

# UNA COMUNIDAD EXPANSIVA DE DERECHO Y PODER

## EL MÁS Y EL MENOS LIBERAL DE LA UE

José M. de Areilza

El ecuador del seminario estuvo reservado a la perspectiva europea, ahí la amistad impecable de su autor de la que disfrutamos en *Nueva Revista* le llevó a responder a las demandas de la convocatoria, sin dejar de trazar por ello, en contadas palabras, las claves de gobierno europeas. Areilza viene siendo un excelente conocedor español de las múltiples dimensiones de la UE.

A mi pregunta por la intención de nuestro seminario mi corresponsal ha respondido con dos preguntas múltiples a su vez y por escrito. Una era: ¿cuánto hay de intervencionismo en la Unión Europea tiende al propio de un Estado? Y la otra: ¿conserva un nivel de pesos y contrapesos, cómo está de *check and balances* la Unión Europea, para calificarse aproximadamente como democracia liberal?

Como no son inocentes formulaciones, invitan a respuestas complejas, de manera que adelanto a quien se incline por desconectar de antemano que la respuesta es un

«ya no» a las dos. Para más detalles, he traído conmigo lo que sigue.

La Unión Europea —las Comunidades antes— sí que han servido como límite al intervencionismo y la Unión o las Comunidades antes sí que han tenido un sistema de pesos y contrapesos aproximado al de una democracia liberal. Pero, ya no.

Creo que sería bueno, además, recuperar ese modelo o ese sistema, y a eso voy a dedicar estos minutos. Además de avisar de la conclusión final, les advierto de que seguiré la máxima de los colaboradores en *The Economist*: vamos a simplificar y exagerar deliberadamente, por no hacerlo extremadamente aburrido. Hay veces en que ni yo mismo asistiría a una conferencia mía sobre la UE.

#### EL GRADO DE INTERVENCIONISMO DEL PROCESO EUROPEO HASTA LA UNIÓN EUROPEA

La integración europea echa a andar apostando por el libre comercio en un momento histórico muy concreto, la posguerra, en el que la solución a los problemas económicos mundiales, tienen en el centro la idea de potenciar el libre comercio y de ahí surge el GATT en 1947 y en 1957 el Mercado Común. Es cierto que la primera de las Comunidades Europeas, la del carbón y el acero, preocupó mucho a los norteamericanos y a economistas liberales porque era básicamente un cártel de carbón y acero. Pero el impulso liberalizador fue el fiel de las políticas públicas, de modo que el libre comercio siempre estuviera en el primer elemento de la balanza y que cualquier excepción tuviera que ser justificada invocando el imperativo de otras políticas

públicas, como se ve muy claramente en la idea del Mercado Común. El Mercado Común es un invento europeo del Tratado de Roma, que parte de la creencia en las virtudes económicas y políticas de la libre circulación de mercancías y la extiende a otros factores de producción, el mismo espíritu liberalizador de libre circulación de libertad de movimientos, trabajadores, servicios, capital, ideas...; se decía: aprovechemos al máximo el potencial del mercado para solucionar problemas económicos y sociales en su origen, un principio liberal clarísimo y que técnicamente se llama *integración negativa*. O sea, las nuevas Comunidades Europeas como una manera de desregular, de crear libertad económica, no solamente de limitar el proteccionismo estatal, sino el ir más allá y crear libertad económica.

Al mismo tiempo, el contexto en el que se pone en marcha esa integración europea es paradójico porque la apuesta a nivel supraestatal por el libre comercio convive con el más fuerte impulso conocido de los Estados de bienestar. Es una suerte de división del trabajo, con prosperidad del mercado a nivel europeo y políticas sociales por debajo, lo que se llamó el *consenso de posguerra* entre democristianos y socialdemócratas. Eso también se ve reflejado en las reglas de juego europeas porque junto con los mecanismos de desregulación y levantamiento de barreras, se redactan prohibiciones en los tratados, en las decisiones de jurisprudencia, es todo un capítulo de apoderar las Comunidades Europeas para legislar, para hacer posible cierta *integración positiva*. Desde un principio, se abre una dicotomía para liberales, pues no se puede simplemente desregular en Estados de bienestar tan desarro-

llados. También hay que adoptar estándares comunes para gestionar las externalidades, los efectos no previstos de la creación de mercados a través de prohibiciones. Eso por un lado sería la visión liberal: la regulación europea crea mercado, gestiona externalidades. Pero la visión intervencionista europea, tanto desde el centro derecha como desde el centro izquierda, es bien distinta: estamos creando un nuevo nivel de gobierno que sirve a valores y objetivos propios y, por lo tanto, la regulación europea lo que hace es consagrar una visión europea de distintas políticas públicas, como la protección al consumidor, el medio ambiente o la política social.

