

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA: DESDE LA AMBIGÜEDAD A LA INTEGRACIÓN

MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN

Malo tecum errare quam cum ceteris recte sapere.
(RENAN: *Mélanges d'Histoire et des voyages*. Prefacio)

SUMARIO: I. UNA LITERALIDAD AMBIGUA.—II. RECONSTRUCCIÓN CONTEXTUAL.—III. MUTACIÓN CONSTITUCIONAL, ¿VACIAMIENTO O RESISTENCIA DE LA CONSTITUCIÓN?

La Constitución económica es una categoría que siempre me ha causado perplejidad. Primero, por la dificultad de su precisión conceptual; segundo, por haber sido testigo de excepción de la polemicidad inherente a la misma; tercero, porque cuando ha dejado de ser polémica, por imponerse en la opinión un pensamiento económico prácticamente único, es cuando las normas económicas de la Constitución de cuya imperfección técnica, coste político y esterilidad jurídica no cabía dudar, me parecen más útiles, precisamente como factor material de integración política; aquella que vivifica la comunidad y legitima al Estado (1).

Respecto de lo primero es claro que no me refiero al concepto académico, utilizado, creo que por primera vez, por Beckerath, en 1933, en su contribución al homenaje ofrecido al ilustre Sombart (2), sino a su concreción práctica.

Constitución económica tiene, en efecto, una doble acepción. En sentido formal, es el conjunto de normas constitucionales que consagran los principios

(1) A lo largo de estas páginas utilizo el concepto de integración y la idea de sus factores materiales en el sentido de R. SMEND: *Verfassung und Verfassungsrecht*, Tubinga, 1928.

(2) «Politische und Wirtschaftsverfassung», *Festgabe für Werner Sombart*, Munich, 1993.

y reglas por las que han de regirse la actividad económica desarrollada por el Estado y los ciudadanos. Pero la supuesta neutralidad económica de la Constitución o, incluso, la inexistencia de tales reglas, no empece que sea piedra, si no angular, sí principal de lo que doctrinalmente se ha llamado «orden económico», esto es, el conjunto de todas las reglas por las que se rige la economía nacional y los procesos económicos, así como la totalidad de las instituciones competentes para la administración, dirección y estructuración de la economía (3). El orden económico es claro que existe y su dimensión normativo-institucional es de grande importancia. Por eso, haya o no Constitución económica en sentido formal, sí existe una Constitución económica material que es el fundamento constitucional, cuando menos tácito, del derecho de la economía en el más amplio de sus sentidos (4). Pero, como dijera Scheuner (5), la expresa regulación de la economía no es parte necesaria de una Constitución y sólo en plena crisis del constitucionalismo, la Constitución económica formal y, en consecuencia, como categoría autónoma, vio la luz.

Ello es así porque, en la raíz de toda Constitución económica y con ello paso al segundo de las acepciones atrás incoadas, se encuentra la búsqueda de la seguridad, la afirmación de un programa o ambas cosas a la vez. Por una parte, las Constituciones se configuran como zonas de seguridad y por eso se introducen en la de Weimar de 1919 las Facultades de Teología o la autonomía local; pero también determinados elementos del modelo económico que se entiende amenazado por la presión social y por las orientaciones revolucionarias de aquel momento. Tal es el origen de la «garantía institucional» como categoría dogmática (6). No otra es la razón para constitucionalizar, como ahora se pretende, la prohibición del déficit del Estado.

Mas, junto con esa función de la Constitución como zona de seguridad, hay también la utilización de la Constitución para afirmar, esto es, tanto exponer como garantizar, los programas de reforma social, y por eso determinadas fuerzas políticas quieren llevar a la Constitución las metas y los métodos para transformar la economía. Sin duda, tal tendencia alcanzará un grado máximo

(3) LAMPERT: *Der Wirtschaft und Sozialordnung der Bundesrepublik Deutschland*, Munich, 1965, pág. 15.

(4) Así en la doctrina española sobre la noción general (A. ROJO: «El derecho económico como categoría sistemática», *Rev. G. Ley y Jurisp.*, 1980, págs. 249 y sigs.), especialmente en el derecho público (cfr. MARTÍN MATEO: *El Derecho Público de la Economía*, Madrid, 1985). Cfr. MARTÍN RETORTILLO: *Derecho Administrativo Económico*, Madrid, 1988, I, págs. 26 y sigs.

(5) «Die Staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft», en *VVDStR* B 11, Berlín, 1954, pág. 20.

(6) Cfr. SCHMITT: *Verfassungslehre* (1928), reed. 1965, pág. 170. Para estas categorías, RUBIO: *La forma del poder*, Madrid, 1993, págs. 88 y sigs.

en las Constituciones socialistas. Pero, sin llegar a semejante extremo, es cierto que los partidos orientados hacia una socialización de la economía, introducen en las Constituciones, a partir de 1917, sus programas de socialización, de transformación, de ampliación del sector público, ya como motor de la economía, ya como instrumento redistribuidor.

Y existe, a mi juicio, una tercera motivación para que exista una Constitución económica: la tendencia a llegar a un compromiso entre las dos anteriores y afirmar retóricamente lo que no se piensa hacer. Como dice el gran Calamandrei, donde está más garantizado el *statu quo* económico es allí donde se afirma la intención de modificarlo, porque el compromiso consiste en llevar a la retórica de los textos constitucionales una serie de declaraciones que después no tienen incidencia en la vida. Surge así en el Derecho constitucional un lenguaje que no es ni descriptivo de lo que existe, ni dinámico, es decir, ese lenguaje que pretende modificar la realidad al suscitar una determinada línea de conducta. Es un lenguaje exclusivamente catártico que se consume a sí mismo en la medida en que da salida a una serie de sentimientos satisfechos al ser expresados (7). En la Constitución española existen abundantes ejemplos de tal tipo de lenguaje catártico.

Ahora bien, quienes mediante la Constitución económica pretenden satisfacer todas estas metas, no manejan magnitudes económicas reales, sino valores de suyo polémicos y tanto más radicales cuanto que no están sujetos a la primera de las reglas de la economía real, el principio de escasez; expresados en términos, por retóricos, polémicos también. Con ello la elaboración de la Constitución económica se carga de una doble polemicidad: la axiológica y la retórica.

Así ha ocurrido a través de la historia constitucional comparada, desde la primera expresión del constitucionalismo social, la de Querétaro de 1917, hasta sus epígonos, también hispánicos y no podía ser menos en 1978 cuando la inusitada expresa referencia a la economía de mercado (8) o su contrapunto, la iniciativa pública en la economía, fue más polémica que la opción bicameral o el modelo de autogobierno judicial (9).

(7) Siguiendo a HIERRO: *Problemas del análisis del lenguaje moral*, Madrid, 1980, y STEVENSON, en *Mind*, 1937.

(8) Cfr. para el Derecho comparado de la época, OJEDA MARTÍN: *El contenido económico de las Constituciones modernas*, Madrid, 1990. En general, BASSOLS: *Constitución y Sistema Económico*, Madrid, 1985, págs. 21 y sigs.

(9) Sobre 1.970 enmiendas a los 171 preceptos del anteproyecto de Constitución de 5 de enero de 1978 a los 23 artículos de contenido económico, se formularon 369 enmiendas. En cuanto a la elaboración del texto, me remito a la tesis doctoral en vías de publicación de MERCEDES RIVAS: *Génesis del Título I de la Constitución en la Ponencia* (Madrid, 1997).

