



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas
de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
México

Häberle, Peter

Siete tesis para una teoría constitucional del mercado

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 21, 2008, pp. 23-42

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

Puebla, México

SIETE TESIS PARA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DEL MERCADO*

Peter Häberle**

SUMARIO

1. Introducción y definición del problema
2. Siete tesis
3. Conclusión

RESUMEN

El autor revisa un trabajo de comienzos de la década de los noventa, relativo a la constitucionalización del mercado. En primer lugar, mediante ejemplos, recuerda la actualidad del tema pese al tiempo transcurrido. A continuación reincide sobre las siete tesis que propuso en el estudio constitucional del mercado. El mercado no es una realidad natural dada, sino un sector social que ha de ser constituido. Tal presupuesto se pone de manifiesto en los textos clásicos y en los textos constitucionales. Posteriormente analiza las similitudes entre la democracia y la economía de mercado, a la vez que fija los límites de ésta. Concluye afirmando que la economía social de mercado ha de ser una tercera vía entre el socialismo y el capitalismo, que debe reflejarse en los textos constitucionales.

ABSTRACT

Presently article the author revises a work of beginnings of the decade of the ninety, relative to the regulation in the Constitution of the market. In the first place, by means of examples, it highlights the present time of the topic. Next it backslides on the seven theses that proposed in the constitutional study of the market. The market is not a given natural reality, but a social sector that must be constituted. Such a budget shows in the classic texts and in the constitutional texts. Later on it analyzes the similarities between the democracy and the market economy, at the same time that it fixes the limits of this. It concludes affirming that the social economy of market must be a third via among the socialism and the capitalism that he/she should be reflected in the constitutional texts.

* Este texto compuso la conferencia inaugural del III Congreso sobre la Constitución Europea, "Economía y Constitución europea", celebrado en Granada el 25 y 26 de abril de 2006. Es, a la sazón, una actualización parcial del trabajo publicado con el título "Soziale Marktwirtschaft als Dritter Weg", 1992/93 y editado en el libro del autor *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, Nomos, Baden-Baden.

** Catedrático emérito de derecho público y filosofía del derecho, Universidad de Bayreuth (Alemania) y St. Gallen (Suiza).

1. INTRODUCCIÓN Y DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

Es un honor y una alegría dar una conferencia en este ilustre congreso celebrado en la ciudad de Granada. La actualidad del tema no podía ser mayor y se hace evidente simplemente al recordar algunas claves en la discusión cotidiana: ¿existen fallos del mercado o fallos del Estado en el llamado “turbocapitalismo”, donde las fusiones empresariales aumentan las ganancias de ciertas empresas pero conllevan numerosos despidos? ¿Se deben marcar límites a la privatización de empresas en atención al interés general? ¿No aplana sin piedad el llamado mercado mundial la pluralidad cultural de los países y los continentes? ¿Debe ser “domesticado” el capitalismo (en el sentido de Gräfin Dönhof)? ¿No se ha endiosado el mercado hasta el punto de que la dignidad del trabajador y sus derechos sociales se han reducido? ¿Necesitamos una nueva economía social de mercado, como se ha reclamado en Alemania? ¿Qué forma puede tener? Recordemos el caso francés donde un nuevo tipo de contrato que quería reducir el desempleo juvenil ha encontrado oposición directa en los propios jóvenes.

Todo esto es razón suficiente para plantearse la coordinación teórica entre el “mercado y la Constitución”. Para ello son necesarias recordar siete tesis y un breve incursión en el derecho constitucional de la Unión Europea.

2. SIETE TESIS

2.1. EL MERCADO EN LA PERSPECTIVA CIENTÍFICO-CULTURAL DE UNA COMPRENSIÓN CONSTITUCIONAL INTEGRADORA (“UNA DOCTRINA A DOS MANOS” MERCADO/DERECHO)

El significado del mercado se desvela en un primer acercamiento con ayuda de las claves propias del lenguaje cotidiano: “por mercado ha de entenderse el intercambio producido entre la oferta y la demanda”;¹ “el mercado es el espacio del intercambio, en el que se forman los precios con el cruce de la oferta y la demanda”;² “el mercado es el proceso en el que la especial

¹ Artículo “Markt”, en *HdSW*, Vol. 7, 1961, p. 131.

² F. A. von Hayek, *Die Verfassung der Freiheit*, 1991; del mismo autor, *Der Weg zur Knechtschaft*, 1991. Una buena introducción sobre el trabajo de Von Hayek se encuentra en el número 5 (especial), 1992, del *Schweizer Monatshefte in Memoriam F. A. von Hayek 1899 bis 1992*, donde se halla también su relación con K. Pöpper, p. 106ss; sobre lo mismo M. Streit, “Wissen, Wettbewerb und Wirtschaftsordnung”, en *ORDO*, Vol. 43, 1992, p. 1; R. Kley, “F. A. Hayek...”, *ZfP*, 1993, pp. 30ss.

propiedad sobre los medios de producción, basada en la participación de los trabajadores (economía de mercado), dirige la producción para lograr de la mejor manera la satisfacción de las necesidades más urgentes de los consumidores”.³ Las ciencias singulares – llamadas aquí a un trabajo interdisciplinar– se han ocupado en profundidad de la naturaleza del mercado: se debe mencionar el término en desuso de F. A. v. Hayek, el “mercado como proceso de descubrimiento”, “adquisición del conocimiento por la vía del acierto y el error”⁴ o la cuestionable tesis del mercado como espacio “para el diálogo de valores”.⁵ En oposición a esta idealización del mercado se encuentra su inevitable demonización desde el marxismo (el mercado como el estado natural del hombre salvaje, que impone el derecho del más fuerte). Se olvida, con todo, que el mercado del Estado constitucional no es un espacio ajeno al Estado y a la ética. La *invisible hand* del mercado (A. Smith)⁶ y la “mano aseguradora del derecho” (E. J. Mestmäcker)⁷ han de pensarse simultáneamente. La red de millones de contratos regulados por el derecho, que requieren una confianza previa para ser realizados, se asemeja a los contratos sociales, que conducen desde el estado originario (*status naturales*) al *status civilis vel culturalis*, caracterizando así al Estado constitucional: contrato y carga permanente del ciudadano. El mercado es un sector abarcado por el contrato social: *life, liberty, estate, property* y el trabajo igual de todas las partes contratantes. El estudio empírico de las relaciones contractuales en el mercado (“socios de mercado”) debería encontrar un vínculo entre las nuevas y las clásicas teorías del contrato (y teorías de la justicia, hasta J. Rawls). El mercado, como toda forma de vida social, está estructurado, funcionalizado, conformado normativamente y

³ Véase W. Fikentscher, *Wirtschaftsrecht*, Vol. 1, 1983, p. 10.

⁴ Es conocida la doctrina liberal sobre los “tres foros del mercado” (la competencia económica, política y cultural-espiritual).

⁵ El *locus classicus* se encuentra en A. Smith, *Der Wohlstand der Nationen*, Ed. C. Recktenwald, 1986, p. 371: “y en este como en otros muchos casos es dirigida por una mano imperceptible, para alcanzar un fin cuyo logro no se había pretendido”.

