

ECONOMÍA Y CONSTITUCIÓN*

Horst Ehmke

Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez

SUMARIO

- 1.- Situación del problema
- 2.- Constitución económica: el origen del concepto y la escuela neoliberal
- 3.- La asunción del concepto en la ciencia jurídica
- 4.- Constitución económica y Ley fundamental
- 5.- Constitución económica y libertad económica
- 6.- Constitución económica y desarrollo social
- 7.- Crítica del pensamiento económico-constitucional
- 8.- La tesis sobre la neutralidad político-económica de la Ley Fundamental
- 9.- Eliminación del problema de la Constitución económica mediante una construcción constitucional formalista.
- 10.- Conclusión: la discusión sobre la Constitución económica como símbolo de la ausencia de una teoría constitucional y del Estado.

1. SITUACIÓN DEL PROBLEMA

Este trabajo trata sobre el tema “Economía y Constitución” en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Sin embargo, el estudio de esta jurisprudencia no es un fin en sí mismo. En verdad, se

* Este estudio lleva como título original «Wirtschaft und Verfassung». Se trata de la parte introductoria del trabajo de habilitación que el autor presentó en la Universidad de Bonn, en 1961. Nosotros hemos recogido una parte de esa introducción según su edición en la recopilación del autor *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, Peter Häberle,

intenta comprender la jurisprudencia de manera paradigmática: plantearemos el correcto entendimiento de la relación entre la Economía y la Constitución en un orden libre y democrático. La elección del ejemplo americano servirá de fundamento para introducir la situación del problema. En primer lugar, hemos de desarrollar la cuestión que este trabajo formula para el problema que nos interesa. No puede consistir esta tarea en un tratamiento detallado de innumerables y pequeñas preguntas, sino en mostrar las tendencias fundamentales de la discusión central de nuestra jurisprudencia y doctrina en el asunto del “derecho y la economía”.

“An economy in search of a state” es la breve rúbrica utilizada por un observador británico para describir a la República Federal Alemana. Si reconocemos en esta broma el grado de exageración, apenas hay mejor ilustración para las tendencias fundamentales de nuestra actual discusión científico-jurídica sobre “Economía y Constitución”. Esta discusión está condicionada por la ausencia de una teoría constitucional y una teoría del estado. A través de ese hueco existente, la teoría de la económica política –en muchos casos a través del derecho de la economía– intenta colarse en el derecho constitucional. Tal proceso sólo se puede comprender desde las ruinas que el nacionalsocialismo ha dejado en nuestro Estado y en nuestra historia.

También en la teoría de la constitución y en la teoría del estado sólo hay ruinas. Proceden de distintas situaciones históricas y permanecen como fragmentos de sistemas anticuados para la construcción de una teoría constitucional adecuada al moderno Estado constitucional¹. Sin duda, existe, como prolongación de los principios de Weimar (en especial, prolongando la teoría constitucional de Rudolf Smend, así como bajo la influencia de la

Athenäum, Bonn, 1981. Horst Ehmke fue Profesor de Derecho Constitucional en las Universidades de Göttingen, Bonn y Freiburg, además de Secretario de Estado en la primera Gran Coalición alemana.

¹ No es realista la loa que Carl Schmitt hace de su propia Teoría de la Constitución (en el prólogo de la reimpresión de 1954), sosteniendo que ha desarrollado para los Estados democráticos occidentales “el tipo de una Constitución democrática hasta el día de hoy, con una convincente sistemática”. La Teoría de la Constitución y su construcción conceptual racionalista –se la podría calificar de “teoría de los conceptos constitucionales” está más lejos del pensamiento constitucional angloamericano, que de cualquier otra cosa. Por eso Schmitt censura la ausencia de una “verdadera teoría constitucional” en América y halla en un trabajo tan significativo para la teoría constitucional como el “Federalist” simplemente información sobre cuestiones de “organización práctica” (p. 78; véase en este sentido E. FRAENKEL, *Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat*, 1958, p. 23). Por el contrario, es verdad que la teoría constitucional de Schmitt es un reflejo de la otra gran influencia, el pensamiento jurídico-estatal francés que habita con nosotros desde antiguo.

escuela suiza), una serie de significativos trabajos de teoría constitucional², pero no se puede sacar de la manga una completa teoría del Estado constitucional. La necesaria reconstrucción impone a los alemanes occidentales una imponente tarea cotidiana, pues el Estado de la Alemania occidental es joven, poco enraizado y, todavía, partido en dos. En el camino andado se han planteado importantes preguntas constitucionales desde un punto de vista material³. Pero esa imagen no es de ninguna manera unitaria. Así, en la discusión relativa al desplazamiento de la validez de la Ley Fundamental respecto a ciertos Tratados, no se ahorran, entre nosotros, por ejemplo, ni reacciones frente al acusado formalismo de conceptos de derecho privado usados por un derecho del estado positivista, ni recuerdos de su hermano gemelo, el decisionismo político. Por eso se han dado y se dan “cuestiones políticas” –por ejemplo, en el ámbito del derecho penal político, en el campo de la protección frente a la propaganda de la SED (Sozialistische Einheitspartei Deutschland –Partido socialista unitario alemán) y en el ámbito de la protección constitucional –que merecía una discusión constitucional, pero que, a diferencia de América, apenas se ha dado. En el campo de la Constitución económica no se percibe una reserva de ese tipo. Lo que diferencia fundamentalmente a este campo de la Constitución política es que no trata sobre el Estado, sino sobre la Sociedad.

