

# Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico ante una realidad constituyente: la desigualdad

**CARLOS DE CABO MARTÍN**

Catedrático emérito de Derecho  
Constitucional.

Universidad Complutense de Madrid.

<https://doi.org/10.7203/cc.1.19047>

Fecha de recepción: 13/10/2020

Fecha de aceptación: 02/11/2020

## Resumen

Partiendo de nociones exploradas en trabajos anteriores del autor, como son la apuesta por un constitucionalismo crítico o la teoría general del Común, este artículo profundiza en las crecientes disonancias que se dan entre el vigente marco jurídico-constitucional y la progresiva crisis estructural del *statu quo*. Desde tales parámetros se analizan y categorizan distintos procesos vinculados a las nuevas formas de dominación capitalista haciéndose particular hincapié en un elemento que adquiere una relevancia máxima y se revela como central de la actual realidad constituyente: la desigualdad.

## Palabras clave

Pensamiento crítico; constitucionalismo crítico; el Común; desigualdad; capitalismo.

## Abstract

*Starting from notions explored in previous works by the author, such as the commitment to critical constitutionalism or the general theory of the Common, this article delves into the growing dissonances that exist between the current legal-constitutional framework and the progressive structural crisis of the "status quo". From these parameters, different processes linked to the new forms of capitalist domination are analyzed and categorized, with particular emphasis on an element that acquires maximum relevance and is revealed as central to the current constituent reality: inequality.*

## Keywords

*Critical thinking; critical constitutionalism; the Common; inequality; capitalism.*

## Sumario

**I. Supuestos teóricos de una dogmática crítica. — II. Prefiguración de la realidad como constituyente a partir de la crisis de 2008. 1. Efectos en el ámbito jurídico-político: excepcionalidad y reformas constitucionales. 2. Efectos en la realidad social: transformación del conflicto y aparición de “el común”. — III. El componente central de la realidad constituyente: la desigualdad. 1. La desigualdad actual como disfuncionalidad en el capitalismo: las respuestas del sistema. 1.1. Respuestas objetivas: ocultamiento y fetichización de la desigualdad en la sociedad opaca. 1.2. Respuestas subjetivas: combatir la pobreza y capitalismo social. 2. Acentuación de tendencias con la crisis de 2020. 2.1. Acentuación de la desigualdad, reaparición de la clase y juridificación del conflicto. 2.2. La sociedad del riesgo. Crisis sanitaria y cambio climático: de problema a solución para el capitalismo. 2.3. Nota sobre la ciencia. 2.4. Fortalecimiento del estado y del espacio estatal: la cuestión de la frontera. 2.5. Efectos económicos e institucionales: concentración capitalista y el acuerdo de la Unión Europea desde esta perspectiva. 3. La realidad constituyente. 3.1. Nueva relevancia de la Constitución en un solo país. 3.2. Demandas de la realidad al contenido constitucional: neutralismo, medidas tendentes a evitar la desigualdad cuando se produce y a reducirla cuando se ha producido. 3.3. La demanda constitucional específica de “los cuidados” y otras demandas de la realidad. 3.4. El paso de la realidad al proceso constituyente.**

### **I. Supuestos teóricos de una dogmática crítica**

La yuxtaposición que aparece en el título de este trabajo (pensamiento crítico, constitucionalismo crítico) indica, ciertamente, la relación inmediata que los vincula en cuanto ambos responden a la misma matriz lógica e histórica que se inicia en la Ilustración. A partir de ahí, el racionalismo que aparece va desarrollando todas sus potencialidades que permiten “liberar” a la razón para que despliegue todas sus capacidades cognitivas, eliminando las falsas conciencias. En su versión jurídico-constitucional, junto a otras vías, le permiten librarse de la falsa conciencia positivista; pero, así mismo, ambos forman parte de “la crítica”, que en sentido moderno también se inicia en la fase ilustrada, pero ahora ya no

sólo como creación teórica sino con base material, en cuanto surge la realidad de las clases y, por consiguiente, la posibilidad de alternativa y de la crítica como vehículo que la encarna. Ahora bien, como esta posible alternativa abre también la posibilidad de conflicto entre las diferentes opciones, quiere decirse que el pensamiento crítico se define como el pensamiento del conflicto. Y, así mismo, el constitucionalismo crítico como el constitucionalismo del conflicto.

Con ello se ha dado un paso importante ya que del ámbito epistemológico se pasa al metodológico, al del objeto y el método ya que se apunta a la realidad como movimiento (en cuanto conflictiva) y porque, además, lo exige en gran medida la especificidad de ese ámbito constitucional pues dada su jerarquía, antes o delante de él ya sólo está la realidad y, por consiguiente, es por donde los cambios básicos en ella, entrarán en el derecho. Y así ocurre que las transformaciones o innovaciones fundamentales que el ordenamiento jurídico registra entran, deben entrar, a través del derecho constitucional.

El derecho constitucional es, en este sentido, el derecho del cambio y debería definirse más (y, obviamente, la Constitución) por este carácter "natural" que por los "artificiales" o técnicos de fijeza o permanencia que lo modulan, con frecuencia de forma exagerada, por razones de conveniencia o funcionalidad coyuntural.

Se trata, por tanto, de la integración de la realidad pero ahora ya como elemento juridificado. Esta integración de la realidad en el derecho además de la problemática referida, apunta a otra más general. Porque uno de los problemas clásicos del conocer es cómo salvar la distancia sujeto-objeto, problema que se agudiza cuando el objeto del conocimiento no sólo cambia sino que es el propio cambio. Si siempre la realidad es más compleja que los conceptos mejor elaborados, a ello se añade que el equipo intelectual con el que se la intenta captar está siempre "anticuado", va siempre detrás del cambio. Esta es la situación "natural", la problemática siempre presente del conocimiento. Pero hay situaciones en las que el cambio es tan repentino y radical que esa distancia sujeto-objeto alcanza un grado tal que el equipo intelectual con el que se cuenta se convierte en inservible. Es cuando tiene lugar la definitiva obsolescencia de las categorías que, si se siguen utilizando, o son inútiles o sufren deformaciones o colonizaciones interesadas e ideológicas.

Esta situación, este momento de la realidad, desde la perspectiva constitucional se puede entender como Constituyente y la Teoría constitucional debe expresarlo e intentar responder en base a una dogmática –si se sigue utilizando el término– necesariamente no positivista.

Es de lo que se trata ahora. Se considera que la situación actual reúne esas características y demanda ese tratamiento. Se entiende así que la realidad ha experimentado un cambio tan radical que seguir operando constitucionalmente con los mismos esquemas teóricos ni sirve para dar cuenta de lo existente ni para planteamientos críticos, es decir, transformadores. Hasta tal punto los cambios afectan a supuestos constitucionales básicos que, si se definieran en base a ellos, se estaría en el fin de la "época constitucional" (en la terminología de J. Asensi) en cuanto las formas que empiezan a surgir apuntan a algo bien distinto del concepto clásico e histórico de Constitución.

Como hay que dar por supuesto, no es ésta la única posición que se mantiene sobre la situación actual. No se van a mostrar aquí otras más o menos discrepantes pero sí a hacer una breve referencia a la que es, justamente, la contraria, en cuanto que se llama a la Constitución actual la "Constitución permanente" (Muñoz Machado); de forma que el modelo occidental actual de Constitución es definitivo y sólo caben adaptaciones del mismo. Se ha llegado, por tanto, desde esta perspectiva al "Fin de la Historia Constitucional". Esta postura está

en consonancia con la que, desde otras perspectivas y con otro sentido, pero con el mismo resultado, sostiene la desaparición en la actualidad del poder constituyente, afirmación que se hace tanto desde el punto de vista histórico como teórico. Desde el punto de vista histórico en cuanto –se dice– el poder constituyente, su concepción, tuvo la función coyuntural de legitimar el “nouveau régime” frente al “ancien régime” y sus instituciones democráticas y para ello se basó en abstracciones (Nación, Pueblo) sustituidas en la actualidad por los concretos actores políticos. Desde el punto de vista teórico se sostiene que la existencia como potencialidad del poder constituyente es incompatible con los supuestos de la democracia representativa, así como con el concepto de Constitución, con su supremacía y normatividad si el “soberano” se mantiene fuera de la constitución, porque si se introduce en ella como necesario para reformarla, se confunde con el poder de reforma. Prácticamente coincidente es la posición de algún tipo de contractualismo que sólo admite la actuación del poder constituyente como limitado en cuanto sólo lo acepta dentro del acuerdo previo sobre determinados principios (Rawls).

