALY, K., “Constitutional Limitations on Borrowing: An Analysis if State Bonded Indebtedness”, *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 12, nº 1.

KINKOPF, N, “The Balanced Budget Amendment: A Threat to the Constitutional Order”, *Georgia State University Publications*, 11, nº 1, 2011.

KIRLAND, K. J., “Creative accounting and short-term debt: State responses to the deficit threat”, *National Tax Journal*, vol. 36, nº 3, September 1983.

KRISHNAKUMAR, A., “In defense of the debt limit statute”, *Harvard Journal on Legislation*, vol. 42, nº 71, 2005.

KUTTNER, R., *Revolt of the Haves: Tax Rebellions and Hard Times*, Nueva York: Simon and Schster, 1980.

KYVIK, D., “Refining or Resisting Modern Government? The Balanced Budget Amendment to the U. S. Constitution”, *Akron Law Review*, vol. 28, nº 2, 1995.

LAVAL, C. y DARDOT., P., *La nueva razón del mundo: ensayo sobre la sociedad neoliberal*, Barcelona: Editorial Gedisa, 2013.

LEMM, V. (edit.), *Michel Foucault: neoliberalismo y política*, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2010.

LIPPMANN, W., *Retorno a la libertad*, México: UTEHA, 1940.

- *The good society*, Londres: Allen & Unwin, 1937.

LÓPEZ ÁLVAREZ, P., “Biopolítica, liberalismo y neoliberalismo: acción política y gestión de la vida en el último Foucault”, en ARRIBAS, S., CANO G., y UGARTE, J. (Coords.), *Hacer vivir, dejar morir. Biopolítica y capitalismo*, Madrid: Editorial la Catarata, 2010.

LOTTIERI, C., “Ethics, Market and the Federal Order. The Political Philosophy of Wilhelm Röpke”, *Journal des Économistes et des Études Humaines*, vol. 20, nº 1, 2014.

LUBECKY D., “The proposed Federal Budget Amendment: The Lesson From State Experience”, *U. Cin. L. Review*, nº 55, 1986.

MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica e integración europea”, *Revista de Derecho Político*, nº 54, 2002.

-“Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 8, 2007.

MANASSE, P., “Deficit Limits, Budgets Rules and Fiscal Policy”, *IMF Working Paper*, junio 2005.

MARTÍN MARTÍN, S., “Autoconservación contra nación. Lecturas de la *Integrationslehre* de Rudolf Smend en la doctrina jurídico-política española de los años treinta”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 182, 2018.

MARTÍN RODRÍGUEZ, M., “La Escuela de Friburgo y los economistas españoles (1939-1964)”, en Instituto Universitario de Análisis Económico y Social, Universidad de Alcalá de Henares, *Documento de trabajo 02/2016*.

MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., *La teoría de la justicia de Justicia en John Rawls*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

MEGAY, E. N., “Anti-Pluralist Liberalism: The German Neoliberals”, *Political Science Quarterly*, vol. 85, nº 3, 1970.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. J., “La Unión Europea entre el constitucionalismo democrático y la gobernanza”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 149, Madrid, julio-septiembre, 2010.

MIERZEJEWSKI, A., “Water in the desert? The influence of Wilhelm Röpke on Ludwig Erhard and the social market economy”, *Austrian Economic Review*, nº 19, 2006.

- *Ludwig Erhard: A Biography*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2004.

MILL, J. S., *Principles of Political Economy with Chapters on Socialism*, Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 156.

MISES, L., *Liberalism: In The Classical Tradition*, Indianapolis: Liberty Fund, 2005.

MITCHER, W. C., “The Calculus of Consent: Notes in retrospect”, en ROWLE, C. K., (comp.), *Democracy and Public Choice*, Oxford: Basil Blackwell, 1987.

MOAK, L., *Municipal Bonds: Planning, Sale, And Administration*, Chicago: Municipal Finance Officers Association, 1982.

MORENO GONZÁLEZ, G., “El cierre de la constitución económica española: de la apertura de posibilidades al monismo de obligaciones”, en *Ivs Fvgit*, nº 20, 2017, pp. 117-156

-“El control jurisdiccional de constitucionalidad. La experiencia estadounidense como paradigma del activismo judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 29, 2011, pp. 353-373.

- “La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria en los Estados Unidos: lecciones de un debate inacabado”, *Estudios de Deusto*, vol. 65, nº 2, pp. 247-288.

-“La Economía Social de Mercado: el polémico concepto de la constitución económica europea”, en GARCÍA GUERRERO, J. L., (Coord.), *Constitucionalizando la globalización*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018., pp. 791-810.

- “La teoría de la constitución en James Buchanan: hacia un modelo de Economía constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 177, 2017, pp. 57-88.

MORGAN, I., “Unconventional Politics: The Campaign for a Balanced Budget Amendment. Constitutional Convention in the 1970s”, *Journal of American Studies*, Cambridge University Press, nº 32, 1988.

MORRIS, R., C., “Evading Debt Limitations with Public Building Authorities: The Costly Subversion of State Constitutions”, en *The Yale Law Journal*, vol. 68, nº 2, 1958.

MÜLLER-ARMACK, A., *Economía dirigida y economía de mercado*, Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1963.

MUSGRAVE, R. A., “Comentario a Brennan”, *Hacienda Pública Española*, nº 124, 1993, pp. 201-205.

NAGEL, T. “Rawls and Liberalism”, en FREEMAN, S. (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

NEEDELMAN, J. A., “Deconstructing the Balanced Budget Amendment: Fiscal Folly, Monetary Madness”, *UCLA Law Review*, nº 44, 1997.