La separación y oposición entre el Estado político y la Sociedad apolítica y privada es un fundamento de nuestra “comprensión del Estado y la Constitución” (como se dice entre nosotros en una formulación absolutista). El punto de partida de esta separación fue nuestro concepto de Estado desarrollado a partir del Estado territorial absolutista, que entraba en conflicto con el desarrollo “social”⁴. La separación teórica entre Estado y Sociedad no tenía en las relaciones sociales del XIX una correspondencia con la realidad, así que su canonización científica mediante el derecho del estado positivista del último tercio de siglo pasado, no fue esencialmente sino una evasión del problema fundamental en la teoría del estado y de la constitución. Se limitan “a lo puramente jurídico”, comprendido como una sistematización formal de las “relaciones de voluntad”, al margen de cualquier pro-

² Se debe citar a U. SCHEUNER, “Der Bereich der Regierung”, en Festgabe für Rudolf Smend, 1952, pp. 253 y sigs.; G. LEIBHOLZ, Strukturprobleme der moderne Demokratie, 1958.

³ Véase, R. SMEND, “Reichskonkordat und Schulgesetzgebung”, JZ, 1956, p. 265.

⁴ Este desarrollo lo he analizado de manera más precisa en mi lección de ingreso en Bonn, el 28 de julio de 1960, titulada “Estado y Sociedad como problema constitucional”.

blema material. Para esta doctrina, en el centro del Estado se encuentra “el poder del Estado”, que es voluntad ordenada, dominio. El súbdito se relaciona con el Estado a través de una “relación de poder”, mediante el mandato y la obediencia, en tanto que los derechos fundamentales como “derechos subjetivos públicos” no le concedan un ámbito para el desarrollo del poder de su voluntad, si no se sostiene sobre una “esfera libre del Estado”. El Estado monopolizador de la política, como persona jurídica que manifiesta su voluntad, aparece aquí al margen de cualquier momento material, y la Sociedad, ámbito de la economía y la cultura, aparece “libre del Estado” y autónoma. Seguramente, en la base de este sistema radica el acento de la potestad del Estado como poder, pero también el acento en la idea del Estado de derecho como aseguramiento de la sociedad frente al poder del Estado. Ambas posiciones olvidan en igual medida el centro de la comunidad política, que, sin duda, se estructura de manera pluralista, pero es también una unión –en la tensión entre el individuo y la comunidad, así como en la construcción del ámbito vital: familia y educación, intelecto y deporte, vocación y economía–. Esta unión de seres humanos se destroza terminológicamente a través de la separación entre Estado y Sociedad, sin que ambas partes, estén separadas o en oposición, puedan dar una base para el desarrollo de una teoría del estado y una teoría de la constitución fructífera. Visto desde el punto de vista teórico, la unión queda duplicada. Así, cuando se habla sobre las preguntas tratadas en este trabajo, se dice que el “Estado interviene” en la economía (corazón de la sociedad moderna), de manera que intervinimos sobre nosotros mismos –pues todos nosotros somos miembros tanto del Estado como de la Sociedad–. Esta dificultad se puede disolver conceptualmente con la construcción de un concepto restrictivo de Estado, que comprende exclusivamente al aparato del Estado. Así, por ejemplo, los miembros del Estado y la Constitución del Estado cuelgan en el aire, ya que ambos están vinculados a una unión, a una unión política, mientras que la Sociedad se piensa como una realidad apolítica, “privada”. La separación entre Estado y Sociedad nos ha conducido, por un lado, a contradicciones irresolubles, por otro, a liquidar históricamente esa distinción como parte de la ideología liberal, anticipando al Estado totalitario. El renacimiento de la separación entre Estado y Sociedad –dada la inexistencia de una teoría del estado y de la constitución fundada en una comunidad política– ha sido una consecuente reacción frente al totalitarismo, de donde se deriva también el acento sobre la posición de la Sociedad. En este sentido, no es el pueblo alemán el que ha perdido la guerra, sino el Estado alemán, de modo

que ahora la sociedad, sobre todo la economía, puede desarrollarse libremente⁵.

Se ve a primera vista que la idea de una sociedad apolítica en lugar de una comunidad política tiene un significado fundamental para la cuestión de la “Economía y la Constitución”. Así, en parte se arrastran parcialmente viejas carencias de nuestra teoría del estado y de la constitución –por ejemplo, en la comprensión del concepto de ley y de los derechos fundamentales-, y, en parte, se introducen nuevos errores –como, por ejemplo, en el tema de la eficacia directa de los derechos fundamentales o en la Constitución económica–. Me referiré en primer lugar al concepto de Constitución económica, en la medida que es central para las preguntas que intenta formular este trabajo. Dentro de ese tema realizaré observaciones críticas sobre la interpretación extensiva de los derechos fundamentales y el tratamiento del concepto de ley, en concreto de las leyes singulares.

2. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA: EL ORIGEN DEL CONCEPTO Y LA ESCUELA NEOLIBERAL

El concepto de Constitución económica se desarrolló por los sociólogos bastante antes de la Ley Fundamental de Bonn. Al igual que el concepto de “democracia económica” fue tema de discusión científica en los años de la República de Weimar. Se aplicó inicialmente con distintos significados, en parte desde el punto de vista económico, en parte desde la perspectiva histórico-sociológica⁶. Su influencia definitiva la cobró cuando fue usado por la escuela de Freiburg como modelo del orden económico⁷. En el concepto de Constitución económica se ve un esfuerzo de la economía política por comprender la unidad de los elementos económicos creados por el capitalismo, y configurar esa vida económica como la “correcta”, justo en un momento histórico en el que la ciencia económica ha ganado su autonomía. El propio concepto de Constitución económica hubiera sido impensable sin el proceso

⁵ A los derrotados de 1945 pertenece naturalmente el derecho público. Así lo dice E. WAHL, “Privatrecht und öffentliches Recht”, SJZ, 1946, p. 27 y ss., para quien las virtudes cardinales del derecho privado, sabiduría, sensatez y justicia, aparecen de manera más destacada en el derecho civil, que en el derecho público repleto de riesgos, por tanto, “la comparación entre el derecho público y el derecho privado favorece con creces al derecho civil”.

⁶ Véase K. BALERSTEDT, “Artikel Wirtschaftsverfassungsrecht”, en Die Grundrechte, (coord. Betterman, Nipperdey, Scheuner), Vol. III, 1, 1958, p. 3.

⁷ Véase, E. EUCKEN, Grundlagen der Nationalökonomie, 6ª ed., 1959, p. 53 y ss., 240 y ss.

de división que estaba experimentando la vieja teoría del estado –que corría paralelo la división entre Estado y Sociedad–⁸.

Walter Eucken ha visto este proceso de separación de una manera sintética muy interesante. Escribe: “el pensamiento jurídico y el pensamiento político-económico han iniciado caminos propios en el curso del final del XIX y principios del XX y sólo excepcionalmente se han tocado”, y subraya en contraposición la actual necesidad de cooperación⁹. Olvida, sin embargo, mencionar, junto a la economía y el derecho, un tercer producto de separación: el Estado. Porque Eucken, a diferencia de la escuela del «laissez faire», persigue un orden económico positivizado –en este sentido su posición es similar a la de los “positivistas ilustrados” en la teoría del estado¹⁰– se plantea por fuerza la cuestión de la “positivización”–. Eucken distingue entre el orden (antiguo) “decantado” y el orden (moderno) “decretado”¹¹. A partir de esta base hace suyo –siguiendo a F. Böhm¹²–, el concepto constitucional decisionista de Carl Schmitt: “bajo el concepto de Constitución económica hemos de comprender la decisión completa sobre el ordenamiento de la vida económica de una comunidad”¹³. Estos dos procesos se

⁸ La mejor exposición breve de este proceso es todavía el trabajo de E.R. HUBER, “Die deutsche Staatswissenschaft”, ZStW, Vol. 95, 1934, pp. 1-27, sin obviar el hecho de que las claves por él ofrecidas en aquel entonces eran claves de corto recorrido. Véase, O. BRUNNER, *Land und Herrschaft*, 4ª ed., capítulo 2. La importante ganancia que esta especialización trajo para las ciencias particulares es indiscutida, si bien sus perjuicios se sienten cada vez más –por ejemplo, la función formativa de la Universidad como *studium generale*. Lo importante es que la especialización parece chocar con el freno de su propio avance. Por ejemplo se ve así en las ciencias históricas, O. BRUNNER, *Neue Wege der Sozialgeschichte*, 1956, en especial p. 9 y ss., y W. CONZE, “Die Strukturgeschichte des technisch-industriellen Zeitalters als Aufgabe für Forschung und Unterricht”, *Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen*, Cuaderno 66, 1957, en especial p. 18) –que acentúa la inadmisibilidad del trabajo aislado en las ciencias sociales y la necesidad de superar las separaciones. Respecto a la pregunta de las relaciones entre el Estado y la Economía vale esta conclusión, pues el Estado ya no se puede pensar fuera de la economía. Una interesante expresión de este estado de cosas es el intento de crear una nueva “economía política” por parte de R.A. DAHL y C.E. LINDBLOM, *Politics, Economics and Welfare*, 1953, en referencia a un trabajo en equipo entre politólogos y economistas bajo asesoramiento de los sociólogos.

⁹ Op. cit., p. 241.

¹⁰ Véase H. EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, 1953, p. 16 y 22.

¹¹ Op. cit., p. 53.

¹² *Wettbewerb un Monopolkampf* (1933), p. 107, con expresa referencia a Carl Schmitt.