Todo ello es un ejemplo claro de esa deformación (o colonización) que se decía han sufrido algunas categorías constitucionales; en este caso se trata de anular la que es precisamente el vehículo fundamental del cambio constitucional; lo que, si claramente demuestra el carácter de las posiciones citadas, también exige acudir al rescate de la categoría introduciendo las modificaciones que resulten de la nueva situación.

## II. Prefiguración de la realidad como constituyente a partir de la crisis de 2008

### 1. Efectos en el ámbito jurídico-político: excepcionalidad y reformas constitucionales

Si bien la falta de correspondencia realidad/constitución se empieza a generar a partir de las transformaciones que implica la última fase de la globalización financiera, de manera más próxima la situación se agudiza con la crisis de 2008. Su impacto constitucional, como se ha expuesto en un trabajo anterior sobre Conflicto y Constitución, tiene dos manifestaciones. La primera es la simple inaplicación de la constitución. Como es conocido, la parte de las constituciones que habitualmente se cumple es la que clásicamente se denomina como orgánica o de organización del poder, que es siempre necesaria hasta el punto de que en el supuesto poco imaginable de que no existiera Constitución formal, seguiría existiendo un mecanismo semejante por puras exigencias de funcionamiento. Pero en lo demás, en lo que era propiamente el contenido del estado social, dejó de aplicarse recurriendo, más o menos explícitamente, a una vieja teorización legitimadora del derecho constitucional como es la excepcionalidad. Es bien conocido cómo la “excepcionalidad” se hace en defensa de la “normalidad”, aunque se trate de una defensa muy especial, pues para defenderla, primero se la destruye. Así ocurrió con la teorización del Estado de excepción justificado por la defensa del Estado de Derecho, al que elimina. Ahora la excepcionalidad no es política sino económica. Se entiende que la crisis económica de 2008 generó una situación que produjo una contradicción que convertía en incompatibles las exigencias de la economía y las constitucionales. Y ante esta situación de excepcionalidad, se consideró que la “ley económica”, debía prevalecer sobre la jurídico constitucional; se argumentó, incluso, explícitamente diciendo que entre otros

objetivos se trataba de defender al Estado social cuando lo que realmente se hizo fue acabar con lo que quedaba de él desde la crisis del mismo que se había iniciado ya en los años setenta del pasado siglo con la conocida como crisis del petróleo.

La otra manifestación del impacto constitucional de esa crisis del 2008 es más directa y radical. Supone incorporar a la Constitución las prioridades y exigencias del capitalismo financiero. Formalmente se trató de reformas constitucionales, pero, materialmente, significaron algo distinto en cuanto quebraron. Ahora ya también formalmente, el constitucionalismo del Estado social. La reforma española del 2011 es un ejemplo característico. Desde entonces se entiende que el constitucionalismo social se ha sustituido por el “constitucionalismo económico”, por un constitucionalismo que responde de manera primordial a las exigencias de funcionamiento de la economía en esta coyuntura. Esta conversión (ruptura) constitucional de ser y tener un contenido de pacto (el constitucionalismo del Estado social) a pasar a ser y tener un contenido “de parte”, posibilitó nuevas reformas en los demás niveles del ordenamiento jurídico a través de las que se articularon las medidas que exigió el programa de austeridad impuesto.

En el nivel supraestatal, y también en este aspecto jurídico-político, lo más destacado en esta fase es la adecuada institucionalización de la globalización financiera, con toda una serie de instituciones ademocráticas que generan un tipo de actos –así se les denomina– para neutralizar su carácter fuera del nomen iuris y, en consecuencia, de las categorías del estado de derecho para evitar el consiguiente régimen jurídico al que deberían someterse con una específica huida del derecho público. Sin embargo, se incorporan de forma bien dudosa a los ordenamientos jurídicos internos de los estados que además “compiten” entre sí para facilitar su penetración, que se reviste de “la necesaria y progresiva incorporación al orden interestatal” en nombre de superiores valores superracionales.

## 2. Efectos en la realidad social: transformación del conflicto y aparición de “el común”

En el ámbito estructural, de la realidad social, se produce una dinámica que acentúa su distanciamiento de la Constitución y su configuración como constituyente. Tratando de ordenar y categorizar los múltiples efectos de la crisis y en lo que respecta a lo que aquí interesa cabe señalar estos dos que tienen la peculiaridad de que, respondiendo a las mismas causas y resultando de procesos de la misma naturaleza, se presentan como opuestos: uno es la fragmentación y el otro lo que puede denominarse el Común.

La fragmentación es, probablemente, la categoría que más significado alcanza en las sociedades de esta fase del capitalismo financiero, aunque esa fragmentación se relaciona con la complejidad de las sociedades actuales, la referida al conflicto que aquí se contempla se vincula a la profunda transformación experimentada por el Trabajo que ha terminado con la característica unidad de clase (apareciendo lo que pueden llamarse distintos “sectores de clase” y que en términos teóricos buena parte de ellos podían considerarse como clase pero que empírica y funcionalmente tienen dinámicas propias); así como la cuestión calificada como “subsunción de la sociedad en el capital” y que, en el sentido en el que ahora se utiliza, implica la expansión de la lógica del capital a los más diferentes sectores más allá de los propiamente económicos y que plantea, cuando llega la crisis, problemas específicos desde esa lógica entendida y tomada como excluyente o preferente.

Esta fragmentación hace que cuando llega la crisis de 2008, produzca en cada uno de esos sectores, efectos propios y que dan lugar a esa realidad que aparece como multiconflictiva e inestable.

A partir de esta situación, al transformarse la circunstancia histórica que venía definida por un conflicto prácticamente único y central, considerado como “contradicción principal” (el conflicto de clase) se transforma también el “sujeto histórico” que lo protagonizaba y frente a ese sujeto único que lo incorporaba (la clase) aparecen nuevas “subjetividades” que incorporan los distintos conflictos (mujeres, clases medias depauperadas, jóvenes, inmigrantes, nacionalistas). Porque lo que aquí interesa destacar es que, aunque cada uno de estos conflictos y cada una de esas subjetividades que los incorporan tienen otros componentes que los especifican muy claramente, en todos se puede encontrar uno de carácter socioeconómico vinculado a la crisis y a aquella lógica económica.

A la dimensión cuantitativa, es decir el paso del gran conflicto al pequeño conflicto, se añaden otros elementos característicos de la nueva realidad conflictiva como son los aspectos cualitativos: buena parte de los nuevos conflictos no se reducen a la reivindicación material de “vivir mejor” sino de “vivir de otra manera”; cambia, así mismo, el lugar: de la fábrica a la calle. Y la forma de exteriorizarse: de la huelga a la manifestación que adquiere también nuevos caracteres.

Esta heterogeneidad social (captada de forma anticipatoria por A. Negri, como multitud), ha suscitado dos tipos de propuestas teórico políticas: intentar reconducir esa realidad múltiple a la unidad perdida en base a la nostalgia (“melancolía de la izquierda” dirá E. Traverso recordando a W. Benjamin) y valor que en la cultura europea tiene en todos los ámbitos la categoría de unidad y que ha sido la postura mayoritaria desde la que se entiende lo sucedido como una derrota, o entender que en cada conflicto existe una “potencialidad de lo universal” y, por tanto lo que se debe intentar es llegar cada uno hasta el límite de su desarrollo como propugnan algunas corrientes del autonomismo y en otro sentido y en otro ámbito (América Latina) agrietar el capitalismo (J. Holoway).

Pero, aparte de las “propuestas”, tiene más relevancia señalar lo que en la realidad, en su dinámica, ha tenido esta transformación social de expresión política y de componente de la nueva realidad constitucional. De una parte, esos nuevos conflictos se han configurado como “nuevos movimientos sociales”, que han tendido a desarrollar procesos de convergencia (no de unidad) en su práctica política (en España en la terminología del partido Unidas Podemos se han denominado como “confluencias”) y que genéricamente se les ha designado como populismo. El término, como es bien conocido, en su versión actual procede de América Latina (su origen histórico se vincula al campesinado ruso de la etapa revolucionaria y a su confuso papel, lo que puede suscitar alguna sugerencia) que ante la necesidad de categorizar la nueva situación de devastación socioeconómica generalizada, producida por los efectos de las políticas neoliberales extremas en este tipo de sociedades, y dado que las categorías con las que se venía operando desde el pensamiento crítico (como la clase) ya no bastaban, se acudía a otra como la de pueblo, con un contenido diferente al histórico europeo. Si bien su referencia, relativamente unitaria, se acomodaba a la situación, también relativamente uniforme de depauperación generalizada. Todo ello bien distinto de la característica fragmentación de las sociedades europeas, por lo que su utilización respecto a ellas carece de rigor, aunque se usó más que como categoría de análisis como criterio ideológico de descalificación de los nuevos conflictos y de las subjetividades que los encarnaban.