NEUHAUS, R., *Doing well and doing good: the challenge to the Christian capitalist*, New York: Doubleday, 1992.

NICHOLLS, A. J., “Ludwig Erhard and German Liberalism- An Ambivalent Relationship?”, en JARAUSCH K, y JONES E., *Search of Liberal Germany: Studies in the History of German Liberalism from 1789 to the Present*, Oxford: Oxford University Press, 1990.

NICHOLLS, A. J., *Freedom with Responsibility. The Social Market Economy in Germany 1918-1963*, Oxford: Oxford University Press, 1994.

-Freedom with Responsibility, Oxford: Oxford University Press, 1994.

NISKANEN, W., *Bureaucracy and representative government*, Chicago: Aldine Transaction, 2007.

NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “¿Constitución o Ley Fundamental? Acerca de la Constitución portuguesa de 1976”, *Estudios Constitucionales*, vol. 11, nº 2, 2013, pp. 615-638.

-La igualdad ante el fin del Estado social, Madrid: Sequitur, 2014.

NORTH, D. C., “Institutions”, *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, nº 1, 1991.

NOZICK, R., *Anarquía, Estado y utopía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

O’SULLIVAN, T. A., SEXTON, T. y SHEFFRINI, S. M., “Proposition 13: Unintended Effects and Feasible Reforms”, *National Tax Journal*, nº 55, 1999.

PASTORE, M., “Neocontractualismo y liberalismo político: el acuerdo racional y sus críticas”, *Colección*, nº 17, 2012.

PECK, J., *Constructions of Neoliberal Reason*, Oxford: Oxford University Press, 2010.

PÉREZ BERMEJO, J. M., “Diferencias internas en la teoría moral de la justicia como acuerdo: Hobbes y Buchanan a propósito de la igualdad”, *Revista de Filosofía*, nº 24, 2000.

PIROU G., *Neoliberalisme, neocorporatisme, neosocialisme*, París: Gallimard, 1939.

POIARES MADURO, M., *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oregon: Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002.

POPPER, K., *The open society and its enemies*, London: 1945.

POTERBA, J. M., “Balanced Budget Rules and Fiscal Policy: Evidence From the States”, *National Tax Journal*, nº 48, 1995.

- “Do Budget Rules work?”, *National Bureau of Economic Research*, working paper 5550, 1996.

PTAK, R., “Neoliberalism in Germany”, en PLEHWE D., y MIROWSKI P., *The Road from Mont Pelerin*, Cambridge: Harvard University Press, 2009.

PUY FRAGA, P., *Economía política del Estado constitucional. Fundamentos de la Economía constitucional*, Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.

R. T. GRIFFITHS, *Europe's First Constitution*, Londres: Kogan Page 2001.

RHARD, L., *La economía social de mercado*, Barcelona: Omega, 1964.

RÖPKE, W., *La crisis social de nuestro tiempo*, Revista de Occidente, Madrid, 1956.

- *Human Economy*, Delaware: Wilmington ISI Books, 1998.

- *Against the Tide*, Viena: Ludwig von Mises Institut, 1969.

- *Introducción a la economía política*, Madrid: Alianza Editorial, 1966.

ROSENBLATT, H., *The lost history of Liberalism: from ancient Rome to the twenty-first century*, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2018.

ROTHBARD, M., *For a new liberty*. New York: Macmillan, 1973.

RUGGIERO, G., *The history of European Liberalism*, Oxford: Oxford University Press, 1927.

RUSSEL CAPLAN, *Constitutional Brinkmanship: Amending the Constitution by National Convention*, New York: Oxford University Press, 1998.

RÜSTOW, A., "General Social Laws of the Economic Disintegration and Possibilities of Reconstruction", *International Economic Disintegration*, Londres: W. Hodge, 1942.

SALWYN SHAPIRO, J., *Liberalism: its meaning and history*, New York: Van Nostrand Company, 1958.

SÁNCHEZ FERRIZ, R. y GARCÍA SORIANO, M. V., *Suiza: sistema político y Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

SATURNO, J. y MEGANE, L., “A Balanced Budget Constitutional Amendment: Background and Congressional Options”, *Congressional Research Service*, nº 20, 2011.

SAULNIER, R., “Do We Need a Balanced-Budget Amendment to the Constitution?”, *Presidential Studies Quarterly*, 18, nº 1, 1988.

SAVAGE, J. D., *Balanced Budgets and American Politics*, New York: Cornell University Press, 1988.

SCARLATTI, P., *Democracia y teoría de la legitimación en la experiencia de la integración europea: Contribución a una crítica del constitucionalismo multinivel*, Bilbao: Universidad del País Vasco, 2010.

SCHELLING, T., C., *Choice and consequence*, Cambridge: Harvard University, 1984.

SCHROEDER, S., “The Allied Occupation of Germany: The Refugee Crisis, Denazification and the Path of Reconstruction”, en *German History*, vol. 32, nº 4, 2014.

SCHUBERT, G., *The Public Interest*, Glencoe, III, 1960.

SCHUMPETER en su libro, *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, Madrid: Editorial Aguilar, 1942.

SEMPRÚN, J., *Pensar Europa*, Barcelona: Tusquets, 2006.

SETO, T., “Drafting a Federal Balanced Budget Amendment That Does What It Is Supposed To Do (And No more)”, *The Yale Law Journal*, vol. 106, nº 5, 1997.

SPENCER, H., *El individuo contra el Estado*, Barcelona: Editorial Orbis, SA, 1984.

STEEL, R., *El periodista y el poder. Una biografía de Walter Lippmann*, Madrid: Cuadernos de Langre, 2007.