¹³ Op.cit., p. 52 y 240 y ss. EUCKEN comprende en primer lugar la “Constitución económica” en sentido económico –sin duda, en virtud de un modelo jurídico determinado y estricto– (op. cit. p. 52 y ss.), si bien luego habla de la cooperación entre la teoría y la praxis jurídica en la realización de la Constitución económica y finalmente de la “decisión total jurídico-constitucional y económica” (p. 241). La cuestión de la “positivización” de la Constitución económica pasa por alto la de la juridificación. –Sobre la crítica al decisionismo en el pensa-

aproximan: el modelo de pensamiento económico al igual que el positivismo jurídico es expresión del desgarramiento de la comunidad política en Estado y Sociedad. Como el positivismo, se significa por el rasgo capital de este proceso: de un lado el formalismo (que con gusto alaba la “despolitización” del problema), de otro (como venganza de la política desplazada) la afinidad con el decisionismo. La abstracción formalista del modelo, y también de la propia norma, requiere el cordón umbilical con la realidad a través de la decisión. En concreto, el cambio se produce por medio de un realismo conceptual, que toma los conceptos formales del sistema (económicos o jurídicos) como realidades dadas¹⁴.

Sin embargo, el paralelismo no es plenamente correcto. Se puede objetar que el modelo de Eucken no quiere ser una construcción (formal), sino una comprensión destilada de la realidad de la vida¹⁵. E incluso la adopción del concepto decisionista de Constitución era equivocada y que el “problema de la realización” no resolvía nada en realidad¹⁶. Esto lo debo explicitar en la frase central con la que Eucken –después de que haya distinguido a la Constitución económica como una decisión de conjunto– describe su rela-

miento filosófico véase, C. KROCKOW, *Die Entscheidung, eine Untersuchung über Ernst Jünger, Carl Schmitt und Martin Heidegger*, 1958; en el pensamiento político, J. FIJALKOWSKI, *Die Wendung zum Führerstaat* (1958), y en la teoría constitucional y del estado, P. SCHNEIDER, *Ausnahmesituation und Norm* (1957), más sobre el tema EHMKE, op. cit., p. 33 y ss., en el “pensamiento de la constitución económica”, E.R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bd. I (segunda edición, 1953), p. 24 y ss.; U. SCHEUNER, “Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft”, *VVDStRL*, Cuaderno 11, 1954, p. 1 y 19. Apenas existe el riesgo de establecer asociaciones políticas erróneas entre Franz Böhm y Carl Schmitt, pero para evitar malentendidos remito a la introducción de Böhm al libro de H. SINZHEIMER, *Jüdische Klassiker des Deutschen Rechts*, 1953, en especial p. XVIII y ss., en conexión con la 3.

¹⁴ Sobre el realismo conceptual véase EHMKE, op.cit., p. 36 y ss., también K. SCHILLER, “Sozialismus und Wettbewerb”, en *Grundfragen moderner Wirtschaftspolitik*, 1957, p. 227 y 251.

¹⁵ Op.cit. p. 70, 78 y ss., 168 y ss., 269 y ss. Este modelo de construcción ofrece interesantes problemas a la teoría del conocimiento y a la ciencia de la construcción de conceptos. Naturalmente podríamos preguntar si algún día se podrán construir modelos sin atender a la realidad, pero por otro lado, es dudoso que Eucken haya tomado su “tipo ideal”, su “sistema económico”, “su economía central y dirigida” de la observación del presupuesto de la familia agrícola (op. cit. p. 69). H. RITSCHL ha expuesto una crítica de fundamento a la teoría económica y política neoliberal como expone las formas del mercado como una “combinación matemática”, “*Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*” WWA, Vol. 65 (1950), p. 218, 229 y ss. impreso en *Die Grundlagen der Wirtschaftsordnung*, 1954, p. 105 y ss. El modelo de Eucken, según su propia afirmación, abstrae de la realidad momentos aislados, que generaliza para volver a analizar la realidad. Queda por ver, si esto permite ser calificado como formal.

¹⁶ Böhm y Eucken podían haber retirado su modelo decisionista; véase C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, p. 96 y ss.

ción con el conjunto del orden económico: “Cuando la Constitución económica (a) quiere realizar el ordenamiento de la economía o de partes de la economía, se desarrolla a partir de los fundamentos de la Constitución económica; (b) órdenes económicos fácticos que a menudo (c) no se corresponden plenamente con la Constitución económica”¹⁷. El concepto de Constitución económica se usa en esta frase con tres significados distintos: (a) como decisión, (b) como orden dado, (c) como norma. La frase que afirma que la Constitución económica quiere ejecutar un orden económico es desde un punto de vista constitucional-económico (tomando el “querer” de manera limitada) paralela a la proposición de Kelsen en la que declara que una norma fundamental “crea” un sistema jurídico¹⁸. El problema es el mismo: falta el sujeto ejecutor o creador. Y este defecto no se repara con la adopción de la decisión schmittiana. El elemento mágico schmittiano, un sujeto de la decisión en virtud de la condición del pueblo como una unidad política capaz¹⁹, no es posible en el ámbito de la Constitución económica (salvo que, como en el caso de la Unión Soviética, coincida con la Constitución del Estado). La economía no puede pensarse como un sujeto constituyente –en todo caso mientras que nos mantengamos firmes en la unidad del ordenamiento de la comunidad política, con la que está relacionada la Constitución económica de la economía política. Lo que Eucken tiene en mente aunque no lo cite es claro: el legislador estatal. La frase antes citada está en conexión con medidas de reforma, con medidas legislativas²⁰. El triple significado del concepto Constitución económica se ha de traducir del siguiente modo: la economía política (en el ejemplo utilizado por Eucken referido a economía política clásica) logra diversos “principios de ordenación” (un modelo de orden) = (c) este modelo es perseguido por el legislador mediante la introducción de reformas en la realidad = (b) a menudo esas reformas funcionan = (b) pero en la realidad despliegan otra intención. La comprensión de la Constitución económica en un triple significado sólo puede conducir a la confusión terminológica y material. Y en todo caso, como veremos, este ha sido el resultado.