⁶ Cfr. E. J. Mestmäcker, *Recht und ökonomisches Gesetz*, 2ª Ed., 1984; del mismo autor en *RabelsZ*, 54, 1990, p. 409ss; *Die sichtbare Hand des Rechts. Über das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem*, 1978; en el mismo sentido Fezer, “Verantwortliche Marktwirtschaft”, *JZ*, 1990, pp. 657ss.

⁷ Correlativamente, la historia sobre las formas cambiantes del mercado, esto es, de sus partes, debe ser una historia cultural. Una historia intelectual debe comenzar con Aristóteles. Cfr. Flashar, Issing, Todd Lowry, B. Schefold, *Aristóteles und seine “Politik”*, *Vademécum zu einem Klassiker des antiken Wirtschaftsdenkens*, 1992; E. Salin, *Politische Ökonomie, Geschichte der wirtschaftspolitischen Ideen von Platon bis zur Gegenwart*, 5ª Ed., 1967; B. Schefold (Coord.), *Die Darstellung der Wirtschaft in der Wirtschaftswissenschaft in der Belletristik*, 1992. Desde un punto de vista científico-cultural trabaja E. Heuss, “Evolutorik und Marktwirtschaft”, *Jähr-Vorlesung*, St. Gallen, 1992, pp. 11ss. P. Koslowski, *Politik und Ökonomie bei Aristóteles*, 1993.

constituido jurídicamente en el Estado constitucional. En un punto de vista ideal y real se transforma desde el estado de naturaleza al estado de civilización; por ejemplo, a través de los postulados constitucionales materiales y procesales relativos a la justicia y el bien común. Las libertades son desde el primer momento culturales y no naturales —algo que se comprueba en el propio desarrollo histórico—. De manera que una teoría constitucional del mercado debe conseguir oponer al rousseaniano “regreso a la naturaleza” un “regreso a la cultura” (A. Huelen). El Estado constitucional toma a su servicio los logros específicos del mercado como un sustrato material irrenunciable de sus ideales y objetivos fundados en la dignidad humana y la democracia. Eso no se alcanza ni con la demonización ni con la idealización del mercado. Se requiere una mirada realista centrada en la línea medianera. Con ello queda espacio para diferenciar entre partes del mercado: el mercado de la cultura, los medios y la opinión, el mercado del trabajo y del capital,⁸ a sabiendas de que en la actualidad la europeización y globalización del mercado plantean nuevos retos a la teoría del Estado cooperativo. Y lo mismo vale para las responsabilidades conexas existentes en el mercado internacional y nacional con respecto a la protección del medio ambiente.⁹ El “principio esperanza” (H. Jonas) cobra un nuevo significado de dimensión mundial.

El mercado, en cuanto parte de la sociedad abierta, está conformado por la Constitución: no nos es dado por la “naturaleza”, sino que es constitucionalizado, no se protege o se excluye, sino que se trata de un espacio social, en el que el ejercicio de los derechos fundamentales encuentra su lugar: en concurrencia y cooperación, en intercambio y aglomeración, conjuntamente o en disputa. Éstos no son “procesos de comunicación” salvajes, un espacio libre de egoísmo desenfrenado, un choque similar al de una guerra civil, sino un pedazo de cultura —cultivado, en sentido literal—. Con esto no se niega la fuerte oposición de intereses y disputas de los ciudadanos del mercado y sus grupos (disciplinados mediante estructuras divisorias), sino que se configura el mercado y la vida económica hasta convertirlos en parte interna del orden constitucional vivo, mediante el monopolio de la fuerza del Estado constitucional con la prohibición del abuso del poder

⁸ Sobre la ya casi inabarcable bibliografía, U. Hampicke, *Ökologische Ökonomie. Individuum und Natur in der Neoklassik*, 1992; M. von Hauff/U. Schmid (Coords.), *Ökonomie und Ökologie – Ansätze zu einer ökologisch verpflichteten Marktwirtschaft*, 1992.

⁹ Y existe también la variante italiana de la economía (social) de mercado con (todavía) una gruesa participación del Estado, la francesa con una considerable “política industrial”, o el “thatcherismo inglés”.

económico, múltiples veces señalada (por ejemplo, en la cláusula general del BGB) —y a menudo fracasada—, la inclusión de obligaciones sociales y el interés común, en conjunto, el sutil edificio de la larga cultura jurídica de un pueblo. La intensidad de la constitucionalización de los procesos económicos se diferencia en el espacio y el tiempo, en las distintas naciones a lo largo del tiempo e incluso la amplitud varía en el mismo Estado constitucional; así, por ejemplo, Francia osciló entre la economía de planificación y socialización, y la economía de mercado y la privatización, como mostraron las presidencias de Ch. de Gaulle y F. Mitterrand.¹⁰ Al mismo tiempo, todo esto se realiza desde la base y el marco de una Constitución que aprovecha las fuerzas del mercado y sus logros: en todo caso, bajo la luz de la comprensión constitucional aquí defendida. Según ésta, la Constitución es “el orden jurídico fundamental” del Estado y la Sociedad; no sólo limita y racionaliza los procesos económicos, sino que los constituye. Actualiza el consenso nacional fundamental, es “norma y tarea” (U. Scheuner), “impulso y límite” (R. Smend), en un proceso abierto. Una comprensión constitucional “mestiza” que abarca muchos aspectos parciales de la discusión anterior y que afronta una integración pragmática de los diversos elementos teóricos. Por encima de todo, nace de una comprensión científico-cultural. La Constitución no es sólo un texto jurídico o un cuerpo de reglas normativas, sino expresión de un desarrollo cultural, medio de la autoexposición cultural de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas.¹¹ El mercado, en su totalidad y en sus aspectos parciales, está incluido en estas interconexiones: en sus estructuras y sus funciones, pero también en sus relaciones con los derechos fundamentales, esto es, en su significado para la realización de los derechos fundamentales y, al revés, en su existencia constituida mediante los derechos fundamentales individuales y de grupo. En el fondo, en primer y en último lugar, las libertades económicas son libertades culturales: las libertades en un espacio cultural, al que también pertenece la economía, aunque se diferencie de los ámbitos culturales clásicos, religión y educación, arte y ciencia.¹²

¹⁰ Cfr. P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982, p. 19.

¹¹ Cfr. L. Raiser, “Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem”, en *Festschr. J. v. Gierke*, 1950, p. 181: “la economía y el derecho son parte de la misma cultura, que es única, creación de un espíritu, miembro de un valor mundial, testigo de un estilo común de su pueblo”. Véase también W. Röpke, 1994, citado del texto *Grundtexte zur Sozialen Marktwirtschaft*, 1981, p. 229: “es (la economía de mercado) más que nada una obra cultural, un artefacto de la civilización...”, “... también el desarrollo de la economía de mercado controlada y estructurada necesita una intervención del Estado bien dosificada y meditada”.

¹² Un filón de los textos clásicos en el ámbito de la ciencia económica útil para la teoría constitucional se encuentra en *Grundtexte zur Sozialen Marktwirtschaft*, 1981, Ed. W. Stützel y otros).