STOKES PAULSEN, M., “A General Theory of Article V: The Constitutional Lessons of the Twenty-seventh Amendment”, *Yale Law Journal*, vol. 103, n° 8, 1993.

STUART MILL, J., *Sobre la libertad*, Madrid: Edaf, 2011.

SUITS, D., and FISHER, R., “A Balanced Budget Constitutional Amendment: Economic Complexities and Uncertainties”, *National Tax Journal*, vol. 38, n° 4, 1985.

SUMMER, W. G., *The Challenge of Facts and Other Essays*, New Haven: Yale University Press, 1914.

TOBIN, D., “The Balanced Budget Amendment: Will Judges Become Accountants?”, *Journal of Law and Policy*, n° 12, 1996.

TRIBE, K., *Strategies of Economic Order: German Economic Discourse, 1750-1950*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

- “Ordoliberalism and the Social Market Economy”, *The History of Economic Thought*, vol. 49, n° 1, 2007.

TULLOCK, G., *The politics of bureaucracy*, Washington: Public Affairs Press, 1965.

URBAIN, F., “Walter Lippmann et le Néolibéralisme de la Cité Libre”, *L'Harmattan, Cahiers d'économie Politique/Papers in Political Economy*, n° 48, 2005.

VALLESPÍN, F., *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Madrid: Alianza Editorial, 1985.

VAN HOOK, J., *Rebuilding Germany: the creation of Social Market Economy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

VAN HORN, R. y MIROWSKI, P., “The Rise of the Chicago School of Economics and the Birth of Neoliberalism”, en MIROWSKI P., y PLEHWE, *The Road from Mont Pèlerin*, Massachusetts: Harvard University Press, 2009.

VANBERG, V. J., “James M. Buchanan’s contractarianism and modern liberalism”, *Constitutional Political Economy*, nº 25, 2014.

- “James M. Buchanan’s contractarianism and modern liberalism”, en *Const Polit Econ*, 25, 2014.

- “Methodological and normative individualism in The Calculus”, en *Public Choice*, nº 152, 2012.

- “Ordnungstheorie”, as Constitutional Economics- The German Conception of a “Social Market Economy”, en *Ordo: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, vol. 39, 1988.

- “The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism”, Walter Eucken Institut, Freiburg, 2004.

-*The Freiburg School: Walter Eucken and ordoliberalism*, Friburgo: Walter Eucken Institut, 2004.

VATIERO, M., “The Ordoliberal Notion of Market Power: An Institutional Reassessment”, *European Competition Journal*, nº 6, 2010.

VÁZQUEZ ALONSO, V., *Derechos, federalismo y justicia constitucional en USA a la luz del Obamacare*, Granada: Comares, 2018.

VICIANO PASTOR, R., “Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió*, nº 67-68, 2009.

-“El largo camino hacia una Constitución europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 1, 2001.

WAGENKNECHT, S., *Freiheit statt Kapitalismus* (“Libertad en lugar de capitalismo”), Frankfurt: Eichborn, 2011.

WALDRON, J., “¿Puede haber una teoría del Derecho democrática?”, en MORA SIFUENTES, F. M. (Coord.), *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica*, México: Fontanara, 2017, pp. 237-284.

WALLERSTEIN, I., *Universalismo europeo*, México: Siglo XXI, 2007.

WEILER, J., “The transformation of Europe”, *Yale Law Journal*, vol. 100, n° 8, 1991.

WILDAVSKY, A., “A Cultural Theory of Expenditure Growth and (Un)balanced Budgets”, *Journal of Public Economics*, 28, n° 3, 1985.

ZWEYNERT, J., “The concept of Ordnungspolitik through the lens of the theory of limited and open access orders”, *Constitutional Political Economy*, vol. 26, n° 4, 2015.

SEGUNDA PARTE

ADAM, S. y MENA PARRASS, F. J., “The European Stability Mechanism through the legal meanderings of Union’s constitutionalism: Comment on *Pringle*”, *European Law Review*, vol. 38, n° 6, 2013.

AGUILAR CALAHORRO, A., “La decisión Pringle en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 101, 2014.

AMSTRONG, K., “Differentiated Economic Governance and the Reshaping of Dominium Law”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2014, pp. 65-84.

ANTOS, M., “Fiscal Stability Rules in Central European Constitutions”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, p. 205-222.

ARESTIS, P. y SAWYER, M., “The Design Faults of the Economic and Monetary Union”, *Journal of Contemporary European Studies*, vol 9, nº 1, 2011.

ARROYO GIL, A. y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., “La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia”, *Revista española de derecho constitucional*, nº 98, 2013.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M., “Los confines de la democracia y la solidaridad. A propósito de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 14 de enero y de 18 de marzo de 2014, que enjuician el marco jurídico-supranacional de las políticas de rescate”, *Revista española de derecho constitucional*, nº 101, 2014.

BAERG, N. R. y HALLERBERG, M., “Explaining Instability in the Stability and Growth Pact: The Contribution of Member State Power and Euroskepticism to the Euro Crisis”, *Comparative Political Studies*, 2016, vol. 49, nº 7.

BALASSONE, F. y FRANCO, D., “Public investment, the Stability Pact and the Golden Rule”, *Fiscal Studies*, vol. 21, nº 2, 2000.

BAR CENDÓN, A., “El Tratado de Prüm y la inmigración ilegal”, *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 7, 2007.

BARDUTZKY, S. y FAHEY, E., “Who Got to Adjudicate the EU’s Financial Crisis and Why? Judicial Review of the Legal Instruments of the Eurozone”, en ADAMS, M., FABBRINI, F., y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, pp. 341-358.