Hay un libro muy interesante que explica el marco histórico del proyecto y sus dicotomías: capacidad de regular y capacidad de desregular, entre Estados del bienestar nacionales y prosperidad de mercado europea, es de Alan Milward, historiador británico, *El rescate europeo del Estado-Nación*. Es de los pocos que han buceado en los archivos de las negociaciones sobre las Comunidades de los años cincuenta. La tesis es que se acuerdan las Comunidades para recuperar recursos perdidos por los Estados, como el de crear a la vez paz y prosperidad compartida en medio de una *guerra fría*, de modo que la operación comunitaria es también una recuperación de soberanía metamorfoseada. Es decir, esto no suma «cero», como ha explicado muy bien el profesor Rubio Llorente, sino que se trata de que la integración europea sea una función nacional, una manera de limitar la democracia nacional precisamente para favorecer el desarrollo económico y la convivencia, mediante políticas conjuntas europeas. El precio,

por supuesto, es dejar atrás el nacionalismo y el proteccionismo. Durante las primeras décadas la integración negativa llega lejos, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, con la creación de las doctrinas de «efecto directo», de primacía, favoreciendo una integración expansiva a través del equivalente a la cláusula de comercio de la Constitución americana, y apoyándose en los jueces nacionales, como jueces europeos para aplicar prohibiciones europeas sobre medidas nacionales, no solamente proteccionistas sino también intervencionistas y, por tanto, sancionar ese espacio de libertad que se llama «Mercado Común».

Pero no se puede crear un mercado común europeo sin regulación también a nivel europeo, bien para gestionar externalidades... o bien en pro de ese nuevo nivel de gobierno en la visión más intervencionista de la unidad europea. Es bien interesante para esta historia reparar en que el gran impulso al Mercado Común se da a partir de 1985, cuando la economía de la oferta es ya el paradigma del pensamiento económico, con Margaret Thatcher y Ronald Reagan; son la referencia por sus políticas económicas. Hasta entonces el Mercado Común estaba bloqueado en su desarrollo legislativo por la exigencia de consenso, por el acuerdo de Luxemburgo de 1966, que permitió el veto individual de los Estados en el Consejo. Tras la entrada en vigor del Acta Única Europea, se acepta la toma de decisiones por mayoría en el Consejo y, en un tiempo *récord* para Europa, de cinco años y medio, se aprobaron trescientas normas sobre estándares de producto. Parece algo muy técnico, pero es lo que otorga un marco normati-

vo detallado a ese mercado que no avanza solo por la vía de la desregulación. Y se hace con orientación en buena medida liberal, porque la regulación del mercado interior en el proyecto de 1992 tuvo mucho de autorregulación. Los mismos organismos privados, las propias industrias, de las que nos hablaba antes Jaime García-Legaz, proponen cuál sea el estándar europeo y la Comisión otorga una presunción legal, ese es el estándar para la libre circulación. Es el momento en que la Comisión empieza a hablar de *reconocimiento mutuo* y de *armonización de mínimos*, aunque el reconocimiento mutuo se quede en idea.

Es cierto que hay una inclinación a crear un mercado interior con visión liberal al final de los años ochenta, junto a la tendencia de otras ocasiones a utilizar la regulación europea como protección frente a los estándares globales, bien de la OMC o de la falta de unos estándares globales. Una visión proteccionista de la Unión Europea frente al exterior, cuyo caso paradigmático es la política agraria común.

La regulación europea a veces también sirve para externalizar criterios nacionales, tiene esa misma función proteccionista, como en el caso del estándar alemán para depuradoras, que pasa a estándar europeo en socorro de la industria alemana y abre, además, la venta de depuradoras al resto de los países miembros. Es decir, no siempre se piensa en el conjunto sino que juega a utilizar el mercado europeo como franquicia o como protección frente al exterior.