2.2. EL MERCADO EN UN SISTEMA COORDINADO DE TEXTOS CLÁSICOS DE LA TEORÍA DEL ESTADO Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO: IMAGEN DEL HOMBRE, CONTRATO SOCIAL, OBJETIVOS EDUCATIVOS Y DIVISIÓN DE PODERES EN EL ÁMBITO ECONÓMICO

Una teoría constitucional del mercado debe presentar inmediatamente el paradigma de los clásicos en la filosofía del Estado y del derecho. Esto, pese a ser evidente, todavía no ha ocurrido. Aquí no podemos “recuperar el camino”, apenas podemos comenzar. Sería necesario apoyarnos sobre los hombros de gigantes —con la vista puesta en la Constitución—, y observar las conversaciones de los clásicos en la cumbre.¹³ Y es así porque el mercado está estrechamente vinculado a las preguntas fundamentales de la vida social en común (por ejemplo con los conceptos de “idea del hombre” y “sociedad”), y está sometido a los postulados de justicia, bien común y democracia pluralista. Y no se debe olvidar la cuestión relativa a la estructura y funciones del mercado, que es también una cuestión sobre la correcta comprensión de la Constitución. En la medida que la teoría del derecho y del Estado se integran en la doctrina del Estado constitucional, se hace necesaria una teoría constitucional del mercado, que conjugue todo estos elementos en su globalidad y singularidad. Algunas claves: el mercado parte de una sociedad plural, y como ésta, ha sido constitucionalizado, esto es, el ser humano no se encuentra en estado de naturaleza (*status naturalis*) sino en *status civilis*, en estado cultural. El mercado no debe transformarse en un *bellum omnium contra omnes*, no puede ser un ámbito para la acaso verdadera condición lupina del ser humano, del mismo modo que el Estado constitucional no se funda en Hobbes, sino en Locke, por medio de un contrato social fingido en el sentido de Kant. “Un atenuado optimismo en el ser humano” y no la experiencia de la guerra civil transmitida por Hobbes, conforma el Estado constitucional así como la comprensión de su “ciudadano mercantil”.¹⁴ A. Smith ha formulado su entendimiento del ser humano de un modo realista y clásico:¹⁵ “por el contrario, el ser humano casi siempre está necesitado de ayuda, sin que apenas

¹³ Sobre esto P. Häberle, *Das Menschenbild im Verfassungssaar*, 1988.

¹⁴ A. Smith, *Der Wohlstand der Nationen*, 1776 (editado por Recktenwald, 1986), p. 17.

¹⁵ Véase *BVerfG* 31, 229 (240); mi conferencia en Basilea, “Vielfalt der Property Rights un der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff”, 1984, ahora en *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungssstaates*, 1992, p. 484ss. Cfr. W. Eucken, 1952: “Sólo en el marco de un orden de libre competencia tiene valor la frase que afirma que la propiedad privada aprovecha al propietario y al no propietario” (nota 17, p. 153).

pueda esperar que ésta llegue de la buena voluntad de sus compañeros. Probablemente, alcanzará antes su fin, cuando disponga su egoísmo a favor de los otros, de modo que éstos consideren que su propio interés radica en hacer lo que él desea... No nos dirigimos por tanto al ser humano, sino a su egoísmo y no mencionamos sus propias necesidades, sino que hablamos de sus ventajas”. Este aspecto de la imagen del ser humano es válido tanto para el Estado constitucional como para el mercado. Siempre se expresa en la referencia a los principios que conforman la vida económica: la garantía de la propiedad privada (incluyendo el derecho a la herencia) en la forma de “aprovechamiento privado”.¹⁶ Tal imagen del ser humano como ciudadano que aprovecha la propiedad privada no es idéntica a la idea, muchas veces citada, del *homo oeconomicus*.¹⁷ La “racionalización del máximo provecho” da cuenta sólo de un aspecto parcial: ni el ser humano está únicamente orientado al provecho y la ganancia económica, ni encuentra su única motivación en la racionalidad.¹⁸ “La libertad y la igualdad en derechos y valores de los seres humanos”, “dotados con la racionalidad y conciencia”, “obligados por el sentimiento de fraternidad” (véase el Art. 1 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948) son en su “naturaleza” —y cultura— demasiado complejos (también desde el punto de vista emocional, altruista o idealista), para llevarlos a simples fórmulas. El logro cultural del Estado constitucional radica sobre todo en tomar en serio la pluralidad de los elementos que componen el ser humano, prote-

¹⁶ Ver W. Heinrichsmeyer/O. Gans/J. Evers, *Einf. In die Volkswirtschaftslehre*, 6ª ed., 1985, p. 38. W. Meinhold, *Grundzüge der allg. Volkswirtschaftslehre*, 1972, pp. 31ss; G. Kirchgässner, *Homo oeconomicus*, 1992, p. 12ss. Una obra clásica es la de W. Röpke, *Ethik und Wirtschaftsleben*, 1955, pp. 439ss: “existe un economicismo, que transforma el medio en fin y sólo piensa en el pan...”; p. 447: “el *homo oeconomicus* existe como tipo tan poco como el héroe o el santo”; p. 448: “la vida económica no se juega en un espacio moralmente vacío. Más bien se encuentra siempre en el riesgo de perder su centro ético...”; por último, H. A. Simon, *Homo rationalis*, 1993.

¹⁷ Filosóficamente se ha de criticar el modelo del *homo oeconomicus*, pues hace la vista gorda de las relaciones sociales existentes desde el principio; éticamente desconoce la conexión del ser humano con valores supraindividuales; empíricamente deja a un lado el hecho de que el ser humano no siempre es racional y sus preferencias no siempre son las mismas. Finalmente, junto a W. Röpke (1955), se ha de recordar que el principio de la máxima ganancia entierra el mercado, pues el mercado y la libre competencia “sólo se nutren de recursos morales, si bien no producen ninguno” (citado en su edición en *Grundtexte zur sozialen Marktwirtschaft*, 1981, p. 439 (448).

¹⁸ Aquí es pertinente la doctrina de W. Röpke sobre “la asimetría de la economía de mercado”: el mercado necesita condiciones externas al mercado. Entre ellas, leyes y reglamentos, pero también condiciones morales y culturales. “El mercado, la libre competencia y el juego de la oferta y la demanda no producen reservas morales. Éstas son previas y el mercado las consume”. Röpke cuenta entre las normas de la ética económica, “la auto disciplina, la justicia y el sentido común, la sinceridad, la equidad, la atención a los derechos de los otros, las normas morales consolidadas —aspectos que el ser humano debe traer consigo antes de participar en el mercado (cito según al versión en *Grundtexte*, nota 17, p. 448).