- “Judicial Review of Eurozone Law: The Adjudication of Postnational Norms in the EU Courts, Plural-A Case study of the European Stability Mechanism”, *Michigan Journal of International Law Online*, nº 34, 2013.

BAUDU, A., “La regla de oro de las finanzas públicas: ¿una tragicomedia a la francesa?”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 38, 2009.

BEETSMA, R. y JENSEN, H.E., “Contingent déficit sanctions and moral hazard with a stability pact”, *Journal of International Economics*, nº 61, 2003.

BONACHELA MESAS, A. y RUIZ TARRIAS, S., “De la consideración del “constitucionalismo” como paradigma. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional de Portugal sobre las medidas de rescate financiero”, en ASENSI SABATER, J., GARCÍA HERRERA, M. A. (coords.), *Constitucionalismo crítico: Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Valencia: Tirant lo Blanch, vol. 1, 2016, pp. 627-689.

BROWN, N. L., “Joined Cases C-181/91 and C-248/91, *European Parliament v. Council and Commission*, Judgment of 30 June, [1993] ECR I-3685”, *Common Market Law Review*, vol. 31, nº 6, 1994.

BUCHANAN, J. M., “American Perspective on Europe’s Constitutional Opportunity”, *Cato Journal*, vol. 10, nº 3, 1991.

CABALLERO, A., CABALLERO, G. y LOSADA, A., “Credibility, Rules and Power in the European Union Institutions: a Transactional Analysis of the “Stability and Growth Pact”, *Brazilian Journal of Political Economy*, vol. 26, nº 3, 2006.

CALVO VÉRGEZ, J., “La imposición de sanciones por déficit excesivo en el ámbito de la zona euro. El llamado six pack”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2013.

CARRERA HERNÁNDEZ, J., “Nuevos instrumentos para la gobernanza económica en la Unión Europea: el procedimiento de prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos (PDM)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 44, 2013.

CHALMERS, D, et alii., *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

CISSOTA, R. y GALLO, D., “The Portuguese Constitutional Court Case Law on Austerity Measures: a Reappraisal”, Working Paper, *Luiss Academy*, nº4, 2014.

CORDERO GONZÁLEZ, E., “La reforma de la Constitución financiera alemana: en particular, el nuevo límite al endeudamiento de la Federación y los Länder”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 29, 2012, pp. 289-324.

CORREIA BAPTISTA, E., “Natureza jurídica dos Memorandos com o FMI e com União Europeia”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71, vol. II, 2011.

COYLE, D., *GDP: A Short but Affectionate History*, Princeton: Princeton University Press, 2014.

CRAIG, P., “The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism”, *European Law Review*, nº 37, 2012.

- “Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications”, en ADAMS, M., FABBRINI, F., y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, pp. 19-40.

- “Pringle and the nature of legal reasoning”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, nº 21, 2014.

- “Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance”, *European Constitutional Law Review*, vol. 9, nº 2, 2013.

- “Pringle: legal reasoning, text, purpose and teleology”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, nº 53, 2013.

DASÍ GONZÁLEZ, R. M., “El Pacto de Estabilidad y Crecimiento ante la crisis. Determinación y seguimiento del déficit público de los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista Española de Control Externo*, vol. 13, nº 39.

DE ALMEIDA RIBEIRO, G., “Judicial Activism Against Austerity in Portugal”, *Int. J., Const. L.*, nº 3, 2013.

DE GREGORIO MERINO, A., “Legal developments in the Economic and Monetary Union During the debt crisis: The mechanisms of financial assistance”, *Common Market Law Review*, vol 49, nº 5, 2012.

DE MIGUEL BÁRCENA, J., *El gobierno de la economía en la Constitución Europea. Crisis e indeterminación institucional*, Barcelona: Bosch Editor, 2011.

DE WITTE, B., “Euro Crisis Responses and EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?”, *European Constitutional Law Review*, nº 11, 2015.

DELLA CANANEA, G., *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna: El Mulino, 1996.

DELLEDOME, G., “A Legalization of Financial Constitution in the EU? Reflections on the German, Spanish, Italian and French Experiences”, en ADAMS, M., FABBRINI, F., y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*.

DIAMANT, M. y EMMERIK, M., “Mandatory Balanced Budget in Dutch Legislation Following Examples Abroad?”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp., 249-271.

DIMOPOULOS, A., “The Use of International Law as a Tool for Enhancing Governance in the Eurozone and its Impact on EU Institutional Integrity”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints.*, pp. 181-204.

EDITORIAL, “Some thoughts concerning the Draft Treaty on a Reinforced Economic Union”, *Common Market Law Review*, vol 49, 2012.

EDITORIAL, “The Fiscal Compact and the European constitutions: Europe speaking German”, *European Constitutional Law Review*, nº 8, 2012, pp. 1-8.

EMBED IRUJO, A., *La constitucionalización de la crisis económica*, Madrid: Iustel, 2012.

ESCUADERO ALDAY, R., “Texto y contexto de la reforma constitucional exprés de agosto de 2011”, *Eunomía: Revista de cultura de la legalidad*, nº 2, 2012, pp. 86-98.

ESPARZA OROZ, M., “El nuevo marco de la estabilidad presupuestaria en España”, *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 26, 2012.

FABBRINI, F. “How Brexit Opens a Window of Opportunity for Treaty Reform in the EU”, *Bertelsmann Stiftung, Jacques Delors Institut*, nº 1, 2016.

- “The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 32, nº 1, 2014.

FELD, L., y KIRCHGÄSSNER, G., “On the Effectiveness of Debt Brakes: The Swiss Experience”, *Center for Research in Economics*, nº 21, 2006.