De otra parte, la situación de crisis provocó reacciones que, sin base tampoco en análisis reales, atribuyen la causa de los problemas existentes a la pérdida

de los valores tradicionales, comunitarios o de identidad que se vinculan al irracionalismo político y que han dado lugar a organizaciones y movimientos de carácter neofascista.

Todo ello empieza a configurar una realidad constitucional en la que ya no es posible seguir utilizando las abstracciones que hasta ahora funcionaban como supuestos constitucionales y que tenían como base el "todo social" representado. La realidad se ha separado tanto de esas ficciones que no es posible mantenerlas ante el nuevo nivel de fragmentación de ese "todo social" que ya no es representable como tal y que, por tanto, tiene que tener consecuencias también en lo que se entendía como correspondiente unidad del orden jurídico y, específicamente, constitucional.

El otro efecto en la realidad que acentuaba la crisis de 2008 y que también contribuye a su alejamiento de la Constitución, es la aparición de "el Común". Hay que matizar no obstante que este término, el Común, comprende en la actualidad distintos contenidos.

Un contenido que es de naturaleza "objetiva"; es el más alejado del discurso que aquí se sigue y es consecuencia del desarrollo de las fuerzas productivas; tiene una doble manifestación:

1ª La expansión del capitalismo aludida ha conducido a una cada vez mayor socialización de la producción, mientras la apropiación de la misma, del excedente, está cada vez en menos manos. Se produce así una contradicción cada vez más acentuada y de mayor trascendencia entre "lo común" de la producción (en el sentido de la práctica contribución de todos) y una apropiación cada vez más privada.

2º La otra manifestación consiste en que, también contradictoriamente, esa cada vez más concentrada propiedad privada de los medios de producción actuales, en concreto, de los medios tecnológicos, elabora unos productos inmateriales relacionados con lo que genéricamente se puede llamar "el conocimiento", y sobre los que, en buena medida se pierde el control, de forma que apenas se pueden ejercer los derechos de propiedad privada clásica y se presentan como de "acceso común".

Otro contenido del Común, más próximo y de forma cada vez más acentuada, es lo que comprende el concepto de Bienes comunes, progresivamente expansivo tanto en el orden físico material como inmaterial (ciertos conocimientos) y que junto a su existencia y carácter objetivos, incorpora, cada vez con más fuerza, el elemento subjetivo, es decir, el de la lucha por esos bienes comunes para conseguir que queden fuera de la propiedad y de la gestión privada y, como otra forma de globalización, se extiendan a la humanidad en su conjunto.

Finalmente, el contenido más específico de la categoría, el más próximo a lo que aquí se trata y de carácter más "subjetivo", relacionado por ello con las nuevas subjetividades de los nuevos conflictos, es el que se puede denominar "prácticas del común". Comprende buena parte de los movimientos que se integran en el "nomadismo" o movimientos sociales que entienden que en el interior del capitalismo no hay "solución" y tratan de crear espacios externos al mismo. Han surgido tanto en el ámbito de la producción, como del consumo, como del intercambio, con una financiación fuera también de los circuitos habituales, configurando una "economía alternativa" que aparte de su aspecto cuantitativo muy superior al que su escasa visibilidad presenta (la International Social Coalition señala a dos mil millones de personas afectadas sólo en materia agroalimentaria y el informe Gibson-Graham indica que el 50% de la economía mundial se desarrolla en espacios alternativos) lo cualitativo de abrir una vía extrasistema y fuera de los tres conflictos básicos del capitalismo: Capital-Trabajo, Naturaleza y Género.

Asimismo, en el aspecto jurídico y jurídico-constitucional aporta una novedad relevante. No se puede considerar a ese derecho del común (B. de Souza habla de "direito achado na rua" como el derecho positivo, una "superestructura" que se sitúa –como así ocurre– sobre la estructura social, sino que, en este caso, forma parte de ella en una continua práctica constituyente y de autoproducción (otra novedad) del sujeto colectivo, con lo que no sólo se facilita sino que se exige una dogmática diferente (F. Balaguer).

Como precedentes de esta novedad se pueden citar estos dos: el primero estaría representado por Proudhon que (en la interpretación quizás más autorizada de su obra como es la de G. Gurvitch) atribuye al Derecho una fuerza estructural para construir una alternativa a la propiedad (tanto privada como del Estado, por lo que se le considera un teórico del Común) a través de la "Constitución social".

El segundo estaría representado por la diferenciación que –en el sentido del que se trata– establece la historiografía moderna entre el derecho positivo y el consuetudinario. Ha sido la historiografía inglesa la que ha hecho la aportación decisiva a partir de la forma y significado del aprovechamiento en común de un bien común especial como era el bosque.

Debe recordarse, para darle la importancia que tiene en la materia, la relevancia del bosque en la historia inglesa que se manifiesta tanto en el derecho (P. Linebaugh en La carta de los bosques, considerada integrable en la Carta Magna) como en el imaginario colectivo, desde la leyenda de Robin Hood a la literatura de Shakespeare donde el bosque de Birnam desempeña un importante papel, como se sabe, en Macbeth. Este Derecho se configura como un derecho integrable en el common law.

Una apertura constitucional a este tipo de derecho lo es también a que a partir de él se pueda igualmente contribuir a una dogmática crítica.

### III. El componente central de la realidad constituyente: la desigualdad

#### 1. La desigualdad actual como disfuncionalidad en el capitalismo: las respuestas del sistema

Con las últimas crisis y junto a todas las transformaciones a las que en buena parte condiciona, aparece un elemento que adquiere una relevancia máxima y se revela como central de la actual realidad constituyente: la desigualdad. Obviamente no es un hecho nuevo pero lo que sí es nuevo es tanto el nivel y generalización alcanzados como su disfuncionalidad sistémica que desborda los límites en lo que se había desarrollado el conflicto de clase y amenaza al sistema en su conjunto.

Esta relativa novedad empieza a manifestarse a partir de la crisis de 2008. Como es conocido, la explicación oficial a esa crisis se basó en la desregulación financiera, pero lo cierto es que el capitalismo venía mostrando una continuada baja de la productividad (Silicon Valley era un espejismo), una contracción de la demanda y, secuencialmente, una tendencial baja en la tasa media de beneficio que estimuló la huida hacia "la ganancia", propia del capital financiero. Ante esta situación se teorizó –desde el sistema– que en base a la doctrina del estancamiento (Summer) se debía combatir, defensivamente, para mantenerse el sistema, sin más aspiraciones, con medidas de la denominada "austeridad expansiva"; pero pronto, análisis más rigurosos (Stiglitz) mostraron una causalidad más compleja que la poco explicativa del estancamiento y que tenía como elemento determinante la desigualdad.



La desigualdad se mostraba ahora como elemento básico de la disfuncionalidad capitalista, de manera que su “precio”, el precio de la desigualdad, era un conjunto de deficiencias y disfunciones que planteaban al capitalismo su contradicción fundamental: era connatural con la desigualdad en cuanto se basa precisamente en ella pero a la vez, llegado a un punto determinado, no podía sobrevivir a ella.

### 1.1. Respuestas objetivas: ocultamiento y fetichización de la desigualdad en la sociedad opaca

Efectivamente el capitalismo es desigualdad tanto en el origen, en la producción (la diferente situación en la que se sitúan las fuerzas productivas capital-trabajo) como, consecuentemente, en la apropiación posterior del excedente. Esta desigualdad a la que aquí se alude (la socioeconómica y sus derivados) no es un hecho exclusivo del capitalismo sino que estuvo presente en los modos de producción anteriores. Pero en ellos (tanto en el esclavismo como en el feudalismo) la desigualdad era un hecho no sólo manifiesto y visible sino defendido como legitimación del sistema (los hombres nacen libres o esclavos en un caso; el orden estamental en el otro) mientras que en el capitalismo la causa de la desigualdad y aún la desigualdad misma, se oculta y desaparece como sistémica. Por el contrario, el sistema se legitima en base a la igualdad política de la democracia y a la igualdad jurídica propia del Estado de derecho como garantía de la libertad igual para todos. El derecho es, pues, un elemento básico no sólo de esa legitimación y de su funcionamiento (garantía del intercambio entre libres e iguales) sino, en lo que ahora interesa, de ese ocultamiento de la desigualdad a partir de la categoría abstracta de sujeto.