En Böhm, que ve claramente el problema de la “positivización” del “modelo de orden” como un problema jurídico, es evidente, que se refiere a una cuestión sobre la reforma de la legislación. La definición del problema consiste en “traducir el edificio intelectual de la filosofía económica desde el

¹⁷ Op.cit. p. 52 y ss.

¹⁸ Véase EHMKE, op.cit. , pp. 27 y ss. (más adelante 37 y ss.).

¹⁹ Véase EHMKE, op.cit. pp. 41 y ss.

²⁰ Op.cit, p. 52 y ss.

lenguaje de la economía política al lenguaje de la ciencia jurídica”, así como la ligazón a las exigencias de los fisiócratas por las cuales el Estado debería aclarar la transición desde “la ley natural a la ley estatal”²¹. Aquí, la decisión colectiva que debe ser la Constitución económica se transforma en una “decisión política colectiva”²², de modo que el decisionismo cobra su propio valor como concepto de apuntalamiento de la postulada incompatibilidad de ambos modelos “puros”²³. Con la intervención estatal para la realización del modelo correcto y puro no se da ningún juego oculto:

“En concreto se pretende lo siguiente:

1. Utilización de la política del derrocamiento, mediante la aplicación de todos los medios disponibles...

2. La concentración del conjunto de las energías del Estado en el control de los legados de la economías... Además se han de reforzar las posibilidades de intervención del poder estatal. Así las potestades de supervisión del Estado entre otras, deben tener la competencia para indicar precios en caso necesario, intervenir empresas, y tomar el control sobre administraciones recalcitrantes”²⁴.

²¹ Op. cit., p. IX y ss., 326. También en BÖHM, la Constitución económica tiene diversos significados, véase en especial p. 326 y ss., 345 y ss.

²² “Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung”, SJZ, 1946, p. 141, 142.

²³ Véase, acertadamente, HUBER, op. cit., p. 25; cfr. F. BÖHM, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, 1950, en especial, p. 55 y ss.

²⁴ SJZ 1946, p. 148. El concepto “intervención” está entrecomillado, porque lo tengo por inútil. También nace de la separación entre el “Estado” y la “Sociedad”: el “Estado” no debe “intervenir” en el “ámbito propio de la economía”. Con ello se señala toda acción competencial en ese ámbito como una “intervención”. Que esto no se considere perturbador, se debe a que en nuestra comprensión de la Constitución económica las competencias estatales desempeñan un lugar subordinado (y como se mostrará, en oposición al pensamiento constitucional americano, que le da un lugar central en la comunidad política). Cuando se usa el concepto de “intervención”, se concibe como una limitación del orden jurídico y económico, y no de cualquier orden-modelo. No se da una intervención estatal en un modelo. Una objeción posible debe tenerse a la vista: el punto de partida era la hipótesis, de que en nuestro derecho constitucional económico parte de la sociedad. ¿No es rechazada esta tesis mediante el “intervencionismo” de Böhm? No. Las “autotendencias” que son parte de la división no pueden suspender naturalmente las otras partes y en todo caso negarlas cuando las necesitan. Por tanto, a la pregunta sobre dónde se construirá la relación entre la Sociedad y el Estado. La respuesta de Böhm es clara. No sólo se trata de un programa económico, sino que el Estado se identifica con una “superestructura política” (*Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, 1950, p. 6). ¿Franz Böhm marxista? No, pero en la medida que su pensamiento parte de la sociedad, sí es un pariente de los marxistas. Por un lado, el paralelo entre la dictadura del proletariado y la realización de una sociedad libre de clases y la intervención reformadora del Estado para la realización de un modelo puro, “un orden social libre de mando” (*Wettbewerb und Monopolkampf*, p. 118 y ss.), y de otro lado, se muestra un parentesco con el pensamien-

Porque Böhm reclama la conversión de la “ley natural” en “ley estatal”, “no queda claro en qué medida considera la Constitución económica como una realidad jurídica dada o como un deber ser”²⁵. Sobre el “contenido” económico y jurídico del programa reformador de Eucken y Böhm todavía no se ha concretado nada. Sin embargo, la cuestión sobre el valor que su concepto decisionista sobre la “Constitución económica” podría tener en el derecho constitucional ha de ser claramente contestada: ninguno²⁶.