Y, sin embargo, fórmulas constitucionales tan trabajosamente decantadas no parecen haber tenido ni estar llamadas a tener mayor incidencia en la práctica política y jurídica de la Constitución. En unos casos por su equivocidad; en otros porque su significado normativo poco añade al modelo que se deriva del orden económico del que la Constitución es elemento principal pero parcial; sobre todo, en fin, porque este orden económico enraizaba en la fuerza normativa de los hechos, la economía como proceso, su propia pretensión de validez y el proceso ha sido, de 1978 acá, de cambio acelerado. Es entonces, sin embargo, cuando pueden cobrar nuevo significado y fuerza para orientar dicho proceso.

El análisis de estos tres extremos constituirá el objeto del presente estudio, en el que examinaré:

1.º La insuficiencia literal de los conceptos, supuestamente claves, de nuestra Constitución económica.

2.º La construcción contextual de un modelo económico implícito en la Constitución.

3.º Su relación dialéctica con la realidad económica.

I. UNA LITERALIDAD AMBIGUA

Las disposiciones de la vigente Constitución de 1978, referentes a la economía, son numerosas, tanto directa —*v. gr.*, artículos 32, 33, 35, 37, 38, 39-52 y 128-131— como indirectamente, según más adelante se expondrá. Pero la piedra angular de nuestra Constitución económica es, sin duda, el artículo 38 CE según el cual: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado.» Cualquiera que sea la naturaleza de esta norma, ya un derecho fundamental, ya una garantía institucional ya, ambas cosas a la vez, se trata, al decir de Aurelio Menéndez, de una declaración totalizadora (10). Y si los constituyentes trataron de equilibrarla ya en el propio texto del artículo 38 y, más aún, con el reconocimiento de la iniciativa pública en la economía (art. 128.2), lo cierto es que el propio carácter instrumental de los matices del artículo 38 CE —«Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la productividad y, en su caso, de la planificación»— y la distinta colocación de una y otra norma en la Constitución y su diferente garantía (art. 53) y tutela [art. 161.1.a)] revelan un diferente peso normativo.

(10) MENÉNDEZ: *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, Madrid, 1982, pág. 31.

Ahora bien, sobre estas mismas bases normativas, las interpretaciones doctrinales han sido múltiples, si bien pueden reducirse a dos pautas fundamentales. Para unos, el reconocimiento de la libertad de empresa (art. 38), fundamentada en el derecho de propiedad (art. 33) supone la constitucionalización de un modelo económico de mercado que implica límites estrictos a la intervención estatal. Para otros, las propias matizaciones de los artículos 33 y 38 y el contexto de otros preceptos, como es el caso de los artículos 128 y 131 CE y de toda la gama de Principios Rectores de la política social y económica (capítulo III del Título II) supone un modelo flexible que posibilita tanto opciones más liberales como otras más socializantes (12). El equilibrio será, así, la vía hacia la neutralidad. En todo caso, la realidad de la economía española «en el momento constituyente» (13) era y aun después ha seguido siendo, una economía mixta (vid. SSTC 184/1981, 111/1983 y otras posteriores). Ello da, por una parte, una imagen social al principio de compatibilidad entre la iniciativa pública y privada que avala el pacto o transacción constitucional en torno al modelo económico (14) y, cualquiera que sea su adaptabilidad o elasticidad (15), sitúa la supuesta neutralidad entre dos polos irrenunciables: la libertad de empresa y los derechos sociales que exigen una intervención de los poderes públicos, ya como prestadores, ya como garantes.

Personalmente siempre me he inclinado e inclino por la primera de las interpretaciones enunciadas (16), sin perjuicio de reconocer la orientación social de un mercado en el que se ejercita una libertad de empresa que no es sino la expresión dinámica del derecho de propiedad cuya función social afirma la

(11) V. gr., Círculo de Empresarios: *La empresa privada en la Constitución española*, Madrid, 1978. Cfr., *La libre empresa*, II, 1978, M.º 8. La misma tendencia revelan los estudios recogidos en GARRIDO FALLA (ed.): *El modelo económico en la Constitución española*, Madrid, 1981.

(12) Tanto los que hubieran preferido una decantación más socialista (v. gr., BOYER, en RAMÍREZ (ed.): *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid, 1978, págs. 261 y sigs.) como los que hubieran preferido otra más liberal (v. gr., ARIÑO, en ALZAGA (ed.): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. X, Madrid, 1985, págs. 6 y sigs.). En general, la opción intervencionista es la predominante en la doctrina, v. gr., DUQUE: «Iniciativa privada y Empresa», en *Constitución y Economía*, Madrid, 1977, págs. 29 y sigs.; DE JUAN: *La Constitución Económica española*, Madrid, 1984, o BASSOLS: *Constitución y Sistema Económico*, cit.

(13) La expresión de RAWLS: *A Theory of Justice* (1971), remite a la noción de pacto o consenso.

(14) Vid. las diferentes posiciones iniciales en O. DE JUAN: *Cit.*, págs. 24 y sigs., y 329 y sigs. Sobre el consenso, págs. 40 y sigs.

(15) En el sentido que le da ROSSI (*Scritti vari di diritto pubblico*, Roma, 1941, VI) seguido después por Chicarelli, Pergolesi y Biscaretti.

(16) Ya en un viejo texto de 1978, incluido en *Ideas para Moderados*, Madrid, 1982, págs. 277 y sigs.

propia Constitución. Aun dando por cabecera del grupo normativo que denominamos Constitución económica, el concepto de «interés general» afirmado en el artículo 128, resulta que ese interés general funciona en dos dimensiones: una como límite de los derechos privados, y otra como habilitante de la intervención pública. Lo público y lo privado están supeditados al interés general, pero el interés general funciona como limitación negativa para los intereses privados, que han de respetar ese interés general; lo dice la Constitución en el artículo 10.1. Pero, en cambio, funciona como vinculación positiva para la Administración y los poderes públicos, según el artículo 103 de la misma (17). Los poderes públicos sólo pueden actuar al servicio del interés general, mientras que los ciudadanos privados pueden actuar como quieran, siempre que no violen el interés general. Tal es el orden por concurrencia que denominamos mercado.

Del interés general del artículo 128 se pasa así a la economía de mercado del artículo 38, verdadera cabecera del grupo normativo para los liberales. El problema consiste en la equivocidad de semejante expresión, aun dando por supuesto que el mercado requiere, como mínimo, una pluralidad de centros autónomos de decisión económica, porque entre Milton Friedman, Wilhem Ropke y Otta, Sick hay, en la práctica, más diferencias de las que caben en una categoría unívoca, capaz de alcanzar relieve jurídico. En efecto, como señalara entre nosotros García Pelayo (18), mercado significa, cuando menos, tres cosas diferentes. En primer lugar, la característica de aquella *economía libre* en la que el Estado se limita a crear un orden jurídico objetivo para la acción económica privada sin intervenir en el mismo ni orientarlo. El mercado opera, así, autónomamente, realizando, con mayor o menor perfección, pero siempre con eficacia, al menos a largo plazo, una autorregulación de las libres decisiones de los agentes productores y consumidores. Calificada de *social*, la economía de mercado puede significar, también, aquel sistema en que, sin perjuicio de la autonomía en la toma de decisiones por parte de productores y consumidores y del libre acceso de los mismos al mercado, el Estado interviene en él a efectos de garantizar la libre competencia, realizando políticas de fomento, estabilizando los precios e, incluso, redistribuyendo los beneficios que el mercado produzca. Por último, *la economía dirigida o controlada de mercado* parte también de la libertad de decisión de las empresas y de su autorregulación y espontáneo ajuste, pero, de un lado, reconoce que hay casos en que este proceso

(17) Esta es la tesis general sobre vinculación positiva de la Administración, categorizada por Winkler e introducida en España por Ballbé (cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA: *Curso*, cap. VI).