Hay que añadir que, además de este efecto de ocultamiento directo derivado del formalismo y universalismo jurídicos (vinculados al sujeto), se produce otro efecto que contrarresta lo que el derecho tiene de garantía ciudadana. Es lo que se ha llamado “la opacidad del derecho” (M. Carcova) para designar al, progresivamente acentuado en la medida en que aumente su complejidad, desconocimiento del derecho como factor de estabilidad y aliado del poder, de la dominación.

A todo lo cual se une el fenómeno general de la “fetichización social”, en cuanto a la inicial fetichización de la mercancía (el ocultamiento de las relaciones y circunstancias de su producción) sucede la realidad actual de una “sociedad oscura”, en cuanto el desarrollo de la información y tecnología en múltiples ámbitos termina produciendo (y pese a que en algún sector puede actuar como “transparencia” en la vigilancia y el control de mundos privados por quien las domina) un desorden informativo desorientador. La globalización potencia estos efectos tanto en el orden financiero (paraísos fiscales) como en el de las relaciones internacionales (el dark commerce) como en el productivo, ya que en las “cadenas de valor”, la progresiva fragmentación de los tramos de la producción hasta el producto final, impide los controles adecuados. Todo ello unido a las múltiples técnicas de ocultamiento de las transacciones financieras que aumenta el descontrol económico y fiscal en forma ya incalculable; es lo que se ha llamado la “riqueza oculta de las naciones” (Zucman) que cambia de grado y naturaleza a la tradicional economía sumergida.

No obstante, la concentración capitalista y demás efectos del capitalismo financiero, junto a la crisis de 2008 y las políticas económicas para combatirla, han llevado a la desigualdad a unos niveles en que no sólo ha “rasgado” esos velos de ocultamiento, sino que ha aparecido según se indicaba como un

verdadero problema para el sistema. Ahora ya no sirve la justificación de que es algo inscrito en la naturaleza humana o su consideración puramente moral, porque de lo que se trata es de la dificultad de funcionamiento de un sistema que da lugar a la sociedad del 1% frente al 99% (datos de hace años pero que parece que ya ni siquiera responden a la realidad por defecto) y en la que pese a todo, ese 1% no es independiente del 99%.

## 1.2. Respuestas subjetivas: combatir la pobreza y capitalismo social

Las reacciones del sistema han sido de distinto tipo. Interesan menos lo que son meras propuestas voluntaristas (desde la aparatosidad, en gran parte inútil, pese a su esfuerzo de datos de Piketty, a la moral de Rawls o a la “singular” de López Claro, que desde el Fondo Monetario Internacional da la receta mágica de “trabajo para las mujeres e igualdad para todos” o las más construidas de Galbraith, Atkinson o la ambiciosa de Stiglitz de un “capitalismo progresista” basado en un nuevo pacto social) que las que tienen un carácter más institucional. En este sentido quizá lo más destacado es que desde el sistema, más que el planteamiento de la desigualdad, que obligaría a un análisis causal de la misma, se fija en uno de sus efectos, ciertamente importante pero menos comprometido, como es “la pobreza”. En vez de la desigualdad se analiza y trata de combatir “la pobreza”. Los programas de “lucha contra la pobreza” así como las iniciativas tanto en su vertiente vertical de estratificación social u horizontal de sentido territorial (cooperación al desarrollo internacional o internamente como en España los programas de la España vacía) no plantean su origen sino se toman ya como resultado a contrarrestar. Porque, además, la pobreza tiene dos características: la primera es que no se presenta como conflicto y la segunda es que, precisamente por ello, no plantea exigencias, sino que todo es discrecional.

En este orden de ideas es significativo lo que ocurre con los premios Nobel de economía en cuanto sus características temáticas son bastante indicativas de los problemas que preocupan en cada momento al capitalismo. Tal ocurre con los de 2019 otorgados (E. Duflo y A. Banerjee) por sus aportaciones sobre como “repensar la pobreza” que implica un “método científico” (según sus autores) consistente en el estudio empírico de cómo se comportan los pobres, para conseguir una mayor eficacia en los programas; parecería que la vieja fórmula de las expectativas racionales se aplicaría ahora en este ámbito.

La otra iniciativa tiene como objetivo una nueva presentación de un viejo tema: el capitalismo “de rostro humano” que ahora se presenta como “capitalismo social”.

Su momento inaugural puede entenderse que tiene lugar con la reunión de la poderosísima Business Roundtable (integrada por los máximos dirigentes de las 180 multinacionales más grandes en los diversos sectores) que trata de establecer una serie de reglas nuevas para un “better capitalism”, un capitalismo ético, un capitalismo social. El hecho que se considera nuevo y rupturista con la habitual concepción de la empresa, es que, en adelante, su objetivo no debe ser, se dice, exclusivamente el accionista y el dividendo, sino que debe extender sus beneficios e influjo social a los sucesivos círculos expansivos de empleados, clientes y comunidad en la que se inserta. A partir de ahí se ha extendido la idea de “empresa social”, “respetuosa” con los distintos sectores vulnerables y con prácticas sostenibles (Foro telemático de Davos o la Agencia Internacional de la Energía). En este mismo sentido de autorreforma del capitalismo, se sostiene de manera más directa como tratamiento de la desigualdad (que en estos medios se designa a veces como “asimetría”) la cooperación entre los extremos tanto social como espacialmente, imponiendo a las megalópolis y

zonas privilegiadas un traspaso de medios a las que sufrieron deslocalización y empobrecimiento. Es decir, se concluye, “mutualizando” necesidades y cooperando en las soluciones, de manera que mutualización y cooperación son los conceptos clave (P. Collier).

Cabe señalar que esta iniciativa, convertida en corriente relativamente extendida (con otras manifestaciones como la del “capitalismo consciente”) tiene su origen y base más destacada en el medio anglosajón, por lo que se la ha relacionado con la relevancia que tuvo en estos ámbitos sociales y políticos la ética protestante. Una ética, como se sabe, nada dogmática, que no percibía como alternativa la opción material-espiritual (no hay que optar entre este mundo y el otro como en el cristianismo) y que al compatibilizarla, pronto desarrolló una ética de los negocios así como un entendimiento de los negocios como ética (en el sentido de que el éxito en ellos podía entenderse como predestinación). Pero lo cierto es que hasta que la desigualdad no se presentó como un problema para el funcionamiento del capitalismo, no actuó esta ética.

## 2. Acentuación de tendencias con la crisis de 2020

Sobre esta situación general sobreviene –casi se superpone en términos históricos, respecto de la crisis de 2008– la crisis de 2019-2020. Y, como se decía, aunque con las peculiaridades del problema sanitario que implica esta última, también sus efectos básicos más que nuevos o rupturistas respecto de la situación anterior lo que hacen es acentuar las tendencias socioeconómicas que se venían manifestando y, así mismo, implicar, como parece, un nuevo impulso al capitalismo, especialmente al tecnológico y financiero.

### 2.1. Acentuación de la desigualdad, reaparición de la clase y juridificación del conflicto

Se acentúan las sentencias a la fragmentación y a la desigualdad y cuando en una sociedad ya fragmentada sobreviene una crisis que inicialmente afecta a todos los sectores, el resultado es la potenciación de esa fragmentación y la cualificación de esa desigualdad. Se ha señalado que la desigualdad es el elemento que tienen en común la crisis de 2008 y 2019 (Mazzucato) pero la distinción se manifiesta porque la crisis de 2020 tiene efectos específicos tanto en el orden cuantitativo como en el orden cualitativo.