Permanece la pregunta sobre el contenido material del orden sistemático de Böhm-Eucken y su significado para el problema de la “Economía y la Constitución”. Esta pregunta es en primer lugar una cuestión de política económica. La discusión económica se puede resumir con los siguientes puntos:

1. En la bibliografía de la política económica, que se opone críticamente al neoliberalismo, entre otras cosas se ha hecho ver, que Eucken, en las modificaciones de la cuarta a la quinta edición de su libro, ha introducido una forma de la “economía centralizada de gestión” en los la economía del intercambio. Los críticos se remiten²⁷ al “sólido concepto general de la dirección centralizada”. Con otras palabras: los “modelos puros” quizá no sean tan puros, como consideran sus representantes.

2. Más adelante se expone el abandono del “frío y peligroso aire de los radicales modelos de variación” y se recomienda la entrada “con pasión inveterada y desordenada” en los campos abiertos de la economía mixta, esa “mixed economy” que los teóricos anglosajones adoptan con éxito y refrescante naturalidad, mientras que muchos teóricos alemanes continúan dominados por el dogma de la incompatibilidad²⁸.

to social utópico, véase RITSCHL, H. PETER, *Freiheit der Wirtschaft, Kritik der Neoliberalismen* (1953), en especial p. 80 y ss.; T. PÜTZ, *Theorie der Allgemeinen Wirtschaftspolitik und Wirtschaftlenkung*, 1948, p. 53 y ss.

²⁵ BALLERSTEDT, op. cit. p. 7.

²⁶ El hecho de que Böhm ya no utilice el concepto de Constitución económica en su escrito “*Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*” (1950), puede hacernos concluir que él mismo ha abandonado este concepto. Pero aquí conservaremos lo más fructífero dentro de la ciencia económica del concepto Constitución económica –sea como muestra de un modelo de orden, sea como muestra de un orden histórico o existente–. La cuestión de si es lógico tomar como Constitución económica a una determinada regulación de la economía todavía nos ocupará más adelante.

²⁷ SCHILLER, op.cit., p. 234 y ss., bajo la indicación de G. MACKENROTH, *Sozialistische Wirtschaftsverfassung*, WWA, Vol. 63 (1949), p. 178, p. 184.

²⁸ Op. cit., p. 246; con estas palabras consoló Schiller al ignorante, que no estaba en condiciones de conocer, porque ambos “sistemas” habían de ser destilados de la realidad, cuando en la realidad siempre aparecían vinculados (y no de manera “pura”). EUCKEN, op.

3. Significativos economistas de otras escuelas, además, han subrayado con énfasis que no hay una construcción de la política económica libre de valores, esto es, “apolítica”²⁹.

Sobrepasa las competencias de los juristas tomar postura en estas discusiones dentro de la ciencia económica. Pero de esas disputas resulta para los juristas lo siguiente:

1. Dada la discusión en la economía política sobre los “modelos puros”, su inclusión en la ciencia jurídica en calidad de concepto normativo es un inadmisibles acto sacramental. Partiendo del suelo genésico del análisis de la economía política, estos modelos amenazan con ocultar los verdaderos problemas constitucionales³⁰.

2. Si bien la economía política vive entre los “modelos puros” o la realidad de la “economía mixta”, en la respuesta de la pregunta sobre “Economía y Constitución”, la ciencia jurídica sólo puede partir de la realidad dada de la “mixed economy”. Y es así porque la intervención se produce en la economía y no en un modelo³¹.

3. Sería una falsa esperanza, la existente creencia entre los juristas de que pueden retomar las preguntas fundamentales de la teoría del estado y la constitución, pese a las inseguras respuestas en la economía política. Aquí –en vista de nuestra historia económica de los siglos XIX o XX– se encuentran los mismos problemas de base que en el ámbito de los juristas. Los intentos de elevar a principios del “derecho constitucional económico” las tesis teórico-económicas y teórico-políticas de las diversas escuelas de política económica, sólo podrían tener una consecuencia: destrozarse el suelo común de la Constitución, pues el objetivo de ésta, de acuerdo con las

cit., p. 20, 69 y ss., 123, 127, 227; BÖHM, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, p. 8. Véase al respecto F. MARBACH, *Zur Frage, der wirtschaftlichen Staatsintervention* (1950).

²⁹ Véase J. SCHUMPETER, “Wissenschaft und Ideologie”, *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts und Gesellschaftspolitik* (1958), p. 11 (traducción del *The American Economic Review*, Vol. 39, 1949, p. 345 y ss.); G. MYRDAL, *The Political Element in the Development of Economic Theory* (con un epílogo de P. STREETEN, *Recent Controversies*, 1953); la versión original del libro en sueco apareció en 1929; una traducción al alemán, *Die politischen Elemente in der nationalökonomischen Doktrinenbildung*, 1932; véase los anexos 1-3 en MYRDAL, *An American Dilemma* (1944), y el anexo sobre MYRDAL en *Internationale Wirtschaft* (1958).