gerlos, construirlos y mejorarlos. En los objetivos educativos se aseguran aspectos parciales de la naturaleza humana. Así, de acuerdo con el Art. 26.2 de la citada Declaración Universal de Derechos Humanos, ésta tiene por objetivos el libre desarrollo de la personalidad, el reforzamiento de la atención a los derechos humanos, la comprensión y tolerancia; el Art. 26.1 de la Constitución de Bremen (1947) reclama “la educación para una conciencia colectiva dirigida a la atención de los valores del ser humano, la voluntad de justicia social y la responsabilidad”.¹⁹ Además, se debería aprovechar una parte de la sabiduría antropológica, que ofreció a Montesquieu en 1748 la oportunidad de descubrir la división de poderes: el ser humano, por naturaleza, se inclina hacia el abuso del poder. Y esto no vale tan sólo para el ser humano en cargos estatales o con responsabilidades públicas; también para el ciudadano que participa en el mercado. Por esto, al Estado constitucional siempre se le reclama contener los procesos de poder a través de la división de poderes en sentido estricto (esto es, en relación con el Estado) y en sentido amplio, a la luz de la sociedad y su significado para el ámbito económico (a la que sirve la libre competencia asegurada por el Estado). En este sentido amplio, la división de poderes construye la idea fundamental, que muchos principios constitucionales han producido en el ámbito del mercado: desde la fijación de una función social en la propiedad (Art. 42.2 de la Constitución italiana de 1947), las tareas estatales para el reparto del bienestar (Art. 20 de la Constitución holandesa de 1983) hasta la prohibición del mal uso del poder económico (Art. 81 de la Constitución de Portugal de 1976) y la inmoralidad de los negocios jurídicos (Art. 151.2 de la Constitución de Baviera, 1946).

2.3. EL MERCADO A LA LUZ DE LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES DE LOS ESTADOS: LA CAPACIDAD COGNITIVA DEL ANÁLISIS TEXTUAL

Un conocimiento parcial de la importancia del mercado y de la economía de mercado en la democracia pluralista (y sus conceptos correlativos, como libre competencia u obligaciones sociales) se encuentran en los textos de las constituciones. Espacio y tiempo, esto es, una sistematización histórica y comparada traen la esencia de manera concentrada y exacta, aquello que los constituyentes piensan sobre la economía y cómo ordenan su relación con otros valores constitucionales, sea la dignidad humana, la libertad

¹⁹ Al respecto Cfr. P. Häberle, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 3ss, para la cuestión de la economía, pp. 14ss.

individual, los límites al abuso del derecho, estado de derecho y justicia, interés general y bienestar colectivo, o democracia y formación de la voluntad política. El análisis de los distintos grados textuales,²⁰ probado en otros temas constitucionales, permite una clara explicación de antiguas y nuevas realidades constitucionales; y es inmune al reproche del carácter meramente semántico o programático de los textos, por más que en las constituciones como proceso abierto siempre exista déficit de regulación. Lo que sigue es sólo una selección de la pléyade de material textual oportuna, que podría ser desarrollada en el estudio de la Constitución.

El texto pionero –formal y materialmente el mejor– para los objetivos de reforma en el este de Europa se halla en el preámbulo de la Constitución húngara 1949/89: “Para lograr la pacífica transición política a un sistema multipartidista, la democracia parlamentaria y la economía social de mercado a través del Estado de derecho...” El proyecto constitucional de 13 de noviembre de 1992 de la Federación Rusa intenta en el artículo 9.1 una definición legal: “The social market economy where there is freedom of economic activity, entrepreneurship and labour, diversity and equality of forms of property, their legal protection, fair competition, and public benefits shall constitute the basis of the economy of the Russian Federation.” Otros proyectos no utilizan el concepto “economía social de mercado”, si bien regulan una economía de ese tipo en virtud de una cláusula de economía plural.²¹ Todos los proyectos tratan los temas conexos, de un lado la libertad económica, de otro los derechos sociales de los trabajadores, si bien se incluyen nuevas perspectivas generacionales como la protección del medioambiente.²² El Art. 9.2 del proyecto ruso (1992) crea un nuevo artículo sobre la cooperación: “economic relations shall be built on social partnership between man and the State, the worker and the employer, the producer and consumer”. Al constituyente en Europa del este no le basta con mencionar los elementos de la economía de mercado (como la

²⁰ Cfr. Art. 61 del proyecto ucraniano de 10.6.92: “social life in Ukraine is based on the principles of political, economic and ideological pluralism”.

²¹ Parcialmente en mi conferencia de Tübingen: “Verfassungsentwicklungen in Osteuropa”, *AÖR*, 117, 1992. En especial los artículos del 79 al 83 en el proyecto ucraniano (1992): “ecological safety”. La Constitución de Turkmenistán (mayo de 1992), Art. 9.1: “igual protección jurídica e iguales condiciones para el desarrollo de todas las formas de la propiedad”; Art. 10: “garantía de los recursos naturales”, Art. 57.1 del proyecto de Constitución rusa (1992): “property in all its forms –private, state and others– shall be recognized and guaranteed. The use of the right to property shall not contradict public wealth”.

²² El Tratado Alemania-Alemania para la unión monetaria, económica y social (1990) ha garantizado por primera vez en un texto de relieve la economía social (el preámbulo y el Art. 1.3). Al respecto M. Schmidt-Preuss, “Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz vor dem Hintergrund des Staatsvertrages zur Währungs –Wirtschafts– und Sozialunion”, *DVBl*, 1993, pp. 236ss.

propiedad o la libertad contractual), o lo que es igual, sus límites (como el derecho de huelga o la seguridad social), luchan por estipular principios generales como la economía social de mercado o el pluralismo económico. Esto confirma la importancia del tema en cuanto que objetivo de reforma. Al mismo tiempo, se presenta una nueva fase en el desarrollo textual de las constituciones modernas. Se mostró ya en recientes constituciones (y no sólo de los estados en desarrollo). Así el Art. 80 de la Constitución de Portugal (1976) que dispone “el sometimiento del poder económico bajo el poder del Estado”; y el Art. 38 de la Constitución española de 1978 reza que: “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”; el Art. 19 de la Constitución holandesa (1983) estipula: “la creación de suficientes puestos de trabajo es objeto de las tareas del Estado...” Y la Constitución del Perú (1979) menciona en el preámbulo: “en una sociedad justa la economía está al servicio del ser humano y no el ser humano al servicio de la economía” y en el Art. 115 añade: “la iniciativa privada es libre. Se ejercerá en una economía social. El Estado establecerá condiciones y reglas para su ejercicio, para armonizarla con el interés social”. Un acento propio lo marca el Art. 101 de la Constitución de Guatemala (1985): “el trabajo es un derecho individual y una obligación social. La vida laboral del país debe ser organizada en correspondencia con los principios de la justicia social”.

Dispuestos a la comparación, tenemos las palabras claves de los “antiguos” textos constitucionales: Art. 151.1 de la Constitución de Weimar: “la organización de la economía debe atender a los principios de la justicia y al objetivo de la garantía de una existencia digna. Éste es el límite a la libertad económica individual”; o el objetivo educativo de “capacitación profesional” (Art. 148.1 de la Constitución de Weimar y el Art. 161.1 de la Constitución de Baviera de 1946: “el conjunto de la actividad económica sirve al interés general, en especial la garantía de una existencia digna para todos”) o el Art. 55.1 de la Constitución de Renania Palatinado (“Las condiciones de trabajo han de ordenarse de tal modo que aseguren la salud del trabajador, su vida familiar y sus aspiraciones culturales”). Por último, el Art. 42 de la Constitución de Brandenburgo (1992) estipula que la vida económica está “obligada a alcanzar una protección justa del medioambiente”.²³

²³ F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, 1937; del mismo autor, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, 1950; y, “Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft”, *Ordo*, xvi, 1966, pp. 75ss.