A finales de los ochenta, se acelera la capacidad reguladora porque se generaliza las decisiones por mayoría en el seno del Consejo a cada vez en más ámbitos. Se deja atrás el acuerdo de Luxemburgo; es cuando la señora Thatcher

se arrepiente de haber impulsado ella misma el Acta Única de la Unión Europea y el mercado interior y exclama: «Esto es el socialismo, por la puerta de atrás». Y la respuesta es: «Depende, depende de cómo se vote en el Consejo». El Parlamento Europeo adquiere cada vez mayores poderes. La Cámara, durante años, quiso la expansión de competencias europeas, sin entrar al contenido sustantivo de estas políticas, fundamentalmente porque pensaba que era la manera de adquirir cada vez más poder formal, como así ha sido. Eso no quiere decir que obtenga plena legitimidad social, porque la paradoja específica que lastra al Parlamento Europeo no es otra que cuanto más poder formal tiene, menos legitimidad social se le reconoce.

Hay también un fenómeno muy importante, del que no se habla tanto, pero es decisivo para entender el desarrollo reglamentario de la Unión Europea. Se trata del florecimiento de *comunidades de expertos*, no me refiero al *lobby* de la industria del tabaco de Estados Unidos —que también— sino que Bruselas se vuelve plataforma de intereses particulares muy poco transparentes porque se puede llegar a verdaderos cambios normativos, y con la gran eficacia de que se aplican a todos los Estados miembros. Pululan esas miles de comunidades de expertos que ponen en entredicho el principio de libre comercio y del mercado como su institución central.

En los años noventa es cuando realmente se expande la capacidad regulatoria europea. El avance del mercado interior impulsa cuatrocientas normas en 1992, pero luego nadie habla de las mil doscientas más de 1993, casi todas estandarización de productos, con distintas orientaciones,

más liberal o más socialdemócrata, o cristiano-demócrata, hasta la famosa directiva de servicios de 2006, que pasó de llamarse «Bolkestein», por el comisario holandés a su cargo, a «Frankenstein» y acabó siendo una norma descafeinada, poco apta para liberalizar los servicios. Bolkestein quería aplicar el principio del «Estado de origen», pero el debate se enturbió enseguida con el proceso de ampliación de 2004. La imagen del fontanero polaco en una camioneta, llena de compatriotas jóvenes y fontaneros diestros y baratos, que paraba en las casas de Francia y volvían esa misma noche a Polonia, plasmaba la amenaza interesada que siempre supone un mercado liberalizado.

El potencial liberalizador de la Unión Europea sigue estando ahí, yo creo que sigue siendo el motor de la integración económica y también el que concita los mayores consensos políticos. Parafraseando al gran don Antonio Fontán, quien decía que cuando en España no había monarquía, lo que había era un lío, se puede concluir que la Unión Europea sin esa orientación liberalizadora al mercado interior termina por meterse en laberintos de dudosa salida.

PESOS Y CONTRAPESOS PARA LLEGAR A QUE LA UNIÓN EUROPEA PAREZCA UNA DEMOCRACIA LIBERAL  
 Volvamos al contexto histórico, en el que se lanzan las Comunidades Europeas, en el que se ponen en marcha una serie de instituciones y procedimientos, fueron tiempos excepcionales.

Jean Monet, el hombre de los planes y de los comités, el europeo que más influencia tuvo en Estados Unidos, lo que peor llevaba era tener que ir a un Parlamento a contar-



le lo que hacía. Pero, incluso, le costaba tener que explicárselo al general De Gaulle, cuando era presidente, siendo su ministro-comisario del plan. Lo que buscaba era poder delegado, poder ejecutivo y poder reglamentario propio. Y esa mentalidad organizativa en la primera guerra mundial para asuntos de transporte y logística de abastecimiento, o en la segunda guerra mundial para la construcción de una industria militar de la aeronáutica en Estados Unidos, funcionó muy bien. Monet fue uno de los que consiguió acelerar la entrada de Estados Unidos en la segunda guerra mundial con todo el trazo que hizo cerca de Roosevelt.

Su modelo original para la primera Comunidad era que la única institución fuese la Comisión, y solo ya en plena negociación del Tratado, los holandeses sugirieron que hubiese otra institución, a la que llamaron *Consejo de Ministros*, para que hubiese una representación de los gobiernos que contrapesase a la Agencia, a la Alta Autoridad, como se llamó entonces, presidida por Monet y encargada de gestionar, nada menos, que el carbón y el acero de las antiguas potencias enfrentadas. De manera que, ya en la segunda Comunidad, la del Mercado Común, al Consejo de Ministros se le da más relevancia y ahí está el primer contrapeso intergubernamental y vigilante de lo supranacional. Pero lo que el diseño no presenta es una separación clara, este modelo político original surgió en tiempos excepcionales, justificable por sus resultados, no por una legitimidad democrática clásica. Sin la separación entre poder ejecutivo y poder legislativo, sucede una visión muy francesa del poder reglamentario, del poder ejecutivo. Ambos confluyen. En lugar de sujetos, hay que

hablar de procesos y, además, de procesos tanto supragubernamentales como nacionales.