³⁰ Que un sistema económico totalitario sea incompatible con la democracia liberal está encerrado en el propio concepto del totalitarismo. La cuestión sobre si determinadas medidas económicas e interventoras son conformes a la democracia liberal no se decide con su precipitada calificación como totalitarias. Más bien se ha de decidir con la adecuada ponderación de todas las medidas en el caso concreto (no sólo las económicas).

³¹ Véase la nota 24.

famosas palabras de Rudolf Smend, no es una “decisión” en un sentido lógico y material dentro de un sistema político de pensamiento, sino ordenar en una comunidad política a seres humanos vivientes³².

Tras esta puesta en escena, no se discutirá que el Gobierno, el Parlamento, la Administración y los Tribunales necesitan la ayuda de la ciencia económica para todas las decisiones sobre cuestiones económicas. Pero tampoco se discutirá la necesidad del pensamiento “político-ordinamental”. Tan sólo se ha de rechazar la conversión del “modelo puro” de una determinada escuela de economía política en la norma de nuestra convivencia común, y del orden político y jurídico³³.

Con todo, por encima de esta crítica a la Constitución económica de Eucken y Böhm, no se debe olvidar el gran logro de la escuela de Freiburg, que consistió en liberarnos de la alternativa “estatalización o anarquía”, situándonos en el lado liberal de la pregunta, formulando con radicalidad la congruencia entre el orden político y el económico.

3. LA ASUNCIÓN DEL CONCEPTO EN LA CIENCIA JURÍDICA

Se pensará que el discutible fundamento sobre el que se sostiene el concepto de Constitución económica de Eucken y Böhm, se habría de reconocer rápidamente y conduciría a abandonar el concepto. Sin embargo, a menudo, en este espacio fronterizo entre la economía política y la ciencia jurídica, ninguna de las dos se ha sentido competente para realizar un análisis crítico del concepto de Constitución económica. Lo importante era

³² “Bürger und Bourgeois im Deutschen Staatsrecht”, 1933, ahora en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 1955, p. 320.

³³ Que sólo los “ordenamientos con derecho de la competencia” están en consonancia con la democracia liberal (BÖHM, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, 1950), es tanto más incomprensible en la medida que BÖHM vio en el Tercer Reich una economía competitiva (para la crítica véase F. HAUSSMANN, *Der Antitrustgedanke im Wirtschaftssystem*, 1950, p. 51 y ss.; con referencia a: *Die wirtschaftliche Konzentration an ihrer Schicksalswende*, 1940, p. 191 y ss.). Cuando el “derecho de la competencia” puede ser también conquistado en el Estado totalitario (pues lo abierto siempre es bueno), no se da entonces una especial afinidad con la democracia liberal. Incluso hoy se discute, en qué medida la economía de mercado apoya o debilita a la democracia. Véase H.D. ORTLIEB, “Unsere Konsumgesellschaft, Glanz und Elend des deutschen Wirtschaftswunders”, *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik* (Festgabe für Eduard Heimann, 1959), p. 1 y ss., y la bibliografía allí citada, en especial, J.K. GALBRAITH, *The Affluent Society* (1958), un libro que junto a W. LIPPMANNS, *The Public Philosophy* (1955) levantó en América una amplia discusión sobre estas cuestiones; véase F. VOIGT, “Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsentwicklung der Bundesrepublik Deutschland”, *Festschrift für Willibald Apelt* (1958), p. 73 y ss.

que el concepto afrontaba uno de los problemas esenciales de la modernidad: la constitución jurídica de la economía y su relación con el Estado³⁴. No obstante, para el tratamiento del problema del ordenamiento de la economía, en el sentido de un “orden jurídico completo del ámbito social de la economía”³⁵, hubiera sido la liberación frente a una Constitución económica decisionista tanto más necesaria que una comprensión imparcial del ordenamiento de la economía como unidad de elementos diversos y opuestos. Porque, si se parte, no de “modelos puros”, sino del ordenamiento de la realidad y su estructura que nos son dados, entonces el concepto de Constitución económica de Böhm y Eucken, pierde su sentido. Pudo tener este concepto algún sentido para aquellos autores que pretendían lograr el vuelco del modelo en la realidad (algo que por otra parte, por las razones expuestas, no se podía realizar desde el punto de vista teórico). Fuera de ese modelo de pensamiento, el concepto de Constitución económica inoculó confusión en el ámbito problemático de la Economía y la Constitución, primero en la terminología y luego en la sustancia. Su posterior uso ha contribuido decisivamente a que la discusión sobre el problema de la Constitución y la Economía se encuentre hoy material y metodológicamente en una situación, que amenaza con poner en cuestión toda la confianza científica. Si se quiere recobrar esa confianza se han de presentar de manera concluyente las preguntas fundamentales en torno a la Economía y la Constitución —en vez de precipitarse en pequeñas e innumerables preguntas y opiniones, como quien se lanza al mar sin brújula—. En primer lugar, conviene preguntarse —en lugar de informarse sobre la comprensión de las condiciones fundamentales— sobre las influencias que han determinado fundamentalmente el anterior tratamiento del problema de la Constitución y la Economía. En definitiva, esto significa preguntarnos sobre la influencia del concepto de Constitución económica de Eucken y Böhm.