(18) RAMÍREZ: «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución*, Zaragoza, 1979, págs. 27 y sigs.

es insatisfactorio y, por lo tanto, ha de ser corregido mediante la intervención estatal, y, de otro, estima que hay finalidades económicas de índole nacional cuya realización no puede asegurarse por el simple mecanismo de mercado, sino por la acción estatal, lo cual lleva a diversos grados de intervención, reserva de actividades al sector público e incluso planificación. Y a esta trilogía cabría añadir una cuarta acepción utilizada por el Tribunal Constitucional (v. gr., en Sentencia 64/1990) sobre la base de los artículos 138.2 y 149.1.1.^ª CE, en la que mercado significa no tanto unas reglas de juego económicas como un espacio unificado para el funcionamiento de dichas reglas. Esta es la acepción que ha llegado a predominar en la doctrina del Tribunal Constitucional, derivando, curiosamente, hacia la noción de «planificación económica», aunque no en el sentido del artículo 131 CE, sino del artículo 149.1.13.^ª CE, que podría dar nuevo sentido al que hasta ahora se ha supuesto en la utilización del término en el artículo 38 CE (19).

De ahí que la discusión doctrinal pueda no tener fin, puesto que se limita a construcciones terminológicas cuya brillantez e incluso coherencia lógica no impide la debilidad propia de la equivocidad de sus materiales semánticos. Pero esta equivocidad es el precio ineludible de los compromisos apócrifos tan reiteradamente utilizados por el constituyente como técnica de consenso, que permiten coincidir sobre los términos a costa de discrepar sobre su significado (20).

Solamente la jurisprudencia, en cuanto fuente complementaria del ordenamiento (art. 1 CC), permitiría superar las dudas de la doctrina. Pero lo cierto es que sus conclusiones no van más allá a la hora de esclarecer preceptos constitucionales tales como los artículos 38, 128 y aun 33 de la norma fundamental.

En efecto, la doctrina del Tribunal Constitucional parte de poner en cuestión la propia naturaleza de la libertad de empresa, calificada de «derecho fundamental» (SSTC 37/1981, FJ. 2.^ª y 46/1983, FJ. 6.^ª, reiterado en 118/1983) y, a la vez, de «derecho constitucional en el que predomina el carácter de garantía institucional» (Sentencias 83/1984, FJ. 3, y 225/1993, FJ. 3.B), para insistir, a continuación, que la determinación de su contenido es cuestión que «no está exenta de graves dificultades de definición... con carácter abstracto y de general aplicación» (STC 37/1987, FJ. 5.^º), de manera que no es necesario entrar «en el análisis de qué es lo que haya de entenderse por libertad de empresa o cuál sea el contenido esencial de esa libertad» (STC 37/1981, FJ. 2.^º).

(19) Vid. STC 16 de noviembre de 1981. Cfr. BASSOLS: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5 (1982), págs. 149 y sigs. Después, v. gr., SSTC 70, 71 y 133/1997.

(20) Cfr. mi trabajo «Falsas y verdaderas vías del consenso constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 9, 1979, págs. 73 y sigs., donde se desarrolla esta categoría de Schmitt. Sobre sus consecuencias, cfr. LASUÉN: *La economía y la Constitución*, Madrid, 1978.

Aun así, no faltan ocasiones en que el máximo intérprete de la Constitución aborda el problema y concreta la libertad de empresa en una libertad para crear empresas, para actuar en el mercado, para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a los recursos y condiciones del propio mercado (STC 225/1993, FJ. 3.B).

Con terminología harto imprecisa, el Tribunal opone a esta dimensión subjetiva de la libertad de empresa una dimensión objetiva e institucional (Sentencia 227/1993, FJ. 4), pero que no es, como pudiera parecer, la institucionalización de la propia empresa, concepción del anterior régimen abandonada tras la Constitución (21), sino que se remite a «las reglas que ordenan la economía de mercado» como son, por vía de ejemplo a juicio del mismo Tribunal, «las que tutelan el derecho de los consumidores, preservan el medio ambiente u organizan el urbanismo» (STC 227/1993, FJ. 4). Y es esta dimensión la que más aflora en la doctrina acuñada por el Tribunal Constitucional en la materia, donde abundan las tesis formuladas en sentido negativo y la reiterada afirmación de los límites a la libertad de empresa tanto como escasean las definiciones positivas (22). Más aún, en la mencionada Sentencia de 16 de septiembre de 1981 y en la también citada de 26 de mes de marzo de 1987, el Tribunal Constitucional niega indirectamente que la libertad de empresa tenga un contenido esencial, puesto que este supone un límite a la intervención, incluso del legislador. Es decir, el contenido esencial supondría un núcleo inaccesible a la intervención pública del Estado basada en el artículo 128; pero según el Tribunal Constitucional, debe interpretarse el artículo 38 sin perjuicio de las competencias públicas de los artículos 40, 128 y 131. Es decir, no es que el artículo 38 establezca una inmunidad frente al artículo 128, sino que lo que diga el artículo 38 ha de interpretarse en función de la aplicación del artículo 128, y ello es simétrico y paralelo a la concepción del derecho de propiedad como un «derecho debilitado» (STC de 2 de diciembre de 1983). Como en su día señalara Gaspar Ariño (23), el máximo intérprete de la Constitución ha hecho dejación de su función de tal en cuanto a la parte económica se refiere, y ello explica

(21) Sobre la concepción institucional es paradigmático GARRIGUES: *Tres conferencias en Italia sobre el fuero del Trabajo*, Madrid, 1939, concepción que, pese al silencio positivo, sigue latiendo en su Conferencia de 1977 en la APD sobre la reforma de la empresa. Cfr. *Ideas para Moderados*, cit., pág. 285. La jurisprudencia constitucional sigue la tendencia a negar el carácter institucional en función de los derechos fundamentales (v. gr., SSTC 99/1994 y 6/1995). Cfr. PARDO FALCÓN, en *REDC*, 49, págs. 299 y sigs.

(22) V. gr., no es ilimitada (Sentencia 147/1985), requiere control (Sentencia 88/1986), no excluye el intervencionismo (Sentencia 71/1982), etc.

(23) *Principios constitucionales de la libertad de empresa*, Madrid, 1995, págs. 83, 92 y sigs.

que, tras desvalorizar su contenido, haya ahorrado las declaraciones al respecto, muy escasas, especialmente, en los últimos años.