GARCÍA ROCA, F. J, y MARTÍNEZ LAGO, M. A., *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Madrid: Civitas, 2013.

GINTER, C., “Constitutionality of the European Stability Mechanism in Estonia: Applying Proportionality to Sovereignty”, *European Constitutional Law Review*, nº 9, 2013.

GIOVANNI, G., “A jurisprudência do Comité Europeu de Direitos Sociais em tempos de crise económica: as decisões relativas à Grécia”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, nº 7, 2017, pp. 190-210.

GÓMEZ URQUIJO, L., “El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza dentro del nuevo marco condicional de cohesión social en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 42, 2012.

GOODHART, A. E., “Replacing the Stability and Growth Pact?”, *Atlantic Economic Journal*, nº 34, 2006.

GOSTYŃSKA, A., “The Fiscal Compact and European Union Economic Governance: An Institutional and Legal Assessment”, *The Polish Quarterly of International Affairs*, abril, 2012.

GRANAT, K: “Approval of art. 136 TFEU Amendment in Poland: The Perspective of the Constitutional Court on Eurozone Crisis Law”, *European Public Law*, vol. 21, nº 1, 2015.

GREEN, C. J., HOLMES, M. y KOWALSKI, T., “Poland: A Successful Transition to Budget Sustainability?”, *Emerging Markets Review*, Vol. 2, 2001, pp. 160-182.

GUERRERO VÁZQUEZ, P., “Gobernanza económica y régimen sancionador en caso de incumplimiento de la Eurozona”, *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 26, 2016.

HANSEN, M. A., “Explaining deviations from the Stability and Growth Pact: power, ideology, economic need or diffusion?”, *Journal of Public Policy*, nº 3, vol. 35, 2015, pp. 482-483.

HEIPERTZ M. y VERDUN, A., “The dog that would never bite? What we can learn from the origins of the Stability and Growth Pact”, *Journal of European Public Policy*, nº 5, vol. 11., 2004.

HEIPERTZ, M. y VERDUN A., *Ruling Europe: The politics of the stability and growth pact*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

HERDEGEN, M. J., “Price stability and budgetary restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as a Guardian of Economic Wisdom”, *Common Market Law Review*, vol. 35, nº 1, 1998.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., “La compatibilidad del Mecanismo Europeo de Estabilidad con el Derecho europeo: jurisprudencia para tiempos de crisis”, en LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (dir.), *Las crisis políticas y económicas: nuevos escenarios internacionales*, Madrid: Tecnos, 2014, pp. 212-240.

HODSON, D. y MAHER, I., “Soft law and sanctions: economic policy co-ordination and reform of the Stability and Growth Pact”, *Journal of European Public Policy*, nº 5, vol. 11, 2004.

HOUSE OF COMMONS, *The Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union: political Issues*, Research Paper 12/24, Londres: House of Commons, 2012.

IRLENBUSCH, B. y SUTTER, M., “An experimental analysis of voting in the Stability and Growth Pact in the European Monetary Union”, *Public Choice*, nº 129, 2006.

J. ADELANTADO (ed.), *Cambios en el Estado de Bienestar*, Barcelona: Icaria/UAB, 2000.

JAMES, H., *Making the European Monetary Union. The role of the Committee of Central Bank Governors and the Origins of the European Central Bank*, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2012.

JOERGES, C., “What is left of the European Economic Constitution? A melancholic eulogy”, *European Law Review*, nº4, 2005.

KOCHAROV, A., “Another Legal Monster? An EUI Debate on the Fiscal Compact Treaty”, *European Union Institute*, Working paper n° 9, 2012.

KREILINGER, V., “The Making of a New Treaty: Six Rounds of Political Bargaining,” *Notre Europe Policy Brief*, n° 32, 2012.

LAPAVITSAS, C., *Profiting without Producing: How Finance Exploits us All*, London: Verso, 2013.

LEBECK, C: “Implied Powers Beyond Functional Integration? The Flexibility Clause in the Revised EU Treaties”, *Journal of Transnational Law and Policy*, n° 2, vol. 17, 2007-2008.

LEINO, P. y SALMINEN, J., “The Euro Crisis and Its Constitutional Consequences for Finland: Is There Room for National Politics in EU Decision-Making?”, *European Constitutional Law Review*, vol. 9, n° 3, 2013, pp. 451-479.

LÓPEZ CASTILLO, A., “Alemania en la Unión Europea a la luz de la Sentencia-Lisboa de 30 de junio de 2009, del Tribunal Constitucional Federal alemán”, *Revista española de derecho constitucional*, n° 87, 2009.

MAESTRO BUELGA, G., “Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea”, *Revista de derecho constitucional europeo*, vol. 2, n° 8, 2007.

MAGONE, J., “EU coordination in Portugal: continuity and flexibility in a Troike regime”, en RAGONE, S. (edit.), *Managing the Euro crisis: National EU Policy Coordination in the Debtor Countries*, New York: Routledge, 2018, pp. 55-82.

MARCO PEÑAS, E., “Reforma de la gobernanza económica y la disciplina presupuestaria de la Unión Europea: el Six Pack”, *Revista española de control externo*, vol. 14, n° 41, 2012.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UEM: Reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los tratados constitutivos”, *Revista de derecho comunitario europeo*, nº 42, 2012.

MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., “¿Son los acuerdos *inter se* una alternativa a la cooperación reforzada en la Unión Europea? Reflexiones al hilo del Tratado de Prüm”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 40, 2011.

MARTÍNEZ LUCIO, M., “Legitimar el mercado: el neoliberalismo y el “juego” de la integración monetaria europea en España”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 20, nº 2, 2002.