Otro contrapeso desde el principio, no solo hay lo supranacional y lo intergubernamental, es el imperio de la ley a escala europea. Hay un poder judicial independiente europeo. Los primeros jueces de Luxemburgo lucían en su despacho fotos de grandes jueces del Tribunal Supremo de Estados Unidos, y crearon una arquitectura, a través de principios, doctrinas y presunciones, por los cuales el Derecho Europeo, sin que estuviese previsto así en los Tratados, se interpretó de forma federal y se sigue interpretando así. Por la puerta de atrás constitucionalizaron, vía su relación con los jefes nacionales, la relación entre el Derecho Europeo y el Derecho nacional, que pasó a ser una cuestión de Derecho Europeo ordenada de la manera más federal posible. A cambio, la política sin más avanzó despacio por el fuerte elemento intergubernamental, tras el acuerdo de Luxemburgo, por el veto individual de los gobiernos en el Consejo.

También desde un principio tuvieron muchos poderes las Comunidades Europeas pero enumerados, limitados, tasados. Fue su tercer contrapeso: requerían de una habilitación jurídica específica para poder actuar, quizá esto es lo más importante que tenemos que recuperar hoy, esa idea motriz de que la Unión no aspire a regularlo todo, sea perfectamente compatible con las democracias nacionales.

El cuarto contrapeso, desaparecido, fue este acuerdo político en el año 66 para dar veto a todos los gobiernos en el Consejo, que la Comisión realmente sirviera al Con-

sejo y no fuese un órgano totalmente ajeno a las políticas nacionales. Lo que ha pasado, una vez roto el acuerdo de Luxemburgo, es que la Comisión se ha intergubernamentalizado, convertida en un Consejo con otro nombre y la tan perjudicial práctica de un comisario por Estado.

Y otro contrapeso —aunque con muchas dudas de que haya servido de tal— fue la creación de un Parlamento Europeo con verdadero poder legislativo.

Yo creo que el punto de equilibrio de la interacción jurídica y política se alcanzó al principio de los noventa. A partir de entonces hay una expansión de competencias, a través de la mayoría cualificada en el Consejo y la creciente sensación de pérdida del control de la integración en los gobiernos europeos. Esto no significa que la Unión lo regule todo, pero sí que nadie sabe cuáles son sus límites materiales, que no hay ningún ámbito de Derecho nacional, autonómico ni local que no pueda estar regulado por una norma europea, si hay mayorías en el Consejo y en el Parlamento y la Comisión lo propone.

A España yo creo que le ha beneficiado estar sujeta a un marco europeo, con una política tan importante como la defensa de la libre competencia vigente sobre un «no modelo» territorial, complejo e inestable. La única manera de armonizar derechos y es mediante una norma europea. Seguimos en lo que decía el viajero Richard Ford: un manojo de unidades locales atado por una cuerda de arena. La cuerda de arena es Europa y lo que ha ocurrido con esta expansión de competencias europeas es que se han acelerado los problemas de legitimidad de este modelo original que, insisto, procede de tiempos excepcionales.

El *constitucionalismo de baja intensidad*, como a veces se llama al practicado en las Comunidades y luego en la Unión, se basa en una Constitución no escrita, material, que limita el poder. Su contenido se encuentra en el conjunto de tratados, principios y prácticas institucionales. De este modo, el cuadro europeo tiene sus propios límites, pesos y contrapesos, pero también tiene un impacto sobre la forma de gobierno nacional, acerca de la cual se reflexiona poco. La integración europea fortalece extraordinariamente a los ejecutivos nacionales, vacía muchas veces de competencias a los parlamentos nacionales, limita mucho el poder de las regiones políticas, subordina a los Tribunales Supremos y al Tribunal Constitucional a decisiones finales del Tribunal de Justicia, aunque haya un diálogo y hasta se acepte que la autoridad final se puede deslindar de la jerarquía normativa, en una visión posmoderna perfecta.

Hemos llegado al momento de repensar el paradigma de la integración, en buena medida por el éxito de este primer modelo, lo que en mi libro *Poder y Derecho en la Unión Europea*, he querido llamar la llegada a *la primera ciudad*, usando de la metáfora dickensiana. La utopía original de crear paz y prosperidad compartida a través de políticas económicas que servían a los Estados miembros, básicamente está agotada, ya de finales del siglo XX.