Aun así, cabe deducir que es «la economía de mercado» el marco donde se ejerce la libertad de empresa. En este sentido es elocuente la STC 88/1986 de 1 de julio, reiteración de doctrina anterior (vid. Sentencia 71/1982) y referencia a su vez de otras posteriores, que afirma «el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución como marco obligado para el ejercicio de la libertad de empresa y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta por parte de los poderes públicos suponen la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales» (FJ. 4.º). Esta es pues la meta que orienta las intervenciones públicas, si no *en* el mercado, supuesto del artículo 128.1 CE, sí *sobre* el mercado, por ejemplo, la planificación (arts. 38 y 131 CE) que, por la misma razón de garante y no sustituto, podría orientarse en el sentido del ya citado artículo 149.1.13.ª CE. Tal es el carácter instrumental de las matizaciones del artículo 38 CE a la economía de mercado, señalado más atrás.

La doctrina del Tribunal Constitucional no permite ir más allá. De una parte, se reconoce una libertad de empresa que, pese a su colocación sistemática y su formulación literal se califica de garantía institucional, a la que se da un contenido positivo consistente en iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial. Pero sometiendo el contenido de ésta a las limitaciones que resultan de la interpretación conjunta del artículo 38 con otros preceptos como el artículo 128 y el 131 CE (cfr. SSTC 184/198 y 111/1983), de manera que se trata de un derecho a interpretar de acuerdo con los límites de su configuración constitucional (Sentencia 147/1986) que, a su vez, se remiten a una configuración legal. Y todo ello en el marco de una economía de mercado puesta en la Constitución como garante de la libertad económica, pero que en la doctrina del Tribunal parece transformarse, a veces, en título de intervención pública.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni es mucho más abundante ni tampoco más clarificadora, aunque sí, tal vez, más atenta a la realidad económica (24).

II. RECONSTRUCCIÓN TEXTUAL

Ahora bien, la insuficiencia de la interpretación literal debe superarse, a mi juicio, siguiendo las pautas hermenéuticas que, para todo el ordenamiento, se-

(24) Cfr., *ibid.*, págs. 104 y sigs.

ñala el artículo 3 CC, sin que sea lícito excluirlas cuando se trata de interpretar una Constitución cuyo carácter normativo se proclama cada día. Y la primera de tales pautas es la interpretación sistemática, que exige recurrir al contexto, pero, claro está, en toda su extensión —canon hermenéutico de totalidad— y no restringido sólo a las normas de significado económico explícito y exclusivo.

En efecto la Constitución reconoce una serie de derechos individuales y colectivos algunos de los cuales se refieren expresa y directamente a la economía y ya antes han sido citados, pero también otros que en su formulación clásica parecen ajenos a la misma y, sin embargo, al consagrar la autonomía individual están en la raíz de la libertad económica que en ella se basa. Como es bien sabido, los derechos fundamentales no son, en el derecho constitucional contemporáneo, meros límites frente al poder o ámbitos abiertos a la acción ciudadana como era el caso del *status negativus libertatis* y el *status positivus libertatis* respectivamente conocidos por los clásicos, sino valores materiales que inspiran todo el ordenamiento y, en consecuencia, también son determinantes respecto del ordenamiento jurídico-político de la economía. La experiencia americana fue, a estos efectos, concluyente, como después lo ha sido la alemana. De ahí que tales derechos, aun sin aparente contenido económico (v. gr. la libertad de circulación, cfr. art. 19 CE), integran, como piezas fundamentales, una Constitución económica material a cuya luz cobran significado las ambiguas expresiones de la Constitución económica formal.

Así, en la República Federal, la neutralidad económica de la Constitución, afirmada por la jurisprudencia al menos desde 1954, y ampliamente glosada por la doctrina, no empece la garantía constitucional de un orden económico, porque las libertades y derechos fundamentales despliegan un efecto constitutivo sobre la economía. Así, la garantía patrimonial impide, al substituir la garantía del patrimonio por la de valor, que la socialización excluya la propiedad privada o el derecho de asociación fundamenta la sociedad mercantil y lo que ello supone (25).

En tal sentido pueden citarse, en España, los artículos 1.1 (Estado Social y Democrático de Derecho y valor superior de libertad), 1.1 y 14 (igualdad ante la ley y principio de no discriminación), artículos 7, 22 y 28.1 (libre creación de asociaciones y de organizaciones sindicales y empresariales), artículo 19 (libertad de circulación) artículo 28. 2 y 37 (derechos de negociación y conflicto colectivo), artículo 31 (contribución al sostenimiento de los gastos públi-

(25) PAPIER: «Ley Fundamental y orden económico», en BENDA: *Manual de Derecho Constitucional*, trad. española, Madrid, 1996, págs. 567 y sigs.

cos), artículo 33 (derecho de propiedad y herencia), artículo 35 (libertad de trabajo). Estos derechos integran, tanto o más que los Principios Rectores de la política social y económica (cap. III del Título II) o las disposiciones relativas a la Economía y Hacienda (Título VII), la Constitución Económica, por dos razones de peso. De un lado, la conducta de los agentes económicos encuentra en ellos su fundamento y garantía. Pero, además, su pretensión de validez es, parafraseando a Bachoff (26), mucho mayor si se atiende a su formulación —más normativa que catártica—, colocación —en la sección 2.^a del capítulo II del Título III o, al menos, en todo caso en dicho capítulo II— y tutela constitucional —en las dos modalidades del artículo 53.1 y 2 CE—. No son, en efecto, principios informadores de la acción de los poderes públicos, sólo exigibles de acuerdo con lo que al efecto dispongan las leyes, como es el caso de los Principios Rectores según el artículo 53.3 CE o normas de organización, como es el caso del Título VII con ser ello muy importante, sino derechos que vinculan a todos los poderes del Estado, directamente exigibles y aplicables, según el artículo 53.1 CE.

Si, ciertamente, el artículo 38 CE debe interpretarse en relación con los artículos 128 y 131 CE y, por supuesto, viceversa, aquél recibe su contenido material de estos numerosos preceptos constitucionales que consagran otros tantos derechos ciudadanos dotados de un contenido esencial. Así, la libertad de empresa aparece como un derecho vinculado a la propiedad (los arts. 33 y 38 CE tienen la misma colocación sistemática en la sección 2.^a del capítulo II del Título II), como su expresión dinámica en virtud de un principio general de libertad (art. 1.1 CE). La propia empresa no es ya una institución, sino que se disuelve en un haz de estipulaciones cuyo núcleo es el propio empresario, titular de potestades dominicales que, a la vez, contrata y negocia puesto que la libertad de contratar tiene su fundamento en la propiedad y se presenta como el nuevo centro del derecho de la economía en cuanto motor del beneficio que le da sentido. Por otra parte, el mercado concreta su significado al integrarse con la libertad de hacer transacciones, consumir, trabajar, organizarse, negociar y adoptar medidas de conflicto (vid., respectivamente, los arts. 138.2, 51, 35, etc. CE) (27). Es en este mercado en donde se reconoce la iniciativa pública en el campo de la economía (art. 128.2 CE) de modo que, al margen de las reservas e intervenciones acordadas por ley previstas en el segundo inciso del mismo artículo 128.2 CE, lo que se ha llamado compatibilidad entre la iniciativa privada y la iniciativa pública, respectivamente reconocidas en los artículos 38 y 128.2 CE se han

(26) *Grundgesetz und Richtermacht*, Tubinga, 1959.