MATSAGANIS, M., “The Welfare State and the Crisis: The Case of Greece”, *Journal of European Social Policy*, vol. 21 nº 5, 2011.

McNAMARA, K. R., *The Currency of Ideas. Monetary Politics in the European Union*, Ithaca: Cornell University Press, 1998.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. J., “Defensa (moderada) de la Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Alemán”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 17, 2011, pp. 32-45.

- “The Existential Crisis of the European Union”, *German Law Journal*, nº 5, vol. 14, 2013.

- “The estructural crisis of European Law as a mean of social integration. From the democratic rule of law to authoritarian governance”, *ARENA Working Paper*, nº 5, 2016.

MERINO DE GREGORIO, A., “Legal developments in the Economic and Monetary Union during the debt crisis: the mechanisms of financial assistance”, *Common market law review*, vol. 49, nº 5, 2012, pp. 1613-1645.

MOLINAS SANS, C., “Déficit cíclico y déficit estructural”, *Presupuesto y gasto público*, nº 12, 1994, pp. 65-70.

MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “El Tribunal de Justicia al rescate de los derechos en el contexto de las medidas de estabilidad derivadas de la crisis económica: Pringle vs. Ledra Advertising”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 39, 2017.

MORENO GONZÁLEZ, G., “El principio democrático en la política monetaria europea. El encaje constitucional de la independencia del Banco Central Europeo”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 30, 2012-2013, pp. 615-637.

- “El proceso constituyente portugués (1974-1976): hacia una constitución viciada desde su origen”, *Diálogo de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, nº 47, 2017, pp. 103-122.

MORGANTE, D., “La costituzionalizzazione dell’equilibrio di bilancio”, *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, nº 14, 2012, pp. 2-42.

MORRIS, R., ONGENA, H. y SCHKNECHT, L., “The reform and implementation of the stability and growth pact”, Frankfurt am Main, Germany: European Central Bank, Paper N° 47, 2006.

NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “Los nuevos instrumentos de gobernanza económica europea y sus consecuencias sobre los derechos sociales en Grecia (periodo 2009-2015)”, *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 24, 2015.

PALMSTORFER, R., “The reverse majority voting under the six pack: a bad turn for the Unión?”, *European Law Journal*, vol. 20, nº 2, 2014.

PAPADOPOULOU, L., “Can Constitutional Rules, Even if “Golden”, Tame Greek Public Debt?”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, pp. 223-248.

PEERS, S., “The Stability Treaty: Permanent Austerity or Gesture Politics?”, *European Constitutional Law Review*, vol. 8, n° 3, 2012.

PERNICE, I., “Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, n° 120, 1995.

- *International Agreement on a Reinforced Economic Union*, A legal opinion by Prof. Ingolf Pernice commissioned by the Greens/EFA Group.

PIEDRAFITA, S., “National Parliaments’ Say on the New EU Budgetary Constraints: The Case of Spain and Ireland”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, pp. 319-340.

PIERRE-CAPS, S., “La revisión constitucional francesa de 2008 o el cambio de la continuidad”, *Teoría y realidad constitucional*, n° 29, 2012, pp. 91-130.

PONCE SOLÉ, J., “El estado social y democrático de derecho ante la austeridad y los recortes sociales: La jurisprudencia del tribunal constitucional portugués y su interés para el caso español”, *Revista de derecho constitucional europeo*, n° 23, 2015.

POTTAKIS, A., “In Search of a Modern Deus ex Machina: Towards an Orderly Bankruptcy of European Legal Orders”, *European Public Law*, vol. 17, n° 2, 2011.

PRINCEN, S. y VAN ESCH, F., “Paradigm formation and paradigm change in the EU’s Stability and Growth Pact”, *European Political Science Review*, n° 8 vol. 3, 2016, pp. 355-375.

POP, V., “Parliament Worried New Treaty Divides Europe,” *EU Observer*, n° 18, 2012.

PÜHRINGER, S., “The “eternal character” of austerity measures in European crisis policies”, *ICAE Working Paper Series*, n° 80, 2018.

REESTMAN, J. H., “On the Dutch Implementing Act and the Hazardous Interpretation of the Implementation Duty in Article 3(2) Fiscal Compact”, *European Constitutional Law Review*, vol. 9, nº 3, 2013.

REIMER, E., “La crisis financiera como oportunidad político-constitucional. El nuevo freno al endeudamiento en la Constitución alemana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011, pp. 93-132.

RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., “La reforma del artículo 135 de la Constitución Española: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 29, 2012, pp. 237-260.

RODRÍGUEZ ZAPATERO, J. L., *El Dilema: 600 días de vértigo*, Barcelona: Planeta, 2013.

RUFFERT, M., “The European Debt Crisis and European Union Law,” *Common Market Law Review*, vol. 48, nº 6, 2011.

RUIZ ALMENDRAL, V., *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, Madrid: Wolters Kluwer España, 2008.

RUÍZ RUÍZ, J. J. y SÁNCHEZ NAVARRO, A., “El debate sobre la consagración de la estabilidad presupuestaria en Francia”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 29, 2012, pp. 219-236.

RUTSEL SILVESTRE, M., “The Fund Agreement and the Surrender of Monetary Sovereignty to the European Community”, *Common Market Law Review*, vol. 30, nº 4, 1993.

SÁNCHEZ FERRIZ, R., “La labor de los parlamentos autonómicos en la consolidación del Estado social”, *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 16, 2005, pp. 101-132.

SCHAECHTER, *et ali*, “Fiscal rules in Response to the Crisis. Toward the Next Generation Rules”, IMF Working Paper, July 2012.