Cuantitativamente (aunque este no es un trabajo empírico es necesario mostrar ahora algún dato, por otra parte, bien conocido) en España actúa sobre una tendencia que había ido creciendo en términos que el informe del relator de Naciones Unidas (enero de 2020) calculaba en un crecimiento del 24% para el 1% de la población y en el 2% para el 99% restante. Sobre esta situación el informe de Oxfam Intermón de 2020 señala que en poco menos de tres meses la desigualdad de renta neta creció el 1,7 del índice de Gini, que es el índice más utilizado (y que en todo el período en la crisis anterior fue del 1), a lo que añade que los más pobres perdieron proporcionalmente ocho veces más; y, en términos absolutos que los 23 millonarios de la lista de Forbes se enriquecieron en ese período (79 días) 19.200 millones de euros. Se puede añadir que el sistema impositivo siguió recayendo sobre el trabajo y consumo en un 83% sin perjuicio del descenso real en todos los niveles.

Cualitativamente, uno de los aspectos más destacados es lo que se puede inicialmente calificar como la “reaparición de la clase”, o de los problemas de clase. En

principio porque la afectación de la enfermedad ha sido claramente de clase y de género dado que (aparte de la huida de los ricos a sus confinamientos privilegiados) ha tenido un carácter preferentemente urbano y se ha intensificado en los barrios más populares y marginales por razones obvias de salubridad, hacinamiento y déficit de servicios. Pero, a la vez, porque ha sido la clase trabajadora más modesta, la que no hace teletrabajo, la que ha hecho que la sociedad siga funcionando en los sectores más necesarios (agricultura, energía, comercio, seguridad, transporte y específicamente, cuidados en sus diferentes manifestaciones).

Pero también, contradictoriamente, porque ha sido la mayor afectada por el desempleo y la precariedad, de manera que esa clase empieza a hacerse visible y a plantear específicos conflictos de clase. Y es necesario introducir aquí una especificación importante y es que todos los análisis coinciden en señalar que, si las crisis anteriores se caracterizaban porque el “género” más afectado era el hombre, en esta ha sido destacadamente la mujer, sobre la que, en la forma en que es históricamente habitual, han recaído y se han superpuesto los diferentes impactos de la crisis desde los económicos y sociales a los domésticos.

Finalmente, en cuanto a la forma de enfrentarse con esta problemática y a los diversos conflictos (aparte de las prestaciones estatales y la ayuda europea a la que se aludirá después), tiene interés señalar la acentuación de las tendencias que desde la fase anterior se venían manifestando, como era la elusión de la resolución democrática del conflicto mediante su juridificación, bien acudiendo a una normativa específica (se citaba ejemplificativamente la “Ley mordaza” en España) bien a los tribunales.

En lo que se refiere a la crisis de 2020, en un primer momento de la crisis, el Estado acude de manera justificada a la constitución y a la ley para hacer frente a la crisis sanitaria, si bien después la escasez de recursos económicos sanitarios que hubieran permitido la utilización de medios y mecanismos más refinados, hizo que se necesitara compensar esta deficiencia con una gestión autoritaria.

En un segundo momento, que es el actual, son los tribunales los protagonistas en cuanto es a ellos a los que se desvía el conflicto político, disfrazado de otros caracteres, deformando la democracia y en gran medida privatizándolo. Son, sobre todo, los tribunales superiores los que tienen la función más relevante no sólo por razones de competencia sino porque dadas las características del sistema judicial español esos intereses privados (disfrazados de públicos) encuentran en ellos posibilidades más favorables.

Se concluye que, si dado que los distintos poderes del Estado han sido históricamente lugares desde los que se ha apoyado específicamente la dominación, de manera que en el capitalismo siempre ha habido un poder predominante que reflejaba el de la clase dominante tal que, si en el liberal fue el parlamento y en el monopolístico el ejecutivo, aparece ahora que en el capitalismo financiero, y ante las nuevas formas de ejercerse la dominación, se estaría ante el progresivo papel del poder judicial (lo que no deja de ser una paradoja sarcástica dado que justamente el capital financiero es el que más característicamente huye y elude las características y problemáticas que le puede presentar el derecho).

## **2.2. La sociedad del riesgo. Crisis sanitaria y cambio climático: de problema a solución para el capitalismo.**

Inicialmente, la crisis sanitaria se presentó en sus comienzos de una forma que responde a las características que se señalaron antes como propias de las sociedades actuales: su opacidad. Se presentó el problema como específicamente sanitario, una patología desconocida e inevitable que había que combatir. Se

multiplicaron las informaciones “endógenas” del fenómeno y sus efectos, pero eludiendo todo análisis causal sistémico. Sólo muy lentamente y sin mayores análisis ni críticas se abrió paso la tesis de que es una crisis vinculada a lo que genéricamente se llama cambio climático, disfrazado de crisis sanitaria. A este respecto hay que situar aquí la teorización que hace unos años se hizo sobre la “sociedad del riesgo” (U. Beck).

Se distingue entre el “riesgo” y el “peligro”. El “riesgo” –se afirmaba– se “produce”, es decir, conscientemente se busca, se asume en cuanto es la contrapartida de un beneficio que se pretende conseguir: es, por consiguiente, voluntario, querido, aceptado y, sobre todo, tiene un “autor”, un sujeto responsable que es el que resultará beneficiado. El “peligro”, sin embargo, es algo que sucede inevitablemente; se entiende que sólo procede de la fatalidad. Pues bien, el capitalismo tiene la virtualidad de convertir el “riesgo” en “peligro”. Y aplicando esta tesis a la crisis sanitaria actual se trataría justamente de eso: de convertir el “riesgo”, fruto de lo que, en general, puede llamarse la depredación capitalista de la naturaleza, en el “peligro” de la aparición de la patología.

Y a continuación hay que destacar que, si hasta ahora la cuestión del cambio climático se presentaba como un problema para el capitalismo, en adelante tiene todas las condiciones para presentarse como solución. Tampoco es la primera vez que ocurre, pues entra dentro de la “normalidad” de la relación crisis-capitalismo. Incluso podía incluirse en cierta forma en la virtualidad del capitalismo para metabolizar con provecho los problemas que surgen o que crea, de forma que se incluiría en la doctrina de Shock, en sentido amplio. Pero ahora es algo más profundo porque, además, ocurre en una fase en la que desde diferentes puntos de vista, se venía advirtiendo el agotamiento del proceso de acumulación. En estas circunstancias, el problema del cambio climático se puede convertir en su solución: todos los análisis indican que la nueva vía del crecimiento va a ser inicialmente y a tener su origen en las enormes, incalculables, inversiones que se van a necesitar para efectuar la transición ecológica y energética con toda la complejidad de aspectos derivados; a lo que se añade la nueva rentabilidad de las también nuevas energías que se apuntan ya como muy superiores actualmente y sobre todo con posibilidades en un futuro muy próximo, a las fósiles. Lo que, por otra parte, no deja de plantear un conflicto con la fracción del capital que está todavía vinculado a esas energías fósiles. Todo el negacionismo, cada vez más declinante, sería su expresión más característica.

Por eso, es indudable que, de ahora en adelante, la “lucha contra el cambio climático” va a experimentar un fuerte impulso que incorporará al sistema buena parte de las propuestas del movimiento ecológico (que en su momento se presentaron como antisistema) y que están también en la base del progreso de su expresión política, representada en la aceptación, fortalecimiento e integración de los partidos y organizaciones “verdes”.

### 2.3. Nota sobre la ciencia

Finalmente, una observación relacionada con todo ello, sobre el papel de la ciencia. Es bien conocido cómo la mayoría de los gobiernos en Europa han acudido a la ciencia y a los científicos para fundamentar y justificar sus actuaciones para combatir la crisis sanitaria atribuyéndoles una función decisoria. Este hecho plantea la compleja cuestión de la relación entre ciencia y política y, más en concreto, la relación entre el científico y el político. Desde Max Weber se ha planteado como contradictorio el “conocimiento” del científico y el “juicio de valor” del político y, por tanto, la imposibilidad de la respectiva suplantación.

Pero, junto a ello, aparece otra cuestión más próxima a lo que aquí se está tratando. Es la que reflexiona sobre el hecho de que, en buena parte, la circunstancia actual convierte a la ciencia en el mecanismo que resuelve la problemática que ha creado la dinámica capitalista, como está demostrándose ahora con la crisis sanitaria. Probablemente ha ocurrido siempre y en una historia de la ciencia desde esa perspectiva (la dialéctica conflicto-conocimiento que en otro lugar se ha estudiado) seguramente se encontrarían repetidos ejemplos de esa relación capitalismo-ciencia. Pero todo indica que en el futuro inmediato esa relación se va a acentuar de modo que, progresivamente y con más intensidad, la ciencia en el ámbito en el que circunstancialmente sea requerida, será cada vez más auxiliar de los problemas que crea no ya la dinámica natural de las sociedades, sino especialmente las exigencias y desarrollo del capitalismo. En este sentido también se apunta a un fortalecimiento de la inversión en ciencia en los sectores que ahora se perciben como necesarios.