(27) Cfr. TORNOS: «Ordenación constitucional del comercio», en *Homenaje a García de Enterría*, Madrid, 1991, V, págs. 4.105 y sigs.

de desarrollar en el marco de una economía de libre mercado. Tal es el principio de conformidad (28). Por último, se prevén genéricas y específicas medidas de intervención públicas en la economía cuyo principio inspirador ha de ser la libertad de los agentes económicos, *v. gr.*, los derechos de los consumidores (art. 51 CE) como reiteradamente ha reconocido el Tribunal Constitucional.

De todo ello pueden extraerse dos conclusiones. Una primera. La libertad de empresa es un derecho fundamental, pero de índole formal, puesto que es el *nomen* que comprende la proyección de otros derechos fundamentales, de ahí el calificativo de «poliédrica» (29) que se le ha dado, en el campo económico que le proporcionarán su contenido esencial y no una garantía institucional. En consecuencia, le son aplicables las previsiones del artículo 53.1 CE, si bien la reserva legal e incluso la tutela deberían procurarse por la vía de los otros derechos substantivos que le prestan contenido y, a la luz del artículo 53.2 CE y dada la doctrina del Tribunal Constitucional, la importancia de esta matización es grande. Por el contrario, la economía de mercado es, efectivamente, una garantía institucional con el alcance que la propia doctrina del Tribunal Constitucional ha dado a esta categoría dogmática (Sentencia 32/1981, FJ. 3), que asegura una determinada imagen social. Es erróneo aplicar, como ha apuntado el propio Tribunal en Sentencias citadas, a la libertad de empresa el calificativo que sólo merece su marco y ello redundaría en un debilitamiento de lo que la Constitución pretende consagrar como un derecho fundamental, al privarlo de contenido esencial y de las oportunas garantías procesales. La articulación de ambas categorías, derecho fundamental y garantía institucional es importante. El mercado —objeto de garantía institucional— es el marco en el que se ejerce, tanto el derecho fundamental de libre empresa, como la potestad pública de iniciativa económica.

Junto a esta conclusión formal nada baladí, cabe otra material aún de mayor calado. Una interpretación sistemática de la Constitución vigente contiene un buen número de derechos fundamentales que, en parte explícitamente y, sobre todo, en parte implícitamente, garantizan derechos básicos también en el campo de la economía. El modelo resultante excluye, de entrada, ciertos órdenes económicos como el de economía de planificación centralizada y vinculante y se promueve un tipo de orden económico en el que prevalecen la libertad de consumo, de competencia, de empresa, de producción de comercio, etc. y ello no en virtud de la ambigua fórmula del artículo 38 CE, sino merced a la serie de derechos fundamentales substantivos enunciados.

(28) DE JUAN: *Op. cit.*, págs. 90 y sigs.

(29) ALZAGA: *Derecho Político español, según la Constitución de 1978*, II, Madrid, 1998, pág. 183.

Sin duda que en un modelo semejante caben políticas más liberales y más intervencionistas. Pero, como Lampert (30) afirma respecto de la Ley Fundamental alemana, es claro que la Constitución incluye una opción en favor de un orden económico determinado primariamente por las decisiones de los ciudadanos.

Ahora bien, si la Constitución no es económicamente neutral entre intervencionismo y liberalismo, sino que pone coto a aquel en favor de este, ¿hasta dónde puede llegar, dentro del modelo constitucional, la inhibición de los poderes públicos?

Efectivamente, la Constitución contiene una serie de Principios Rectores (Título II, capítulo III) y de previsiones de intervención en la economía (Título VII) que dan un contenido a la calificación del Estado como «social» (art. 1.1 CE) y a la cláusula del artículo 9.2 CE, y así los ha interpretado el propio Tribunal Constitucional (*v. gr.*, SS 189/1987, 222/1992 y 55/1994) (31). Su normatividad, en consecuencia, aun siendo de otra índole que la de los derechos y libertades, no debiera subvalorarse. Si su inclusión en la norma fundamental no fue, tal vez, el principal acierto de los constituyentes, una vez asumidos como parte del pacto constitucional y elementos de una Constitución normativa, descartar su significado y validez en razón de su condición eminentemente catártica, equivale a rechazar el pacto constitucional y su condición normativa que, tantas veces se ha proclamado sintética.

De la misma manera que la neutralidad económica de la Constitución no ha impedido que, de los derechos fundamentales en ella reconocidos, surja un modelo económico que al proyectar en este campo el valor superior de libertad consagra el mercado, parece lógico que los Principios Rectores y las técnicas organizativas que responden al calificativo de «social» como expresión del valor superior de justicia (art. 1.1 CE), tengan también relevancia en la configuración del citado modelo.

Tales principios y técnicas, de muy variada estructura normativa, no pueden excluir el orden por concurrencia económico y social cuyo paradigma es el mercado; pero publican este orden por concurrencia, poniéndolo a salvo, incluso, de sí mismo. Esto es, garantizan, en el triple sentido de posibilitar, robustecer y asegurar, la libertad. Si el hombre y la mujer tienen derecho a con-

(30) *Op. cit.*, Tercera Parte, I. Así, la verdadera Constitución económica, determinante de la acción pública en economía, son los principios constitucionales con relevancia en el Derecho administrativo económico [cfr. STÖBER: *Derecho Administrativo Económico* (1889), trad. esp., Madrid, 1912, págs. 77 y sigs.].

(31) Cfr. PAPIER en BENDA, MAIHOFFER, etc.: *Manual de Derecho Constitucional*, cit., pág. 570.

traer matrimonio (art. 32 CE) y los hijos a una protección integral (art. 39.2 CE), a cargo de los padres (art. 39.3 CE), el horizonte para ello es, salvo excepciones, a resolver por los poderes públicos, la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE). Si los españoles tienen el derecho al trabajo (art. 35 CE), ello sólo será posible si se realiza una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE) y no es casual que la efectividad de tales Principios Rectores se ponga en duda cuando entran en crisis aguda aquellos derechos. En tal sentido ha podido decirse con razón, en la senda de la mejor doctrina comparada, especialmente Häberle, que los Principios Rectores suponen la institucionalización de los derechos fundamentales, trascendiendo en objetividad y organización lo que, clásicamente, se concibe como derechos subjetivos (32). Pero el problema consiste en saber hasta qué punto la radical subjetividad de los derechos fundamentales llega o no a excluir la objetividad de este polo institucional del Título II que los Principios Rectores pretenden ser.

Porque, precisamente, «la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas» que, como pauta hermenéutica, recomienda el artículo 3 CC, nos orienta hacia la economía liberalizada y globalizada que, sin duda alguna, no tuvieron *in mente* los constituyentes y que parece contradictoria no sólo con expresiones constitucionales manifiestamente retóricas (*v. gr.*, art. 40 CE), sino con disposiciones (*v. gr.*, art. 41) y previsiones (*v. gr.*, art. 128 CE) constitucionales plena e, incluso, inmediatamente normativas, cuya enérgica pretensión de validez sería desleal sumergir en una interpretación sociológica que hiciera primar el hecho sobre la norma. Pero además, en el concreto caso español, la liberalización, desregulación y apertura a una economía más amplia en trance de convertirse en global, procede no sólo de los hechos, sino de la inserción de España en otro orden constitucional económico cuyas normas, a más de vinculantes, tienen un efecto directo y prevalente sobre las propias del Estado: la Constitución económica europea, en la que se conforma «un modelo concreto de economía de mercado de carácter neoliberal que, ciertamente, tiene cabida en nuestra Constitución, pero que limita las posibilidades de opción por otros modelos que también son posibles en nuestro texto constitucional» (33).