SCHEUNIER, U., “Report”, in Second Theme: The Optimal Economic Constitution of the European Community with Reference to the Economic Constitutions of the Member States”, *Common Market Law Review*, vol. 13, nº 2, 1976.

SEGERS, M. y VAN ESCH, F., “Behind the Veil of Budgetary Discipline: The Political Logic of the Budgetary Rules in EMU and the SGP”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 45, nº 5, 2007.

SERRANO PÉREZ, M., “La Constitución Económica Europea y la gobernanza económica. La Sentencia Pringle: desde la coordinación de la política económica al mecanismo de estabilidad presupuestaria”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 43, nº 118, enero-junio 2013.

SPANOU, C., “EU coordination in Greece: “Forced” Europeanization un the MoU?”, en RAGONE, S. (edit.), *Managing the Euro Crisis...*, op. cit., pp. 13-38.

STONE, R., *Controlling institutions: International organizations and the global economy*, Cambridge, UK: Cambridge University Press., 2011.

SZÁSZ, A: “The Monetary Union Debate”, *Common Market Law Review*, vol. 7, issue 4, 1970.

TSEBELIS, G. y HAHM, H., “Suspending vetoes: how the euro countries achieved unanimity in the fiscal compact”, *Journal of European Public Policy*, vol. 21, nº10, 2014.

RUIZ TARRÍAS, S., *Las dimensiones constitucionales de la Unión Económica y Monetaria Europea*, Pamplona: Civitas, Thomson Reuters, 2016.

URBANEJA CILLÁN, J., “El mecanismo europeo de estabilidad. Análisis a través de la jurisprudencia comunitaria en el asunto Pringle”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 30, 2012-2013.

VAN DER SLUIS, M., “Maastricht Revisited: Economic Constitutionalism, the ECB and the Bundesbank”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, pp. 105-124.

VAN MALLEGHEM, P. A., “(Un)Balanced Budget Rules in Europe and America”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, op. cit., pp. 153-160.

VARELA, J., CORRALES, F. y DOMÉNECH VILARIÑO, R., “Los saldos presupuestarios cíclico y estructural de la economía española”, *Hacienda pública española*, nº 162, 2002, pp. 9-34.

VVAA., “Tribunal Constitucional de Portugal” (número especial), *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, nº 2, 1998, pp. 369-426.

WALINE, C., “Un principe ancré dans l’histoire constitutionnelle et financière”, en BOUVIER, M., (coord.), *Constitution et équilibre des finances publiques, un débat d’avenir*, París: Colloque Fondafip, 2011.

WEILER, J. W. “Der Staat “über alles”. Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts”, *Jean Monnet Working Paper*, nº 7, 1995.

ZILLER, J., “El Tratado de Prüm”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 7, 2007.

TERCERA PARTE

ACKERMAN, B., “Taxation and the Constitution”, *Columbia Law Review*, vol. 99, nº 1, 1999, pp. 1-58.

ALBERTI ROVIRA, E., “Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía”, en *La Constitución Económica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

APARICIO WIHELMI, M., *Implicaciones constitucionales del proceso de integración europea. El artículo 93 de la Constitución Española como cláusula de apertura a la interrelación ordinamental en un marco pluralista*, Barcelona: Universidad de Barcelona, 2002.

BALAGUER CALLEJÓN, F., “Una interpretación constitucional de la crisis económica”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 19, 2013, pp. 449-454.

BARONCELLI, S., “The Independence of the ECB after the Economic Crisis”, en ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, pp. 125-150.

BIBOW, J., “On the Origin and Rise of Central Bank Independence in West Germany.” *The European Journal of the History of Economic Thought*, nº 16, 2009, pp. 155-190.

- “At the Crossroads: The Euro and Its Central Bank Guardian (and Savior?)”, *Levy Economics Institute*, Working Paper nº 738, 2012.

BICKERTON, C., HODSON, D. y PUETTER, U., “The New Intergovernmentalism: European Integration in the Post-Maastricht Era”, *Journal of Common Market Studies*, vol 53, nº 4, 2015.

BONEFELD, W., “European economic constitution and the transformation of democracy: On class and the state of law”, *European Journal of International Relations*, vol. 21, nº 4, 2015.

BRENNETOT, A., “Geohistory of neoliberalism, Rethinking the meanings of a malleable and shifting intellectual label”, *European Journal of Geography*, document 667, 2014.

CAMISÓN YAGÜE, J. A., “La influencia del proceso de integración europeo en la Constitución española de 1978”, *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, nº 20, 2017, pp. 157-181.

- *La participación directa e indirecta de los parlamentos nacionales en los asuntos de la Unión Europea*, Madrid: Secretaría General del Senado, 2010.

CHITI, E. y TEIXEIRA, O., “The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis”, *Common Market Law Review*, vol. 50, nº 3, 2013.

COSTAMAGNA, F., “The Impact of Stronger Economic Policy Co-ordination on the European Social Dimension: Issues of Legitimacy”, en ADAMS, M., FABBRINI, F., y LAROCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, pp. 359-378.

CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004.

DE CABO MARTÍN, C., *Sobre el concepto de ley*, Madrid: Trotta, 2000.

- *Teoría histórica del estado y del derecho constitucional*, vol. II, Barcelona: PPU, 1993.

- *La crisis del Estado Social*, Barcelona: PPU, 1986.

DE LA PARRA, S., “The two pack on economic governance: an initial analysis”, Bruselas: *ETUI*, 2013.

DE VEGA GARCÍA, P., “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual,” en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nº 100, 1998, pp. 13-56.

DEAKIN, S., “Two types of regulatory competition: competitive federalism versus reflexive harmonisation. A law and economic perspective on Centros”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Cambridge University Press, vol. 2, 1999.