#### **2.4. Fortalecimiento del estado y del espacio estatal: la cuestión de la frontera**

Se produce ahora un oscurecimiento inicial de la globalización y simultánea y correspondientemente un fortalecimiento y protagonismo del Estado frente a la crisis. Este oscurecimiento de la globalización se refiere más que a la globalización como un hecho, que como tal (lo que en el lenguaje clásico se denomina el desarrollo de las fuerzas productivas) y con sus potencialidades va a seguir existiendo, a lo que puede considerarse como la institucionalización de la globalización.

También aquí puede decirse que se trata de una tendencia ya manifestada en cuanto desde el mismo sistema que había propiciado esa globalización con su funcionalidad respecto del mercado mundial y la circulación de capitales, se habían ya empezado a detectar aspectos negativos que mostraban un “exceso de globalización”, una conveniencia de menor globalización y de fortalecimiento de los mercados internos.

Ahora, sin duda, la causa de la aceleración de esta tendencia es otra, en cierta medida exógena a ese funcionamiento y que ha puesto el acento en el fortalecimiento del Estado de una manera directa y primera y, sólo como consecuencia, una relativización de esa globalización.

El fortalecimiento del Estado procede de algo tan evidente como, de nuevo, ocultado siempre en el capitalismo: la superioridad funcional y social de lo público en el sentido de que cuando aparece un problema colectivo de afectación social sin más rentabilidad o exigencia que el “interés general” –en este caso de cualificación vital– lo privado no existe y sólo aparece “lo público”, en este caso protagonizado por el estado. Y, dado que la institucionalización de la globalización puede entenderse básicamente como institucionalización de lo privado (también este hecho incidiría en su debilitamiento) puede entenderse que no solamente es un fortalecimiento del estado, sino que es un fortalecimiento de lo público. Se trata, por otra parte, de un estado deteriorado por “lo privado”, en el sentido de que se trataba de un estado debilitado por las políticas neoliberales del estado mínimo que lo habían dejado sin recursos para atender las exigencias de la crisis sanitaria. Un espacio privado que, además ahora, solicita ayuda y propugna la colaboración público privada. Con ello no sólo se produce un fortalecimiento del estado sino una legitimación del mismo y de sus intervenciones con políticas públicas. Han aparecido, por ello, nuevas corrientes teórico políticas que propugnan una defensa del “orden estatal” para buscar nuevas formas de progreso socioeconómico ante la crisis y, frente a los

condicionamientos externos, accionar todas las posibilidades de “soberanía popular” (M. Monereo).

La preferencia por los espacios estatales no es ciertamente nueva. Hay que tener en cuenta que la posición de Adam Smith no fue nunca unánimemente compartida: basta recordar las propuestas de List (sistema nacional) o de Fichte (el estado comercial cerrado). Ahora, no obstante, no se trata de posiciones económico-funcionales sino de posiciones críticas que entienden esta recuperación del espacio estatal como una circunstancia favorable a procesos de transformación social.

En relación con todo ello han surgido nuevas problemáticas entre las que se puede destacar la de la frontera. Desde hace algún tiempo (el comienzo de ese tratamiento podía situarse en E. Balibar: “Las fronteras de la democracia”) hasta el momento actual (también es sintomático el ensayo de R. Debray: “Elogio de la frontera”) e, incluso, dándole un carácter “epistemológico” (por ejemplo, la frontera como método, S. Mezzadra, B. Neilson) se viene poniendo en cuestión el que hasta ahora se consideraba un dato apromblemático. Se plantea, por el contrario, como un problema oscurecido también por las circunstancias de la sociedad actual. El nuevo enfoque empieza tratando de destruir el mito de la “naturalidad” de las fronteras, entendiéndose que ninguna frontera es “natural” y, que, por el contrario, toda frontera es un hecho antidemocrático (Balibar); pero, a partir de ahí, se reconvierte la cuestión en el sentido de que dada su existencia, hay que considerar a la frontera como una institución y que, por consiguiente, debe gestionarse democráticamente. Y gestionar democráticamente la frontera significa gestionar democráticamente todos los aspectos que implica: la cuestión de la identidad no sólo propia sino del “otro”; el entendimiento de la frontera como un mecanismo no rígido de exclusión sino flexible de inclusión-exclusión y, más específicamente, como un elemento definidor de nuevos caracteres del conflicto capital-trabajo, con la aparición de las nuevas subjetividades (vinculadas al hecho migratorio) mostrando cómo la globalización solo es tal, solo es “totalidad” para el capital, pero no para el trabajo.

## 2.5. Efectos económicos e institucionales: concentración capitalista y el acuerdo de la Unión Europea desde esta perspectiva

Pero de todo lo dicho sobre el fortalecimiento de lo público, de los espacios interiores y estatales, no se puede deducir, como parece que precipitadamente se ha hecho en algún caso, que esta crisis iba a suponer una crisis prácticamente insuperable para lo privado, más claramente para el capitalismo como modo de producción. Sin negar que las condiciones producidas por la crisis puedan generar un “movimiento de lo real” de carácter transformador, lo cierto es que en la situación actual sólo puede advertirse que, aunque sectores concretos hayan resultado afectados y prácticamente destruidos así como, en otro orden de cosas, interrumpido en gran medida el orden de las relaciones sociales y psicosociales, el capitalismo como tal y sobre todo alguna de sus fracciones dominantes, especialmente las del capitalismo financiero y financiero-tecnológico, registra tal fortalecimiento que parece de nuevo aplicable la teoría del Shock. Es muy representativo lo que está ocurriendo en la actualidad (agosto 2020) en Estados Unidos: mientras el conjunto del país está sufriendo los efectos devastadores de una crisis sanitaria mal gestionada y, asimismo, de una crisis económica generalizada, el Mercado de capitales cotiza en máximos históricos y el conocido acrónimo FAANG (referido a las empresas Facebook, Apple, Amazon, Netflix, Google) registra el mayor crecimiento de la historia, sumando

más de 5 billones de dólares (el producto interior bruto de Alemania, la cuarta economía del mundo, es de 3,96 y el español de 1,42) de manera que cada una de esas empresas tiene ya, en este nivel, la capacidad de un Estado. A nivel mundial se constata, específicamente, el aumento de concentración capitalista en el ámbito de las tecnologías que con la crisis sanitaria y sus efectos a partir de los confinamientos y demás consecuencias, con la intensificación de las comunicaciones y usos de distinto tipo, han tenido un aumento gigantesco de datos e información que, como se sabe, actúan como “medios de producción”.

Y en Europa, aunque de manera diferente, la tendencia no es la transformación sino el fortalecimiento del capitalismo. Este sentido último es el que aparece con toda evidencia en el reciente acuerdo sobre el Fondo de Reconstrucción Europeo que, aunque conlleva otros efectos que, de manera inmediata, sean socialmente positivos, cumple, objetivamente, esa finalidad de “reactivación” económica ante la enorme contracción de la demanda y de reestructuración productiva de la oferta que hacía inevitable y urgente “salvar al capitalismo”. Sin embargo, antes de que se cumpla ese objetivo, se trataba de un supuesto que implica una fuerte potenciación del capitalismo financiero; porque todo ese “gasto” que se prevé, procede del “mercado de capitales”, es decir de ese capital financiero que tendrá, además, una doble garantía:

1º. La presupuestaria de la Unión Europea que, si bien tiene desde la perspectiva institucional de esa Unión Europea el “progreso” de responsabilidad solidaria, de relativa “mutualización” o, como se dice más frecuentemente, el carácter claramente federalizante, también tiene para ese capital financiero este carácter garantista.

2º. También es objetivamente una garantía, además de los efectos que se pretenden de manera más inmediata, la fuerte “condicionalidad” en políticas y reformas que se entienden las más ventajosas para esa reactivación económica, garantizadas a su vez, por ese “freno de emergencia” que han impuesto formalmente los llamados Estados “frugales” (aunque realmente la imposición proviene de ese capital financiero) lo que permite el control de las mismas y, en su caso, la reconsideración de las ayudas. Es notable, además, cómo estas exigencias del capitalismo se han impuesto a los principios y regulaciones establecidos tanto en el orden económico como en el jurídico.