Y en tal sentido pueden citarse los principios comunitarios de libre circulación de personas, bienes y capitales entre los Estados miembros (arts. 3, 30 consolidado 28, 48 consolidado 39), libertad de establecimiento (art. 52 conso-

(32) Cfr. LÓPEZ PINA, en ALZAGA: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, 2.^a ed., IV, Madrid, 1996, págs. 26 y sigs.

(33) ALONSO UREBA: «El marco constitucional económico español y la adhesión a las Comunidades Europeas», VV. AA.: *Tratado de Derecho Comunitario*, Madrid, 1986, pág. 274. Cfr. MUÑOZ MACHADO: *Servicio Público y Mercado*, I., Madrid, 1998, págs. 43 y sigs., y 219 y sigs.

lidad 43), libertad de prestación de servicios (art. 58, consolidado 46), exclusión de monopolios (art. 37, consolidado 31), prohibición de discriminación y de ayudas, respecto de las cuales la acción de los poderes públicos es excepcional (arts. 36, consolidado 30; 55 consolidado, 45; 56 consolidado, 46; 66 consolidado, 55).

III. MUTACIÓN CONSTITUCIONAL. ¿VACIAMIENTO O RESISTENCIA DE LA CONSTITUCIÓN?

El proceso de integración europea a través de las Comunidades y de la Unión, ha tenido, como es bien sabido, unos efectos sobre el orden constitucional de los Estados miembros que, con razón, ha podido ser calificado de mutación constitucional, en el sentido estricto del término que le diera Jellinek. Esto es, «la modificación de la Constitución, en virtud de hechos que no tienen por qué ir acompañados de la intención o conciencia de tal modificación, y que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente» (34). Tal es la tesis que, en la doctrina española, han expuesto, magistralmente, las obras de Muñoz Machado y Pérez Tremps (35). ¿En qué medida la mutación que afecta, entre otros extremos capitales, a la posición del legislativo —subordinándola— y del judicial —exaltándola— ha transformado nuestra propia Constitución económica?

Sin duda que las normas comunitarias han dado sentido diferente a ciertas disposiciones económicas de la Constitución de 1978. Así, por ejemplo, «la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería y de la pesca» preconizada por el artículo 130 CE tiene, en virtud de la Política Agrícola Común y de la Política Pesquera Común, un significado diferente al que suponían los constituyentes y le dieron sus primeros exégetas. Hoy el citado precepto pende mucho más, a la hora de interpretarlo, del artículo 2 del Tratado CE reformado por el artículo G.B. 2 y 3 del Tratado de la UE que de los artículos 40, 131 y 138 CE como en su día dijera el Tribunal Constitucional (S. 96/1984, de 19 de octubre). Y ello sin entrar en el fraccionamiento de derecho tan clásico como el de la propiedad (art. 33 CE) por obra de la misma PAC. Esto supondría lo que Jellinek denominó una mutación por la práctica (36).

(34) *Reforma y mutación de la Constitución* (1906), trad. esp., Madrid, 1991, pág. 7.

(35) MUÑOZ MACHADO: *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Madrid, 1983; también PÉREZ TREMP: *Constitución Española y Comunidad Europea*, Madrid, 1993. DE LA CUADRA SALCEDO lo aplica al campo económico en «Introducción al Título VII», ALZAGA (ed.): *Comentarios*, cit., 2.ª ed., X, Madrid, 1998, pág. 82.

(36) *Op. cit.*, pág. 15. Sobre la mutación del derecho de propiedad. Cfr. PALMA: «Los derechos de producción en las explotaciones pecuarias», *Rev. Derecho Privado*, 1997, pág. 38.

Pero en el caso del artículo 128.2 CE —y concordantes— que prevén la intervención pública en la economía, la incidencia del ordenamiento europeo es mucho mayor. En efecto, como ya he dicho, el citado artículo 128.2 CE, en relación con el artículo 38 de la misma norma fundamental, responde a un sistema de economía potencialmente mixta, en la que el principio de compatibilidad permite la expansión del sector público y, muy especialmente, su control de los servicios públicos en sentido material. Semejante sistema, que era el común en los Estados miembros de la Comunidad Europea, fue asumido por el Tratado CEE, tanto al declararse este neutral en cuanto al régimen de propiedad de los Estados miembros (art. 222 hoy 295 consolidado), como por el reconocimiento de los llamados «derechos especiales exclusivos» que permitía a los Estados el monopolio de los servicios de interés económico general (art. 90 hoy 86 consolidado).

Ahora bien, la interpretación inicial del artículo 90 CEE se invierte, por obra de la Comisión y de la Corte de Justicia a partir de 1990 al hacer de los derechos exclusivos o especiales una situación contradictoria con el mercado único, sólo mantenible por vía de excepción a justificar en cada caso y por cada Estado (37). Creo que fui de los primeros en anunciar esta inevitable consecuencia del Mercado Común y, muy especialmente del Acta Unica de 1986 con su previsión de la libre circulación de mano de obra, de capitales y de toda clase de bienes y servicios en el ámbito comunitario, junto con la defensa a ultranza de la competencia y la consiguiente prohibición de toda clase de ayudas que pudieran falsearla (38). La situación parece haberse modulado tras la Sentencia Corbeau de 1993 y otras decisiones concordantes, hasta el nuevo artículo 7 D (hoy art. 16 consolidado) introducido en el Tratado CEE por el de Amsterdam que reconoce «el lugar que los servicios económicos de interés general ocupan entre los valores comunes de la Unión así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial» (39). Pero, aun cuando se velará porque «dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido», ni esto supone exceptuarlos de las reglas del mercado ni siquiera una garantía de su publicación ante la generalizada huida del derecho administrativo y la ola privatizadora, ni la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales deja de ser excepcional. Y, en todo caso, ha de

(37) A partir de la Directiva de Telecomunicaciones (88/301/CEE), de 16 de mayo de 1988, y la jurisprudencia iniciada con la Sentencia 19 de mayo de 1991 (República Francesa vs. Comisión).

(38) Cfr. mis notas en ALVAREZ CONDE (ed.): *Diez años de Régimen Constitucional*, Madrid, 1988, págs. 23 y sigs. Comparen con BASSOLS: *Op. cit.*, págs. 334 y sigs.

(39) Cfr. WACHSMANN en *Rev. Trim. Droit Européen*, 1994, págs. 43 y sigs.

ser acordada no sólo por Ley, sino de acuerdo a los procedimientos comunitarios establecidos por la normativa supranacional (vid. arts. 101 hoy 96, y 102 hoy 97 del Tratado CEE). ¿Acaso, por ejemplo, una mera garantía constitucional como la que, según la doctrina del Tribunal Constitucional (cfr. S. 207/1997), el artículo 41 CE otorga al sistema de seguridad social, asegura que éste no puede privatizarse en su gestión e ir hacia fórmulas netamente contributivas? Se trataría de una mutación constitucional originada mediante el quebrantamiento de la Constitución originaria por obra de un ordenamiento superior y un espacio más amplio —*Ordnung* y *Ortung*, ordenación y situación, van de la mano, decía el viejo Schmitt— análogo al que Jellinek señaló en Constituciones de los Estados alemanes por obra de su inserción en el Reich (40).