Esta pequeña selección de textos constitucionales ya muestra en qué medida el pluralismo constituyente se ocupa del tema mercado y economía de mercado, y con qué intensidad los hace parte de su obra. En el fondo se han mencionado todos los ámbitos problemáticos que se deben tratar en una teoría constitucional del mercado. En los diversos textos se recogen puntualmente los diversos principios: leídos en conjunto se abre la vista al amplio panorama con sus claves, en el que se refleja el movimiento del pensamiento sobre la economía como problema constitucional. Los textos constitucionales construyen de un lado cristalizaciones culturales, profundizan la previa discusión científica y política, y dan eco a los textos clásicos económicos y sociales; de otro lado, pueden servir como punto de partida para los futuros debates en la teoría constitucional del mercado, pues ofrecen piezas de trabajo. En mi opinión, no se deben consultar sólo los siempre contradictorios manuales de los economistas, sino que también se han de tomar en serio los textos constitucionales (en muchas ocasiones expresión de duras disputas y compromisos políticos en la búsqueda de la “concordancia práctica” —K. Hesse—): en cualquier caso, esto es válido para el foro de la teoría constitucional. Por todo esto, parece legítimo remitirse al texto constitucional como argumento y como límite de la discusión. Sin duda, no sustituye al fundamento científico, pero lo enriquece y constituye en ocasiones, al menos provisionalmente, la quintaesencia de una controversia, amplia y extensa en los clásicos, y también en los programas de los partidos y en los científicos.

Incurso: disposiciones constitucionales sobre la economía en el derecho constitucional de la Unión.

Sólo vamos a recordar algunas palabras claves del derecho constitucional europeo vigente y en desarrollo. La base es el Tratado Constitucional (provisionalmente en suspenso, aunque por ejemplo en España obtuvo un apoyo mayoritario, y que por lo menos tiene la condición de *soft law*), los Tratados constitutivos y la Carta de Derechos Fundamentales. En estos tratados, los preámbulos hablan del reforzamiento de la economía, la realización del mercado interior y el desarrollo de la integración económica. En el Art. 1-3 del Tratado Constitucional (objetivos de la Unión) se habla de un “mercado interior en el que la competencia sea libre, no esté falseada”. En el art. 211 TCE, algunas competencias de la Comisión se organizan para garantizar “el interés social”. La Carta de Derechos Fundamentales, el mejor elemento parcial del conjunto de la Constitución europea, ya en el preámbulo estipula las cinco libertades económicas (libre circulación

de personas, mercancías, servicios, establecimiento y capitales). El Art. 76 garantiza la libertad de empresa. El Art. 77 el derecho de propiedad. Y en el capítulo IV relativo a la Solidaridad, se encuentran muchas disposiciones relevantes desde el punto de vista económico, social y laboral, como, por ejemplo, la protección frente al despido, Art. II-90; y el derecho a la seguridad social y ayuda social, Art. 94. Este tipo de disposiciones conducen a la domesticación del capitalismo, a embridar el mercado. Por último, citemos el Art. 4 TCE o el Art. III-177 del Tratado Constitucional, que disponen “el principio de una economía de mercado de libre competencia”. Y también se han de incluir los ámbitos políticos: Art. 125 o Art. III-203 “competencias”; y asimismo el Art. 136 TCE o el Art. III-209, sobre política social.

El rendimiento de una incursión por el derecho constitucional europeo ha de ser fructífero. Son los materiales para la construcción de un marco teórico. El derecho constitucional económico nacional será conformado por el derecho constitucional de la Unión. Sobre todo, el capítulo de la Solidaridad en la Carta de Derechos Fundamentales debería tener a medio plazo una gran influencia sobre nuestro tema.

2.4. ECONOMÍA DE MERCADO Y DEMOCRACIA: ¿SINÓNIMOS?

Todo se inclina hacia una conexión interna entre la democracia y la economía de mercado: la igualdad, reclamada a ambas en las revoluciones del este de Europa desde 1989; y los textos mencionados de los estados constitucionales democráticos, que normativizan la economía (social) de mercado como objetivo del Estado, pero que más aún, pretenden una vinculación entre la democracia política y la idea de una democracia económica (preámbulo de la Constitución de Hamburgo de 1952), a la vez que buscan una democracia económica, social y cultural (Art. 2 de la Constitución portuguesa) o que reclaman la participación de los trabajadores en la empresa (Art. 47.2 de la Constitución de Bremen de 1947); Art. 26 de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia, 1950). El paralelismo entre el mercado y la democracia tiene también razones históricas, pues el año 1776 es tanto el de la declaración de la “Bill of Rights” de Virginia, como el año de la publicación de *The Wealth of Nations* de A. Smith. Los clásicos posteriores profundizan en la analogía: F. Böhm²⁴ compara el mercado con formas ideales de la democracia plebiscitaria, con el consentimiento diario,

²⁴ J. A. Schumpeter, *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, 1945, p. 294.

con la soberanía del consumidor, la elección cotidiana, y Schumpeter²⁵ discutió la siguiente afirmación: “no hay otra institución democrática más que el mercado”.²⁶ Y es sin duda una provocación la frase de F. Tönnies:²⁷ el mercado es la balanza de la justicia económica. ¿Pero es verdaderamente el mercado, dentro del Estado constitucional, una forma económica de la democracia?²⁸

Aquí es necesaria una respuesta que marque diferencias: sólo la economía social de mercado²⁹ puede ser objeto limitado de una analogía con la democracia pluralista, de manera que el ciudadano mercantil sea el ciudadano democrático. Las teorías de la justicia, de Aristóteles a J. Rawls, a través del principio de Estado social conforman la economía de mercado del Estado constitucional: por ejemplo, en la forma de las tareas constitucionales como “protección del consumidor” (véase el Art. 51 de la Constitución española), derechos sociales mínimos para el legislador del trabajo (Art. 102 de la Constitución de Guatemala), reivindicaciones de la seguridad social (Art. 20.2 de la Constitución holandesa), libertad sindical y derecho de huelga (Art. 23.2 de la Constitución griega). La teoría constitucional tiene delante la tarea de integrar en un sistema abierto y coordinado las estructuras y las funciones del mercado, sus logros a favor del interés general y sus límites. La Encíclica del Papa Juan Pablo II *Cen-*

²⁵ Véase también la tesis de los “demócratas liberales” (citamos siguiendo a H. Krüger, en Bettermann-Nipperdey-Scheuner (CoordS.), *Die Grundrechte III*, 1, 1958, p. 267: “el mercado es una democracia en el que cada Pfennig que se gasta necesita un recibo de consentimiento”. Cfr. también J. Habermas, “Drei normative modelle der Demokratie”, en H. Münkler (Coord.), *Die Chancen der Freiheit. Grundprobleme der Demokratie*, 1992, pp. 11ss.