En el orden económico, porque según se sostenía dogmáticamente en la crisis anterior, sólo las políticas de austeridad (aquella “austeridad expansiva”) podía reestablecer el equilibrado funcionamiento del sistema a través de un rígido tratamiento de la deuda y el déficit, lo que se sostenía con carácter general y no sólo coyuntural. Ahora son los mismos defensores de aquellas ortodoxias (por ejemplo, la Comisión Europea) los que no sólo permiten sino que prácticamente exigen y, a la vez, posibilitan el aumento –según el criterio anterior– “desmesurado” del gasto estatal. Por eso han surgido críticas que, junto a otros elementos, ponen en cuestión supuestos básicos de la teoría económica dominante hasta el punto de hablarse de “la economía desenmascarada” (título del libro de Steve Keen). De todos modos, esta fórmula finalmente aprobada no se ha hecho, como se sabe, sin tensiones, que hay que entenderlas más que entre Estados, entre opciones del capital: una, defensora de la rigidez y exigencias tendentes a hacer pagar sin concesiones el coste de la crisis a los que más la necesitan, la opción del capital financiero más especulativo y vinculado a los “Estados frugales” en cuanto relacionados con paraísos fiscales y, la otra, dispuesta a hacer algunas concesiones con las que evitar o atenuar el conflicto, “comprando” así la recuperación, el continuismo, sin grandes traumas. Las dos opciones realmente aparecen en el acuerdo final aunque se le dé más relevancia a la segunda, si bien el fuerte control de la condicionalidad exigida muestra con firmeza la presencia de la primera.



En el orden jurídico se reproduce en este contexto lo que antes se indicó en el interno y constitucional. Porque ahora también ante la “excepcionalidad económica”, se justifica la prevalencia de la “ley económica” sobre la jurídica, en este caso representada por los tratados. Porque, efectivamente, esta, no sólo permisividad, sino incitación apremiante y expresa a la intervención estatal, así como la facilitación de los recursos correspondientes para el desarrollo de políticas de apoyo al sector privado, no sólo incumplen sino que son difícilmente compatibles con el objetivo y las previsiones de los tratados acerca de la necesaria abstención del Estado y de las exigencias que implica la defensa de la “política de la (libre) competencia y el Mercado”. A lo que hay que añadir la pérdida de uno de los principios tradicionalmente indiscutibles y que también contiene el Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea como es equilibrio presupuestario de gastos-ingresos ya que con el endeudamiento contraído hace inevitable déficits futuros.

Como ocurría en el ámbito constitucional, la norma no se ha modificado, simplemente se ha desconocido y, más o menos informalmente, se ha sustituido por otras que la contradicen, contradicción acentuada por el importante grado de coactividad de que se las dota.

En cierta manera, aunque sea también impropio, porque no es un ámbito estrictamente constitucional, se verifica aquí la hipótesis de este trabajo en cuanto el cambio en la realidad “constitucional” europea operada por las transformaciones actuales la han convertido en “constituyente”.

### 3. La realidad constituyente

De todo lo expuesto puede deducirse que la realidad constitucional española se configura actualmente como constituyente tanto en sentido impropio de ser la realidad la que se está imponiendo, la que “realmente constituye”, como en el más propio de que se ha separado de la Constitución en tal grado que demanda un cambio de “paradigma constitucional” (P. Haberle).

Pero, dado que esta situación se presenta como una situación de crisis (que –debe repetirse– aunque añada elementos específicos, lo más destacado es que ha acelerado y acentuado tendencias ya bien consistentes) se puede argumentar y de hecho así se hace que los momentos de crisis no son los más adecuados para hacer un cambio constitucional.

Pero, además de que esa afirmación (si es cierto lo anterior, el cambio en la realidad) se sitúa “fuera de la realidad” y en otros niveles, hay que tener en cuenta que las Constituciones surgen precisamente en momentos de crisis, de manera que en esas situaciones la nueva Constitución no es una opción sino una necesidad. Es, justamente, este hecho el que dota a la Constitución de un cierto “pathos” en su nacimiento que se proyecta después en su contenido a partir de la contradicción que se produce entre ese contenido fuertemente determinado por la coyuntura en la que surge y la pretensión de dotarlo de permanencia, es decir, de prolongar a través de la rigidez esa circunstancia histórica concreta. La contradicción se agudiza en la actualidad ya que la aceleración del tiempo histórico de manera prácticamente homogénea, es decir en todos los sectores de la realidad que aparece como conflictiva, de “aprendizaje” (W. Benjamin), dota también de otro tipo de pathos, ahora agónico, al constitucionalismo actual que trata de resistir a las exigencias de la coyuntura. De ahí que no se trate ya de la alternativa rigidez-flexibilidad sino de otro tipo de constitución que se la ha denominado como soft ware o “Constitucionalismo bastidor”, cuyo contenido formal más característico ya sería exclusivamente el de la constitucionalización

del cambio, de la dinámica de la realidad, del devenir (F. Berardi) con instituciones que junto a las de estabilidad –las que expresan lo que es– se sitúan otras que posibilitan, a partir de lo que es, el poder ser. No es tan extraño ni nuevo este tipo de consideraciones pues ya H. Heller proponía algo semejante con la expresión de que “a través de la constitución pasará la vida”.

Respecto del contenido material, no se trata de hacer “propuestas” cuyo sentido y valor sea rechazado con anterioridad por no tener una base real. Por eso lo único que cabe decir, desde esta perspectiva, es advertir cuales son los elementos básicos de esa realidad constituyente que se ha venido analizando y que serán los componentes naturales de ese contenido (que puede tener otros, como pueden ser los elementos referidos a la eliminación de las excrescencias antidemocráticas como la configuración actual de la jefatura del estado y que ya venía exigida por el cambio que se indica) o la repercusión de todo lo anterior en materia de derechos.

### 3.1. Nueva relevancia de la Constitución en un solo país

Hay que partir de un elemento de esa realidad que es previo a todo lo demás y condiciona el proceso. Es el cambio producido a través de esa relativa crisis de la globalización y de la nueva relevancia del Estado, del orden estatal y de lo público. Efectivamente, como se afirmó, el Estado se fortaleció de manera rotunda en un primer momento de la crisis, aunque después ha sufrido alguna limitación como la que supone en Europa el Acuerdo Europeo, pero en todo caso mantiene una relevancia y potencialidad nueva y muy superior al período anterior a la crisis de 2019. Pero, si esto es así, si se está ante una reafirmación de la importancia y capacidad real del Estado, de lo público, y, también del espacio territorial y social estatal, quiere decirse que se está también ante una reafirmación de la relevancia de la “Constitución en un solo país”, del orden constitucional interno y, por tanto, de las posibilidades que se abren al poder constituyente democrático. Por consiguiente, se modifica la situación anterior (“la Constitución más allá del Estado”, había dicho Ferrajoli) en la que el espacio estatal y su gestión se relativizaban mucho más acentuadamente al supra-estatal porque se partía de principios, inicialmente aceptables, como que buena parte de los problemas actuales exigen planteamientos superestatales pero se pasó a hacer de este orden supra-estatal (y especialmente del europeo) una institucionalización garantista del capitalismo al que se protegía de posibles “veleidades” internas o estatales. Ahora, como se vio, en el interior de los Estados, con los nuevos caracteres del conflicto, cabe un mayor protagonismo de la soberanía democrática sin que implique aislacionismo o antieuropeísmo sino darle otro sentido.

Respecto del contenido concreto de las constituciones, el elemento o componente en la realidad constituyente española –pero generalizable y del que hay que partir no sólo por su importancia sino por las consecuencias y efectos que genera, y de lo que puede decirse que en una u otra medida derivan todos los otros elementos de esa realidad– es la desigualdad. Como se vio, los niveles alcanzados en diferentes ámbitos junto a sus disfuncionalidades son incompatibles con un constitucionalismo democrático y normativo.