De otra parte, la economía como proceso se orienta cada día más hacia un modelo de mercado libre, no tanto por la fuerza normativa de la Constitución, sino por la fuerza normativa de los hechos, potenciada por la normativa comunitaria, desde el Acta Unica al Tratado de Amsterdam. ¿Tienen en tal situación sentido las disposiciones de los artículos 40 o 130 CE cuya finalidad era, específicamente, corregir los desequilibrios a que pudiera dar lugar la mera lógica del mercado? A primera vista parecería que sí conservan alguno es el de reflejar los principios de solidaridad intracomunitaria, pero sin que ello suponga introducir nuevas técnicas de corrección al margen de las previsiones comunitarias (cfr. art. 92 CEE, hoy 87 consolidado). Surgiría así, para utilizar de nuevo las categorías de Jellinek, una mutación constitucional consistente en la derogación tácita por desuso (41).

La necesidad política que, al decir de Jellinek (42), es origen de mutaciones constitucionales, puede ir aún más lejos y derogar o cambiar el significado del propio artículo 128.1 CE, según el cual «toda la riqueza del país... está subordinada al interés general». Hasta ahora, para los autores, exégetas e intérpretes de la Constitución no cabía duda de que el interés general era el de España, cualquiera que pudieran ser las divergencias sobre el mecanismo para su decantación y promoción. Pero los Tratados comunitarios suponen la existencia de un interés general de la Unión. Así resulta específicamente de los conceptos formulados en los artículos 2 y 3 CEE y de las previsiones del artículo 3 A (hoy 4 consolidado) introducido por el TUE. Este interés es predominante (art. 5 CEE, hoy 10 consolidado) y ha de ser servido por normativas comunitarias de efecto directo y aplicación prevalente y por una política de

(40) *Op. cit.*, pág. 9. Cfr. SCHMITT: *Der Nomos der Erde*, ed. Berlín, 1974, cap. I.

(41) *Ibid.*, pág. 45.

(42) *Ibid.*, pág. 29.

orientación no nacional sino supranacional —es ahora el *Ordnung* el que determina el *Ortung*—. El interés puede seguir siendo general pero se refiere a otra generalidad distinta a la contemplada por la Constitución, porque distinto es su correlato espacial.

Por último, la conversión en norma del principio de subsidiaridad, por obra del Tratado de la Unión, tiene consecuencias aún más amplias. En otros lugares y ocasiones he señalado (43) su incidencia en la parte orgánica de la Constitución donde supone invertir la distribución territorial de competencias prevista en la misma y en otras piezas claves del bloque de constitucionalidad como son los Estatutos de Autonomía. Pero los efectos no son menores en el campo económico. En efecto, rompiendo con la situación política anterior (Ley de Principios Fundamentales de 17 de mayo de 1958, X), la Constitución de 1978 afirmó el principio de compatibilidad de la iniciativa privada con la pública frente a la subsidiaridad de ésta respecto de aquella y esto es lo que ahora invierte la subsidiaridad en su dimensión horizontal, es decir, de relaciones entre la sociedad y los poderes públicos. Así lo ha interpretado el Parlamento Europeo y en ello abunda la más autorizada, por lo auténtica, interpretación sobre la materia (44). Nunca la mutación más profunda ha sido más intencionada y, en apariencia, también, menos consciente, para tomar, de nuevo, los calificativos de Jellinek.

Ante una situación semejante es forzoso plantear una gran cuestión. En 1978 se cometió la ingenuidad, muy propia de la ucronía española, de elaborar una Constitución con opciones económicas cuando menos keynesianas, pese a ser ya evidentes los vientos de cambio en la economía occidental y en la Comunidad Europea a la que se aspiraba (45). Y en 1985 no se apreció incompatibilidad alguna entre los Tratados CEE y la Constitución y, por lo tanto, bastó la cláusula de apertura del artículo 93 para permitir la adhesión de España a la Comunidad sin necesidad de reformar previamente la Constitución, según preveía el artículo 95 de la misma. Pero es claro que, al acelerarse las tendencias liberalizadoras y modificarse la interpretación del antiguo artículo 90 del Tratado CEE, la incompatibilidad sobrevenida era ya patente cuando se ratificó el

(43) «Tratado de la Unión Europea y Constitución española: el principio de subsidiaridad», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, XLV, núm. 70 (1992-1993), Madrid, 1993, págs. 359 y sigs.

(44) P. E.: *El Principio de Subsidiaridad*, 5 de abril de 1990, Col. A-3-267/90/SP. Cfr. DELORS: «Le principe de subsidiarité. Contribution au débat», *Subsidiarité: défi du changement*, Maastricht, 1991, pág. 17.

(45) *Pour le plein emploi et la stabilité des prix. Rapport établi à l'intention de l'OCDE par un groupe d'experts indépendants*, París, 1997 (Informe McCracken).

Tratado de la Unión en 1992. Pese a que algunos lo sugerimos, se escamoteó entonces a la opinión y las Cortes el gran debate que hubiera supuesto una revisión de la Constitución más allá del artículo 13 CE, relativo al sufragio pasivo en las elecciones municipales (46). Así, hoy nos encontramos con que la Constitución formal, cuya intangibilidad y normatividad afirmamos enfática y reiterativamente y cuya supremacía ha declarado el Tribunal Constitucional (declaración 1/1992), contiene disposiciones económicas inaplicables en virtud de la normativa europea. ¿Qué hacer? Ante todo, evitar ser, a más de temporáneo, excesivo.

Para unos procede la revisión de nuestras normas Constitucionales para adecuarlas a la nueva situación de la economía global y de la normativa comunitaria, como, por ejemplo, lo hizo en su día Portugal. La mutación debería avocar, así, a la revisión.

Para otros, la lógica de la integración y su fuerza normativa nos libera de los inconvenientes de una revisión constitucional. El Tratado de la Unión y el Tratado de Amsterdam serían nuestra verdadera Constitución económica, ante la cual no cabe invocar la propia Constitución estatal. La mutación sustituiría, de esta manera, a la revisión.

No faltan, en fin, quienes creamos en la dinámica de una Constitución, a la vez, paccionada, normativa y abierta, cuyo *telos* es la integración política.

Es usual, en efecto, abundar en la condición consensuada, es decir, pactada de la vigente Constitución de 1978 (47). Pero este pacto no se refiere tan sólo a la forma política del Estado y a su integración territorial, sino al propio modelo de sociedad. Si hubo pacto en torno al artículo 16 CE —aconfesionalidad no laica— o al artículo 27 CE —libertad de enseñanza—, también lo hubo en torno a un modelo económico-social, tan contrario a la socialización de la economía como a lo que cabe denominar «liberalismo de asalto» y este pacto es tanto o más consubstancial a la Constitución que los demás.