²⁶ F. Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 8ª Ed., 1935, reimpresión de 1963, p. 42.

²⁷ “El mercado es el juez sabio, equilibrado y proporcionado, que dicta el juicio objetivo. Se debe admitir que usa para todos la misma medida, la misma balanza.”

²⁸ Siguiendo a A. Müller-Armack la idea de la economía social de mercado consiste en “el principio de libertad en el mercado vinculado al equilibrio social” (cito según *Grundtexte*, p. 85; Cfr. además Müller-Armack en Tuchteld-Dürr, *Generalogie der sozialen Marktwirtschaft*, 1974, pp. 73ss; Cfr. la posición de Rüstow como fundador de la economía social de mercado en K. Meier-Rust, *Rüstow, Geschichtsdeutung und liberales Engagement*, 1993. Como bibliografía secundaria, G. Ambrosius, *Die Durchsetzung der Sozialen Marktwirtschaft in Westdeutschland, 1945-1949, 1977*.

²⁹ Todavía en 1991 el EKD abogaba por la economía social de mercado; compárese el informe “Gemeinwohl und Eigennutz. Soziale Marktwirtschaft als Chance für zukunftsfähiges wirtschaftliches Handeln”; en este informe se valora positivamente la eficiencia del mercado, si bien a los fines clásicos de la economía de mercado (pleno empleo, estabilidad monetaria, crecimiento económico y un justo reparto de la riqueza) se le añade “el mantenimiento del medio ambiente”. Merece la pena señalar el comunicado final de la agrupación de cristianos católicos en la República Democrática Alemana en febrero de 1990 (22.2.90): reconocimiento de la doctrina social católica “en la medida que la economía de mercado no trae por sí misma bienestar para todos, exige un sistema de seguridad social y una protección recíproca como elemento firme de la economía social de mercado”.

tesimus agnus (1991)³⁰ ofrece algunas claves pues señala en el modelo del desarrollo social y económico “el papel fundamental y positivo de las empresas, del mercado, de la propiedad y de la responsabilidad derivada sobre los medios de producción, que atestiguan la creatividad del ser humano en el ámbito de la economía”. La libertad política (esto es, democrática) y la libertad económica son –como expresión de la dignidad humana– inseparables, y pertenecen indisolublemente a la economía social de mercado y a la democracia liberal del Estado constitucional.³¹ Para convertir al mercado y la economía en sinónimos³² se necesitan condiciones marco vigorosas y funcionales (mejor dicho: condiciones constitutivas), controles jurídicos e intervenciones propias del Estado social, por ejemplo, la protección de los débiles.³³ El logro del Estado constitucional radica precisamente ahí, en haber desarrollado en concordancia práctica, pieza a pieza, la economía de mercado y el Estado social de derecho. La sociedad abierta tiene su complemento en el mercado abierto y libre, así como en las correlativas funciones estatales. La economía social de mercado se ha convertido en un principio constitucionalmente inmanente del tipo Estado constitucional.

2.5. TRES LÍMITES AL PRINCIPIO “MERCADO Y ECONOMÍA DE MERCADO”³⁴

Aunque la imagen del mercado, desde la oleada del año 1989, tiende a reclamar para sí cada vez más ámbitos, no sólo respecto “al mercado de las ideas y del arte”, sino con la propia descripción de la nación como un “supermercado” (M. Ruthven), o el mismo mercado interior de la Unión

³⁰ Cfr. la contribución reciente de E. Hoppmann, “Freiheitliche Wirtschaftspolitik und Verfassung”, *Jenenser Vorträge*, 1992, p. 7: “un orden económico de seres humanos libres... posee un doble sentido: primero las reglas relativas a la libertad de conducta y, en segundo lugar, el sistema evolutivo y autorregulado que surge de los concretos procesos del mercado. La libertad y la economía de mercado están, por tanto, vinculadas...”.

³¹ En especial los textos sobre “la democracia económica” citados más arriba, son confusos y no se corresponden con lo que se quiere decir aquí. La codecisión económica tampoco es un problema de democracia, sino un problema de derechos fundamentales; al respecto véase P. Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, 1972, también en *Verfassung des Pluralismus*, 1980, pp. 163ss.

³² Cfr. Art. 45.4 de la Constitución irlandesa (1937/72): “el Estado atenderá los intereses económicos de los grupos más débiles con especial cuidado en la protección en cuanto que sea necesaria de los enfermos, las viudas, los huérfanos y los ancianos”. En un sentido similar W. Röpke, 1959, citado según *Grundtexte*, pp. 49 y 60ss., sobre las cuestiones sociales relativas a la corrección del reparto de ingresos, la seguridad y protección de los débiles. ¡Esto es una prueba del paralelismo entre los textos clásicos de la literatura y los textos constitucionales!

³³ Cfr. el planteamiento de la cuestión en W. Röpke, 1950, “límites a la economía de mercado”, “ámbitos no económicos” (citado según la versión en *Grundtexte*, pp. 49ss.

³⁴ Al respecto K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18ª Ed., 1991.

que parece ocultar a la Europa de la cultura: ha llegado el tiempo de que la teoría constitucional recuerde con resolución las fronteras. El mercado no es la medida de todas las cosas y sin lugar a dudas no es la medida del ser humano. No todos los aspectos de la vida en común han de ordenarse y valorarse desde el punto de vista del mercado, esto es, desde el modelo de la libre concurrencia. En el Estado constitucional siempre hemos de recordar el carácter instrumental (la economía al servicio del ser humano, la mejora del bienestar general, justicia social, etc.). Las funciones y los ámbitos específicos permiten concretar los límites del mercado y de la economía de mercado: de un lado, el modelo del mercado no es aplicable a ciertos ámbitos culturales como la educación, la formación universitaria, la investigación, la familia o los ámbitos sociales nucleares del derecho del trabajo. El Estado constitucional debe permanecer sensible para determinar si determinados ámbitos sociales son aptos para el mercado, si lo necesitan o no, pues en el desarrollo histórico se pueden dar transformaciones (en Alemania, junto a la televisión pública, existen televisiones privadas, ayudas a la vivienda, servicios públicos de salud y un monopolio estatal del servicio de empleo). De otro lado, se ha de hacer valer la “interdependencia entre los dos órdenes, la indisolubilidad de la libertad económica y el proceso político democrático”³⁵ (como parte de la Constitución del pluralismo). A esto sirve el postulado constitucional “del sometimiento de las fuerzas económicas bajo el poder del Estado democrático (Art. 80 de la Constitución portuguesa)³⁶ y la prohibición del abuso de la libertad económica (“en especial, la aglomeración monopolística del poder”, Art. 39.1 de la Constitución de Hesse; Art. 81 de la Constitución de Portugal). Finalmente, las libertades económicas del individuo encuentran su límite “en la atención al prójimo y a los requisitos morales del bien común” (Art. 151.2 de la Constitución de Baviera; Art. 52 de la Constitución de Renania Palatinado).³⁷ Éste es el lugar para el

³⁵ Véase también el Art. 38.4 de la Constitución de Portugal: “El Estado garantiza la libertad y la independencia de los medios de comunicación frente al poder político y el poder económico.”