### 3.2. Demandas de la realidad al contenido constitucional: neutralismo, medidas tendentes a evitar la desigualdad cuando se produce y a reducirla cuando se ha producido

Supuesto, como se viene afirmando, que esa desigualdad, aunque tenga otros componentes, está inscrita de manera necesaria en el modo de producción dominante, en las relaciones de producción capitalistas, una primera exigencia derivada inmediatamente de esa realidad es sancionar el neutralismo constitucional respecto de los modos de producción. En la teoría constitucional se ha sostenido la exigencia de neutralidad constitucional respecto del “modelo económico” que se corresponde con lo que desde otra perspectiva se define como “sociedad abierta”. Ahora se trataría de otro tipo de neutralismo que, por otra parte, tiene su natural anclaje en un principio-valor básico del constitucionalismo como es el pluralismo. Pero ahora ya no se trataría del pluralismo “dentro del modo de producción capitalista” que es el horizonte ideológico en el que se mueven las teorizaciones citadas, sino del pluralismo respecto de los modos de producción.

Este sería, pues un prerequisite importante: que, constitucionalmente no se obstaculice y se abra la posibilidad constitucional también de cambio real y no se utilice la constitución como defensa de lo existente.

A partir de aquí y dado que la desigualdad se origina en la relación capital-trabajo, existen dos tipos de medidas para contrarrestarla: una tendente a conseguirlo en origen, es decir, en el momento en que esa relación se contrae; este es el supuesto real, después, la forma concreta que adoptaría ya entraría en el campo de las propuestas que no tienen aquí lugar y que se decidirían en su caso en el proceso constituyente, aunque se puede añadir que, en una u otra forma, tendrían que ver con dos cuestiones: la configuración adecuada de la contratación laboral por una parte y, por otra, con la democracia económica que debería incluir la democracia en la empresa.

El otro tipo de demandas de la realidad suceden cuando ya se ha producido esa relación de desigualdad, y sin que se pueda ir tampoco más allá, tienen que ver con las formas de encauzar y resolver democráticamente la contradicción y el conflicto, de una parte y, de otra, con las prestaciones tendentes, “estáticamente”, a compensar esa desigualdad que también fortalecen la posición negociadora del trabajo.

### 3.3. La demanda constitucional específica de “los cuidados” y otras demandas de la realidad

Aunque se relaciona con lo anterior (se ha definido al capitalismo como “el patriarcado productor de mercancías” según la conocida consideración feminista) exigen una mención especial “los cuidados” como espacio constitucional y constituyente propio.

Hay que considerarlo aparte porque, en la realidad así es, ya que no está incluido en la relación capital-trabajo, pues el “cuidado” que aquí se contempla no es propiamente “trabajo”. Aunque de nuevo hay que señalar que el tratamiento de esta compleja y fundamental cuestión corresponderá al momento constituyente, se pueden hacer dos tipos de consideraciones breves referidas una al aspecto teórico y otra al de la práctica constitucional.

El aspecto teórico se refiere a las diferentes posturas que en el interior del feminismo se mantienen sobre la materia y que simplificadaamente son estas dos: la que sostiene que si únicamente se trata de convertir y de cambiar “el

cuidado" para configurarlo como trabajo (remunerado) lo que en realidad se está haciendo es consagrar la división sexual del trabajo, "fossilizar" a la mujer (V. Esquivel). En relación con esta posición se desarrolla todo un movimiento "nómada", extrasistema, que trata de construir toda una red de cuidados gestionados como una "práctica del común" que intenta reestructurar la producción y reproducción social a través de formas cooperativas de organizar el trabajo de cuidados.

La otra posición defiende, por el contrario, la remuneración del trabajo de cuidados entendiendo que precisamente su consideración como "trabajo", lo que hace es objetivar la cuestión, independizarla del sexo (S. Federici).

El otro aspecto que antes se indicaba, el de la práctica constitucional, se refiere al precedente más destacado en la materia como es el que ofrece el llamado "nuevo constitucionalismo latinoamericano" (M. Carbonell) que comienza con la constitución bolivariana de Venezuela, seguida, fundamentalmente en esta cuestión, de las de Bolivia y Ecuador. Se considera en este sentido como paradigmático el tratamiento que se contiene en la Constitución de Venezuela (el muy reconocido artículo 88) en el que se considera al "cuidado" como trabajo "creador de valor agregado y productor de riqueza", es decir, el aspecto cuantitativo; pero se le añade algo que, ciertamente, define al "cuidado" como es el aspecto cualitativo (lo que se ha señalado como la carga emotivo-sensible que incorpora, tan fundamental en el componente y desarrollo humano) y que en el mencionado artículo se designa como "bienestar social". Así mismo, se considera que "la economía de cuidados", debe intentar cuantificarse y formar parte de las "cuentas nacionales".

El resto de las cuestiones que forman ese supuesto programa constituyente inscrito en la realidad, se han ido ya mencionando críticamente como componentes de la misma y no es necesario volver sobre ellas (nuevo tipo de conflicto, movimientos nómadas, el cambio climático, la función y el papel de la tecnología, las fronteras, el papel de la ciencia, transacciones financieras, etc.) ni tampoco su tratamiento que resultará del supuesto proceso constituyente y del que dependerá su repercusión en el ámbito de los derechos y libertades. Igualmente, en las formas de participación y que demanda ese nuevo tipo de conflictos y movimientos sociales. Únicamente dos observaciones sobre estas dos cuestiones últimas: la del tratamiento de aquellas cuestiones y la de las nuevas formas de participación.

Sobre el tratamiento debe indicarse que el necesario aumento del gasto social tiene dos formas básicas de financiación: la deuda y la imposición. En la medida en la que se plantea como opción, es la imposición la que, también por razones objetivas, es la defendible: su disponibilidad soberana, implantación democrática, finalidad distributiva y justicia social frente a, justamente las contrarias, que hacen rechazable la otra opción.

Y respecto de las nuevas formas de participación, aunque sean las demandas de los nuevos conflictos las que las configuren, cabe señalar que no se trata de supuestos o deducciones más o menos supuestas o teóricas, sino de algo que empieza a estar también en la realidad. Tal ocurre con las "Asambleas ciudadanas" que, demandadas por los movimientos sociales, están empezando a utilizarse en distintas materias y en distintos países desde hace algún tiempo pero que muy recientemente están adquiriendo más relevancia tales como las asambleas del cambio climático (Francia, Suecia e Irlanda) reconocidas también en España en relación con la "emergencia climática" y la transición energética, así como, en la misma línea, los RIC o Referendos de Iniciativa Ciudadana de los "chalecos amarillos", también propugnadores de aquellas asambleas ciudadanas.

### 3.4. El paso de la realidad al proceso constituyente

Finalmente, hay que mencionar, aunque ya fuera del ámbito de este trabajo, el paso de lo “objetivo” a lo “subjetivo”, es decir, de “la realidad constituyente” al “sujeto constituyente” capaz de constitucionalizarla. Si bien esta denominación tradicional de “sujeto” ahora ya no debe entenderse –según se dijo– como unitario, sino en sentido complejo, así como la posible constitucionalización tampoco será “unitaria”, sino fragmentada y parcial, aunque estas parcialidades o fragmentos de Constitución no serán ya propiamente “reformas constitucionales” en el sentido clásico, en cuanto integrables en la misma Constitución a la que tratan de adaptar o perfeccionar, sino parcialidades o fragmentos de “otra constitución” en el sentido de que posibilitarán el cambio hacia estructuras diferentes.

Será, en todo caso, el movimiento de lo real el que lo producirá y tampoco es una suposición abstracta, porque si la realidad sigue siendo constituyente, es decir, conflictiva, terminará generando las condiciones del cambio como ha sucedido históricamente, con las peculiaridades de cada circunstancia. Aunque probablemente es innecesario, debe aquí advertirse que no se trata en esta postura de un estructuralismo o neoestructuralismo determinista, sino que en esa “realidad” se incluye, naturalmente, el elemento subjetivo representado sobre todo por el conflicto, como se ha venido considerando.

En este sentido se hace notar en los estudios actuales de historia del derecho, que se viene comprobando la hipótesis de que históricamente los cambios más radicales y que aparecen como improbables (y naturalmente siempre que se dan las circunstancias de la realidad apuntadas) han ido precedidos de las denuncias, construcciones y teorizaciones de los juristas críticos. El hecho se relaciona con el desbloqueo de la Razón propia del pensamiento crítico y que en el pensamiento crítico jurídico supone romper la apariencia u ocultamiento que el propio derecho crea. Pero también con esa relación estudiada entre el lenguaje y realidad que alude a la performatividad (J. L. Austin) y de forma más específica la que elaborada por el feminismo (Judith Butler) descubre el poder reiterativo del discurso para romper identidades, situaciones, estables. Este trabajo es una contribución más en esta línea y con esa clara intencionalidad.