DULLIEN, S. y GUÉROT, U., “The long shadow of ordoliberalism: Germany’s approach to the Euro crisis”, *European Council of Foreign Relations*, nº 49, 2012.

FABBRINI, F., “From Fiscal Constraints to Fiscal Capacity: The Future of EMU and its Challenges”, ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, pp. 399-418.

FASONE C., “European Economic Governance and Parliamentary representation. What Place for the European Parliament?”, *European Law Journal*, vol. 20, nº 2, 2014.

FELD LARS, P., “Europa in derWelt von heute: Wilhelm Röpke und die Zukunft der Europäischen Währungsunion,” *HWWI Policy Paper*, nº 70, 2012, pp. 1-36.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Derecho del trabajo y defensa de la competencia*, Valencia: Universitat de València, Servei de Publicacions, 2008.

HAAS, E. B., *Uniting of Europe: Political, Social and Economic Forces, 1950-1957*, University of Notre Dame Press, 2004.

- *Beyond the Nation State: Functionalism and International Organization*, ECPR Press, 2008.

HÄBERLE, P., *Pluralismo y Constitución: estudios de la teoría constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002.

HARTLEY, T. C., “Five forms of uncertainty in European Community Law”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 55, nº 2, 1996, pp. 265-288.

JOERGES, C., “Europe’s Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation”, *German Law Journal*, vol. 15, nº 05, 2014.

- “The European Economic Constitution and Its Transformation through the Financial Crisis,” en PATTERSON, D., y SÖDERSTEN, A. (Edits.), *A Companion to EU Law and International Law*, Oxford: Wiley-Blackwell, pp. 242-261.

JOERGES, C. y RÖDL, F., “Social Market Economy as Europe’s social model?”, *EUI Working Paper Law*, 2004.

LA SPINE, A. y MAJONE, G., *Lo stato regolatore*, Bolonia: Il Mulino, 2000.

LASA LÓPEZ, A., *Constitución económica y derecho al trabajo en la Unión Europea*, Granada: Comares, 2011.

-“Gobernanza económica europea y modelo territorial de distribución del poder”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 96, 2013, pp. 160-178.

MaCCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

- “Beyond the Sovereign State”, *Modern Law Review*, nº 56, 1993, pp. 1-18.

MARZINOTTO, B., WOLFF, G. y HALLERBERG, M., “How effective and legitimate is the European Semester? Increasing the role of the European Parliament”, *Bruegel Working Paper*, nº 9, 2011.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. J., “Mutación y ¿quiebra? constitucional de la Unión Europea”, *Nueva Época*, 5-8, enero-diciembre 2014.

MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “El contexto de las medidas de estabilidad derivadas de la crisis económica: Pringle vs. Ledra Advertising”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 39, 2017.

MORENO GONZÁLEZ, G., “El cierre de la constitución económica española: de la apertura de posibilidades al monismo de las obligaciones”, *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, nº 20, 2017, pp. 117-156.

- “El marco teórico-constitucional de los nuevos mecanismos de gobernanza económica”, en MARTÍN CUBAS, J., (edit.), *Constitución, política y administración: España 2017, reflexiones para el debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 375-389.

- “Viking y Laval en el contexto del pluralismo constitucional y la posibilidad de diálogo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Foro de Derecho*, Universidad Andina, nº 22, 2014.

NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Utopía y poder constituyente: Los ciudadanos ante los tres monismos del Estado neoliberal*, Madrid: Sequitur. 2012. Obra que he reseñado en *Revista Nómadas de la Universidad Complutense de Madrid*, vol. 35, nº 3, 2012.

PEERS, S., “Towards a New Form of EU Law? The Use of EU institutions outside the EU Legal Framework”, *European Constitutional Law Review*, nº 9, 2013.

PEGASIOU, A., “EU coordination in Cyprus: the limits of Europeanization in times of crisis”, en RAGONE, S. (edit.), *Managing the Euro crisis... op cit.*, pp. 83-106.

PIKETTY, T., *El capital en el siglo XXI*, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2014.

RAGONE, S., “Constitutional Effects of the Financial Crisis at European and National Level: a Comparative Overview”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 15, 2014.

REQUEJO PAGÉS, J. L., “El triunfo del constitucionalismo y la crisis de la normatividad”, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 6, 2010.

- *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Madrid: Mc Graw-Hill, 1995.

RÖPKE, W., *Organización e integración económica internacional*, Valencia: Fomento de Cultura, 1956.

SANZ GIL, J. J. y SANZ ROMERO, A., “Aplicación del Mecanismo Europeo de Estabilidad en el sistema financiero chipriota”, *Revista universitaria europea*, n.º 21, diciembre 2014.

SCHARPF, F., *Gobernar en Europa, ¿eficaz y democráticamente?*, Madrid: Alianza, 2000.

SINN, S., “The taming of Leviatán: competition among governments”, *Constitutional Political Economy*, nº 2, 1992.

TIEBOUT, C. M., “A pure theory of local expenditures”, *Journal of Political Economy*, nº 5, 1956.

VANVERG, V., “‘Ordnungstheorie’ as constitutional economics. The German conception of a ‘social market economy’”, *Ordo-Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*”, nº 39, 1988, pp. 17-31.

-“Ordnungspolitik, the Freiburg School and the reason of rules”, *Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomie*, 2014.

-*The Constitution of Markets*, London: Routledge, 2001.

WALKER, N., “The idea of Constitutional Pluralism”, *EUI Working Paper*, nº 1, 2002.

WILKS, S., “Agency Escape: decentralization or Dominance of the European Commission in the Modernization of Competition Policy?”, *Governance*, n° 18, 2005, pp. 431-452.