³⁶ Provoçando, R. Dahrendorf, en *Der Spiegel* No. 3/1993 de 18.1.93, p. 21 (23): “Se pone de manifiesto que la democracia y la economía de mercado son proyectos fríos, proyectos de hielo... Intentar calentar la democracia y la economía de mercado con la ideología es un error. Ambas ofrecen mecanismos para solventar los conflictos sin la fuerza, pero nada más.”

³⁷ Cfr. W. Röpke, *Ethik und Wirtschaftsleben*, 1995, citado según *Grundtexte*, pp. 439ss, “cuando nosotros describimos un orden de ese tipo como un burgués en el sentido más amplio de la palabra, nos referimos al poso en el que puede reposar el *ethos* de la economía”. En el mismo sentido K. H. Biedenkopf, *Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht*, 1965.

mínimo ético de la cultura jurídica burguesa³⁸ (desde la cláusula general “lealtad y confianza” hasta “comerciante de buena fe”) –cuyo fracaso se hace tan doloroso en la construcción del orden económico en las sociedades poscomunistas.³⁹

2.6. LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO COMO TERCERA VÍA ENTRE EL CAPITALISMO Y EL SOCIALISMO: EL LOGRO CULTURAL DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

En el foro del Estado constitucional la controversia “capitalismo o socialismo” ha perdido su objeto pues lo ideal y lo real se han integrado en un largo desarrollo textual, mediante la economía social de mercado, creando el derecho constitucional social y del trabajo en el contexto del derecho constitucional económico. La economía social de mercado constituye a menudo la aludida tercera vía (O. Schlechth)⁴⁰ y un logro de alto rango. Sería un error señalar al sistema capitalista⁴¹ como el sistema vencedor tras la caída del socialismo, especialmente en el este de Europa (1989). La victoria ha sido para el tipo Estado constitucional, porque ha conseguido, y ésta no es ni mucho menos la última razón, aportar soluciones justas a las cuestiones sociales. Ciertamente, en la cuestión sobre la justicia social y su realización incluso frente a la economía, encontramos grandes diferencias: sin duda, en la comparación entre los Estados Unidos y Alemania (basta con pensar en la “pensión dinámica” y el derecho de codecisión

³⁸ Junto a esta ética económica indirecta aparece la actual disputa en torno a la ética económica, A. Rich, *Wirtschaftsethik*, 1984; véase también P. Koslowski, *Gesellschaftliche Koordination. Eine ontologische, kulturwissenschaftliche Theorie der Marktwirtschaft*, 1991; K. W. Rothschild, *Ethik und Wirtschaftstheorie*, 1992; H. Nutzinger, “Das System der natürlichen Freiheit bei A. Smith und seine ethischen Grundlage”, en *Ökonomie und Gesellschaft, Jahrbuch*, 9, 1991, pp. 79ss; J. Wieland (Coord.), *Wirtschaftsethik und Theorie der Gesellschaft*, 1993. La teorización sistemática es en sí misma una forma de limitación de las libertades económicas y un pedazo de constitucionalización del mercado en el Estado constitucional.

³⁹ Cfr. O. Schlechth, *Grundlagen und Perspektiven der Sozialen Marktwirtschaft*, 1990.

⁴⁰ Nueva bibliografía para la reconciliación o condena del “espíritu del capitalismo democrático”, en M. Nowak, *Der Geist des demokratischen Kapitalismus*, 1992 o H. Assmann/F. J. Hinkelammert, *Götze Markt*, 1992.

⁴¹ Cfr. la reciente conversación del *Zeit* con J. K. Galbraith, “Ein gemischtes Wirtschaftssystem ist auf Dauer unausweichlich”, *Die Zeit*, No. 17, de 23.4.1993, p. 34, con afirmaciones como: “las enormes dificultades de la antigua Unión Soviética en el tránsito de un socialismo omnicompreensivo hacia un sistema de mercado –no un capitalismo puro, pues eso nosotros tampoco lo tenemos, sino una economía mixta y pragmática–”, “entre tanto la visión neoclásica de un mercado dejado a su albur sin función alguna para el Estado –ni siquiera una función mínima– está muerta. Algo sabemos sobre el moderno capitalismo: funciona con una conexión pragmática entre la intervención estatal y los impulsos del mercado”, “siempre estuve convencido, de que la economía mixta era inevitable”; véase también R. Schröder, citado por el *SZ* de 12/13 de junio de 1993, p. 11: “es terrible cuando la lógica de la economía de mercado supera sus fronteras y se convierte en una lógica vital”.

(Cfr. BVerfG 50, 290). El capitalismo en sentido puro no ha sobrevivido en ningún Estado constitucional europeo. Allí donde parece renacer su forma original, sin duda en las transformaciones contemporáneas de las sociedades poscomunistas como la rusa, la imagen lupina asusta con creces, y al mismo tiempo permite reconocer cómo se ha alejado del capitalismo la vida económica del Estado constitucional. También allí donde la economía de mercado no es un objetivo constitucional expreso, queda garantizada a través de sus teselas compuestas por las libertades económicas, sociales y culturales, el derecho constitucional social y del trabajo, la protección frente al desempleo o el derecho a unas condiciones dignas de trabajo, de manera que el Estado constitucional se convierte en una parte esencial de su legitimación. El mercado se ha convertido en un espacio social y cultural en el que la dignidad humana no sólo es postulada, sino también practicada. El Estado constitucional muestra “la tercera vía” entre los fallos del Estado y los fallos del mercado, por usar las palabras habituales en la disputa, a través de las estructuras que ha desarrollado para su mercado, de las funciones positivas que ha logrado a través de la economía de mercado y de las correcciones que costosamente ha realizado con principios materiales y procesales. El equilibrio entre el trabajador y el empresario alcanzado a través del concepto de convenio colectivo, y hoy nuevamente amenazado, constituye un fundamento de la economía social de mercado. La idea anglosajona de la *caring, sharing society* debería ser recibida con más fuerza.

2.7. CONSECUENCIAS POLÍTICO-CONSTITUCIONALES: LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO: ¿OBJETIVO CONSTITUCIONAL O CONSTITUCIONALIZACIÓN DE PRINCIPIOS INDIVIDUALES?

Los conocimientos teórico-constitucionales deben ser prácticos, esto es, deben conducir a consecuencias político-constitucionales concretas. Lo dicho también vale para el mercado y la economía de mercado. Tras haber demostrado que sus estructuras normativas y sus funciones positivas son parte de la sociedad plural del Estado constitucional en su actual estadio de desarrollo (también en sus relaciones externas) y una vez que se han fijado sus límites (para proteger a terceros y al proceso político), se plantea la cuestión sobre cómo debe el Constituyente afrontar hoy este asunto. Ciertamente, el abanico de variables y posibilidades de acción de las naciones y los pueblos es amplio de acuerdo con su “temperamento”,

situación geográfica y cultura constitucional individual, si bien pueden señalarse algunas máximas de buena política constitucional en el ámbito del mercado y la economía de mercado: gracias a la experiencia y a las ideas de los textos ya elaborados y a la luz de los derechos fundamentales y de las teorías constitucionales.