Es la fuerza del mutuo compromiso político que generó la voluntad constituyente y permitió generalizar lo que eran, inicialmente, posiciones de partido, la raíz política de la fuerza normativa de la Constitución. Si toda la Constitución es suprema y normativa (art. 9.1 CE) podrán, sin duda, distinguirse en ella diferentes lenguajes, pero no tomar por superflua retórica algunas de sus disposiciones porque resulten, coyunturalmente, políticamente inconvenientes. Antes al contrario, al intérprete corresponde escudriñar su sentido normativo, para, de la mejor manera posible, hacer efectiva en cada momento la finalidad

(46) La pobreza del debate señalada en RUBIO: *La forma del poder*, cit., págs. 175 y sigs.

(47) Vid. mi trabajo «La Constitución como pacto», *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 44, 1998, págs. 15 y sigs.

última y el espíritu de la norma y, en modo alguno, disolver en una «normatividad de situación» lo que es elemento fundamental de la naturaleza teleológico-axiológica de lo jurídico. Los derechos sociales acordados en 1978 y las técnicas publicadoras e intervencionistas necesarias para su garantía, podrán ser económicamente inconvenientes o no, pero, por estimarse políticamente necesarias y, en cuanto tal pactadas, son normativamente indeclinables, en tanto un nuevo pacto constitucional no los modifique.

Ahora bien, la Constitución de 1978 se ha venido configurando como una Constitución abierta (48). Abierta, como señalara Haberle (49) a un proceso político tal vez imprevisible —«adónde llevará sólo lo sabrán, algún día, nuestros nietos», decía Jellinek al concluir su citado análisis de la mutación— y al que no pueden ser ajenas las circunstancias económicas, pero que no ocurre en tercera persona. No es el impersonal «se» de los mercados globalizados o de las opciones supranacionales quienes han de protagonizarlo en último término, sino el pueblo que se dio y mantiene viva la propia Constitución. El «nosotros» protagonista de la democracia. Tal es el sentido de la autoatribución de la soberanía del artículo 1.2 CE y de su proyección sobre las transferencias competenciales del artículo 93 CE.

Pero volviendo sobre las tres notas subrayadas, resulta que el pacto, si se cumple, es el más elemental y eficaz instrumento de integración tanto política como social. Una integración que no es estática, sino que se abre a la interpretación y aun modificación por el mutuo acuerdo de las partes, excluyendo tan sólo, claro está, la alteración unilateral. Resulta, también, que la Constitución es normativa no sólo porque establezca normas de organización y competencia, sino porque formula valores de libertad y solidaridad que son otros tantos factores materiales de integración política. Resulta, en fin, que el sujeto constituyente que convencionalmente denominamos pueblo, esto es, el cuerpo político, cualquiera que sea su pluralismo interior en el que tantas veces he insistido, sólo puede existir si recrea cotidianamente una voluntad de vivir juntos que, entre otras cosas, requiere y permite compartir bienes económicos y culturales. Y precisamente porque la Constitución tiene como *telos* supremo la integración política, la permanente recreación del cuerpo político, ha de consagrar el valor de solidaridad con la misma energía que el valor de libertad. Sin solidaridad no hay *demos* y sin *demos* no hay ni Estado ni, en consecuencia, ciudadanía. Y una Constitución que tuviese como único fin garantizar la mera coexis-

(48) Vid. mi trabajo «Dinámica de una Constitución abierta», en *La Constitución cara al siglo XXI*, Madrid, 1998.

(49) *Verfassung als Öffentlicher Process. Materiellen zu einer Verfassungs-theorie der Öffene Gessellschaft*, Berlín, 1978.

tencia de esferas individuales de libertad en un espacio competencial arbitrario y, por lo tanto, siempre provisional, ¿sería capaz, incluso, de garantizar semejante coexistencia? ¿El sistema no requiere encarnarse en una comunidad y asentarse en una concreta situación espacial?

Una respuesta a tales cuestiones que prime la interpretación de la Constitución como integración, permite orientar y limitar el sentido de la mutación constitucional antes señalada. En efecto, como es bien sabido, la convención es el gran motor de la mutación salvo cuando ésta se debe a lo que Mirabeau denominaba la «subitaneidad del tránsito», esto es, a trastornos externos o internos de alcance revolucionario. Frente a la dubitatividad de tantos constitucionalistas clásicos, Jellinek consideraba que las convenciones «son jurídicas en cuanto contienen normas de derecho reconocidas..., aunque en la mayoría de los casos tienen no carácter vinculante, sino dispositivo, porque se adaptan siempre a las relaciones políticas que cambian constantemente» (50). Ahora bien, desde Dicey, que se movía en un contexto más democrático que Jellinek, sabemos que la razón de ser de la Convención es garantizar el ejercicio del poder por parte del soberano (51). Y la atribución de esta condición no pende tan sólo de la fuerza normativa de los hechos, sino de su calificación política y, en último término, ética. Por eso hay quienes preferimos como soberano al pueblo (art. 1.2 CE), en vez de al mercado global o al Sistema Europeo de Bancos Centrales, por alta que sea su cualificación técnica. A la opción contraria he denominado «síndrome de Vichy». Es al pueblo, directa o indirectamente y siempre debidamente ilustrado, al que corresponde calibrar la «necesidad», tan ponderada como fuente del derecho, desde el viejo Modestino —*omne ius... aut necessitas constituit*— hasta los actuales neocentusistas del determinismo económico, al que corresponde legitimar la convención que coloque parte de su Constitución en estado durmiente o de latencia. Por ello la doctrina comparada ha podido hablar incluso de la reversibilidad de las transferencias a la Comunidad, precisamente para evitar los efectos no queridos de lo acordado (52).

Pero tal situación no supone, salvo una revisión formal de la Constitución, con todas las garantías para que en realidad suponga una modificación del pacto constitucional, la erradicación de los valores «latentes» cuya vocación, precisamente, no es sumergirse en el proceso económico sino orientarlo. Por eso pueden ser invocados a la hora de controlar la dirección y las consecuencias del propio desarrollo comunitario. Tal es la doctrina sentada por el Tribunal

(50) JELLINEK, *op. cit.*, pág. 39.

(51) *Introduction to the study of the law of the Constitution* (6.ª ed.), pág. 341.

(52) Cfr. VON SIMSON Y SCHWARZ: «Integración europea y Ley Fundamental», en BENDA, *Manual*, cit., pág. 78.

Constitucional alemán en famosa Sentencia de 12 de octubre de 1993, respecto de la interpretación del TUE con especial, aunque no exclusiva, referencia a los derechos humanos fundamentales y, lógicamente, convendría proyectarla en algo tan vinculado a su efectividad como es la economía. Así, los valores que definen y defienden la autonomía del «yo» y procuran y garantizan la integración del «nosotros» primarán sobre el cálculo del beneficio con ser este importante... como el mantillo lo es para la flor.

Sin duda, nuestra Constitución económica está llena de imperfecciones. Por su imprecisión técnica, por su retórica de lo concreto que a veces raya en lo bufo, por el énfasis con que trata de ocultar sus compromisos apócrifos, por la reiterada mezcla de lo esencial con lo anecdótico y tantas cosas más que traté de impedir al redactar el texto constitucional. Pero estas nubes, por densas que sean, no deben impedir atisbar el valor de solidaridad social allí afirmado, factor material de integración, que, parafraseando a Stamler, deben orientar la acción política en la economía, cual estrella polar, siempre guía segura y siempre inalcanzable.