Pero hay un crecimiento competencial tal, junto al crecimiento del número de Estados, muchos de ellos sin cultura democrática, y con un reparto muy complicado de poder entre grandes y pequeños Estados, que se ha cambiado la cultura política de la Unión Europea. Es como tener seis

Californias y veintidós Massachusetts en la misma unión de Estados, pero, además, sin la voluntad de formar un solo pueblo, por otro lado y afortunadamente. Por si no fuera poco, añadamos la crisis del euro y la extraña gobernanza creada para la recesión, la reaparición de Alemania como potencia hegemónica, por una vez a su pesar.

¿Cómo se hace esto? Se hace volviendo a criterios de representación y participación, de transparencia y de rendición de cuentas, principios de la democracia liberal pero a nivel europeo. Algo *avanzaron* las reformas de los tratados desde Maastricht a Lisboa, pero el replicar a nivel europeo la forma estatal es un error constructivo de principio, que lleva a la creación de un *demos* artificioso para sostener el edificio de la unidad. La integración europea ya no cabe en el proceso elitista, de una función de la democracia, límite a la democracia nacional y por tanto justificada por resultados, lo propio de una necesidad histórica excepcional.

Mi maestro Joseph Weiller achaca a un exceso de «mesianismo político» este primer momento europeo. Vayamos hacia el otro modelo de caminar en la integración, difícil hacer en estos momentos de crisis de la moneda común, de recelos gubernamentales y débil crecimiento económico, de populismo en los nuevos partidos políticos. El euro configurado por las medidas urgentes adoptadas desde el 2010 reorienta el Estado de bienestar en cada uno de los Estados miembros y pide una unión fiscal, aunque no con el impacto de la fiscalidad propia de los Estados. Entonces, hay que pensar en serio en la parte de unión política.

El suelo donde asentarse es la idea originaria de la limitación material de poderes. La Unión Europea debe poder hacer muchas cosas, pero igualmente se debería poder saber qué cosas no hará. Aquí, España tiende a una visión fatalista, la del *que gobiernen ellos*. Todo lo que venga de la Unión Europea ha de ser mejor, con tal de que no lo hayan inventado los nuestros puerta adentro. Ha habido un europeísmo de fe ciega del carbonero, comprensible, pero irremediabilmente pasado de moda.

España está particularmente interesada en comenzar por ahí, por reclamar que la Unión Europea tenga límites materiales en lo que pueda hacer, es la única manera de poder definir su proyecto, y de no aplazarlo a que otros vengán a solucionar nuestros problemas desde las sedes europeas, sobre todo cuando no tenemos la influencia de los años del siglo XX, ni unas mayorías claras que apoyen nuestros intereses.

Cuando ingresamos en las Comunidades de 1986, nuestros representantes de la diplomacia comunitaria acuñaron la expresión de *perro verde* referida a España, para explicar la difícil busca de alianzas en esa Europa a doce. Hoy en día, esto sigue siendo exacto en gran medida y, a diferencia de otros países que pueden fácilmente tejer alianzas, necesitamos de un procedimiento más tasado y una limitación material de poderes.

En segundo lugar, es bueno *per se* y para España en tiempos de simplificación populista que la Unión introduzca en sus instituciones abiertamente la dialéctica política clásica, de libre juego a opiniones y medidas liberales, socialcristianas, ecologistas, socialdemócratas, so pena

de conducir el pluralismo europeo al dilema tópico del *Europa sí-Europa no*. La socialización de la idea europea le conviene que pueda entenderse que la unión bancaria es más liberal o lo es menos, no si es más o menos europea; si la unión fiscal es socialdemócrata en más o en menos, y quién la paga, cuáles intereses favorece, en qué valores se inspiran estas y otras decisiones y las alternativas en juego por los salones de Bruselas.

Y, por último, a esta *segunda ciudad* que representa un poder público renovado, le aguarda hace tiempo el peso de la responsabilidad internacional, de que la Unión Europea se desempeñe como actor global en otros ámbitos distintos del comercio. La mayor parte de los asuntos que definen el futuro europeo se dirimen a nuestra vista, pero fuera de los límites continentales, y no acabamos de aprobar esa asignatura de defender intereses a medio plazo comunes y proyectar valores a un entorno mundial en cambio acelerado. Los intereses y valores acumulados por el largo proceso de la integración europea, el mejor invento económico y político del siglo xx. ■