La cuestión principal es si la economía social de mercado debe figurar como un gran objetivo constitucional ya en el preámbulo (es el caso de Hungría, 1989), esto es, al modo de un canon de los objetivos constitucionales, dentro de las partes fundamentales de la Constitución, en conexión con la democracia, el estado de derecho y la protección del medio ambiente. La forma de incluir la economía en la cláusula general del pluralismo también ha de ser evaluada (por ejemplo, el proyecto ucraniano de 1992). La paleta de posibilidades para conformar la economía social de mercado es amplia y también el aspecto social en el lado del derecho constitucional del trabajo e incluso del medio ambiente. En mi opinión, todo corre a favor de incluir un principio general en los textos constitucionales. Y esto vale para los estados en reforma del este de Europa, en los que el mercado y la libre concurrencia –la otra orilla– son una gran esperanza. Para estos estados, como para los estados en desarrollo del tercer mundo, elementos adicionales de economía mixta (R. Huber)⁴² son muy recomendables (por ejemplo, en la conformación plural de las formas de propiedad). Visto desde este punto de vista, la Constitución portuguesa de 1976 (artículos del 80 al 95) ha aportado “demasiado” al texto constitucional (es cuestionable el concepto “democracia económica” del Art. 2), y, sin embargo, la Ley Fundamental ha incluido “demasiado poco”.⁴³ En todo caso es irrenunciable la normativización de los elementos constitutivos del principio constitucional “mercado”, esto es, de un lado las libertades económicas (por ejemplo, la propiedad, la libertad contractual, la libertad de empresa), de otro, los derechos fundamentales de los trabajadores y la seguridad social (por ejemplo, el derecho de huelga, cláusula de dignidad para los trabajadores, protección frente al desempleo), así como la protección del medio ambiente. El lado de los derechos fundamentales en el problema constitucional del mercado (también los límites al abuso) y el lado correlativo de los objetivos estatales (trabajo, derecho social, medio ambiente) deben tomar la voz

⁴² Cfr. mi exigencia de que se incorporara la economía social de mercado en la rediviva Ley Fundamental como Constitución de la Alemania unificada, *JZ*, 1990, p. 358.

⁴³ Al respecto, P. Häberle, *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981.

simultáneamente, esto es, ser incorporados a los textos constitucionales. Cada Constituyente debería mantenerse abierto a las novedades (por ejemplo, el Art. 80 de la Constitución portuguesa: “el sometimiento de las fuerzas del mercado a los poderes democráticos del Estado”; el Art. 12.1 de la Constitución de Bremen: “el ser humano está por encima de la técnica y las máquinas”; el Art. 24 de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia: “en el centro de la vida económica está el bien del ser humano”; el Art. 124.1 de la Constitución peruana: “el Estado facilita el acceso a la propiedad en todas sus formas”). Quizás, la teoría constitucional del mercado debe introducirse parcialmente en los cánones de los objetivos educativos; esto ocurre ya de modo indirecto, en cuanto que las constituciones de algunos *Länder* reconocen “la responsabilidad por la naturaleza y el medio ambiente” (Cfr. el Art. 131 de la Constitución de Baviera o el Art. 28 de la Constitución de Brandenburgo). En todo caso, sea con objetivos educadores de viejo cuño como “la capacitación profesional y el mantenimiento de la moralidad” (Art. 33 de la Constitución de Renania Palatinado), “el bienestar de la civilización, el desarrollo del Estado, la economía, la civilización y la cultura” (Art. 56.5 de la Constitución de Hesse), “juridicidad y veracidad” (Art. 56.4 de la Constitución de Hesse), o nuevas disposiciones como los derechos fundamentales en la Constitución de Guatemala, el derecho constitucional queda moldeado en la cuestión relativa a la economía. El *ethos* de los derechos humanos no se debería frenar ante la vida económica. La cultura económica del Estado constitucional requiere una ética mínima, al modo de la cultura jurídica burguesa y sus cláusulas del tipo “moralidad”, “lealtad y confianza” o los propios delitos económicos. En todos los casos se confirma la tesis del mercado como parte del *status civilis culturalis*.

3. CONCLUSIÓN

El mercado y la economía de mercado constituyen hoy un problema constitucional central. Los textos clásicos entendidos en sentido amplio,⁴⁴ y la evolución escalonada (a menudo vinculada a esos textos clásicos) de los textos constitucionales, ahora en sentido estricto, ofrecen más que una mera indicación de problemas. Muestran —observados de manera general— que la vida económica trata en parte de la libertad constitucionalizada —y

⁴⁴ Véase mi contribución “Verfassungsentwicklung in Osteuropa”, *AÖR*, 117, 1992, pp. 169ss. Unilateral, pero genialmente provocador, G. Grass, *Novemberland*, 1993.

la responsabilidad—, de una sección de la libertad cultural, de la justicia y del bienestar general, que no son dados a la Constitución por la naturaleza, sino constituidas en el ámbito cultural. Dicho de otro modo: la sociedad plural siempre se constituye de manera novedosa, creando marcos e institutos jurídicos para la economía a través de un consenso ético-jurídico (que también es parte indirecta de una ética económica), que se precipita en el derecho ordinario y en la realización del principio social (por ejemplo en el derecho constitucional social y del trabajo), de manera que la economía de mercado se transforma en una economía social de mercado. El mercado y la libre concurrencia significan mucho para la sociedad abierta, pero no todo. El *homo oeconomicus* es sólo una verdad parcial. La citada a menudo apertura del proceso democrático de construcción de la voluntad estatal no debe ser falseada por los poderes económicos. Las estructuras de división de poderes, trasladadas del Estado a la economía (por ejemplo, la ley de cárteles, la ley de fusión de medios) deben domarla. La política de libre concurrencia es al mismo tiempo “política democrática” e instrumento de la economía social de mercado.

Una teoría constitucional del mercado tiene hoy nuevos retos, aunque sea mucho lo que ya ha alcanzado: la ecología debe llegar a la economía en una relación de concordancia práctica, como exigen programáticamente algunos objetivos constitucionales (el proyecto constitucional de Tubinga de abril de 1993, que en su artículo 38 dispone: “la ordenación de la vida económica ha de corresponder con una economía de mercado obligada con los principios sociales y ecológicos”). A lo que hemos de añadir que la democracia pluralista sobrevivirá sólo si se desarrolla en una comunidad responsable con los estados del este de Europa y apoya su transformación. Una teoría constitucional que amortigua las obligaciones sociales y medioambientales del mercado debería ser transformada en una praxis constitucional viva y mundial. El Estado constitucional común europeo y atlántico puede demostrar que tiene la dignidad humana como base cultural antropológica, la democracia pluralista como su consecuencia y que trabaja en pos del objetivo del bienestar de las naciones y su justicia, sin caer en el economicismo. Este economicismo queda prohibido en virtud de la moralidad e idealidad, que distinguen la republicana vida en común del ciudadano, gracias al Estado constitucional. Economicismo que también despreciaría lo que han logrado los hombres del este de Europa de modo pacífico a lo largo de 1989: logro que merece una perspectiva mundial, pero que en todo caso tiene consecuencias mundiales. ■