Tras la Guerra, no parecía al principio que el concepto de Constitución económica de Eucken y Böhm fuera a cobrar una influencia decisiva, y ni siquiera que el concepto de Constitución económica fuese a imponerse (entonces vinculado a un significado distinto). Ludwig Raiser indicó precavidamente en 1948 que “toda fijación inmóvil a un sistema... podría

³⁴ El concepto de “Constitución económica” ya se había utilizado en la ciencia jurídica antes de Böhm, pero no en el sentido decisionista de su modelo de pensamiento; véase C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), p. 96 y ss. Merece la pena mencionar por encima de todos a F. NEUMANN, “Ubre die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff der Wirtschaftsverfassung”, *Die Arbeit*, año 8, 1931, p. 588.

³⁵ BALLERSTEDT, *op.cit.*, p. 7.

poner en peligro el futuro de la economía”³⁶. Kurt Ballerstedt, en el mismo año, marcó el acento en la cooperación entre el Estado y las fuerzas libres de la economía³⁷ y rechazó la deducción de la “libertad económica y la libertad contractual” del art. 2 de la Ley Fundamental³⁸. Walter Strauss finalmente aclaró en 1948 (superando así el cambiante doble sentido de la “Constitución económica” de Eucken y Böhm): “Sobre las formas y los modos de la economía decide el ordenamiento, y no al revés”³⁹. Concuerta su buen sentido político con el hecho de que el Consejo parlamentario rechazara regular constitucionalmente en la parte de los derechos fundamentales de la futura Ley Fundamental la vida social y económica:

“Hoy nos encontramos con un riesgo igual al de 1918, pues bajo el peso de una necesidad dura e interminable, junto a las exigencias del día a día, no logramos valorar suficientemente preguntas fundamentales para el próximo futuro. No nos debería confundir una discusión pública y ruidosa sobre tales preguntas. Frente a ésta, existe otro riesgo de distinto tipo: el intento de dar respuestas apresuradas, no suficientemente meditadas, a preguntas que merecen ocasiones más propicias. La regulación de las relaciones entre el Estado y la Economía está amenazada por ambos riesgos⁴⁰”.

El Consejo parlamentario concluyó con el mismo resultado y rechazó la incardinación de principios específicos relativos a la vida social y económica⁴¹. Así las cosas, se debería pensar que la cuestión sobre “Economía y Constitución” estaría decidida en su elemento esencial de acuerdo con el siguiente sentido: la tarea de conformar la vida social y económica se sitúa en el espacio de la responsabilidad política del Parlamento y del Gobierno. En la base de la Constitución, como en cualquier otro ordenamiento jurídico (y de valores), a las fuerzas políticas finalmente libres de nuestro pueblo se

³⁶ “Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem” en Festschrift für Julius Gierke, 1950, p. 181, 181, 200. Asimismo de manera oculta trata el tema de la Constitución económica en “Die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen”, Verhandlungen des 39. Deutschen Juristentages, 1952, p. 57 y ss.

³⁷ “Rechtstaat und Wirtschaftslenkung”, AöR, Vol. 74, 1948, p. 130, 155 y ss.

³⁸ “Staatsverfassung und Wirtschaftslenkung”, DÖV, 1951, p. 159, 160.

³⁹ Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung (1948/52), p. 7; también, RAISER, Gierke-Festschrift, p. 182 y ss.

⁴⁰ Op. cit. p. 12. En el mismo sentido, A. SCHÜLE, “Verfassung und Wirtschaft, Veröffentlichungen der Industrie- und Handelskammer Mannheim, 1948, p. 18 y ss. Asimismo, W. STRAUSS, “Entwicklung und Probleme des heutigen Wirtschaftsrechts, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Cuaderno 39, 1957; A. SCHÜLE, “Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft”, VVDStRL, Cuaderno 11, 1954, p. 75.

⁴¹ Cfr. BALLERSTEDT, “Artikel Wirtschaftsverfassungsrecht”, op. cit., p. 49, y los trabajos allí citados de V. MANGOLDT.

le ha atribuido la tarea de garantizar la forma y el equilibrio del ordenamiento de la economía. Quizá, incluso la Constitución ha sido más inteligente que el constituyente, al distinguir con instinto político, que la vinculación entre el ordenamiento fundamental de la democracia y la libertad, y el dinamismo económico moderno no podían encontrar una patente de curso mediante un acto decisionista heroico, sino que presenta un reto nuevo y continuo, cuya solución ha de buscarse allí donde reside el núcleo de una comunidad política libre: en la libre discusión de las fuerzas políticas (que abarca el conjunto de la vida de un pueblo). Los derechos fundamentales deben estar relacionados de manera primaria con el aseguramiento de este orden jurídico fundamental de la política democrática. En los capítulos de este trabajo, se mostrará que esta es la solución americana –bajo la tarea radical del dogma de la Constitución económica, que hoy todavía, aunque sea como imagen pavorosa, desempeña una función.

Si se observa el desarrollo político económico en la República Federal, se puede aseverar, que la confianza que la Ley Fundamental depositó en las fuerzas políticas de nuestro pueblo no ha sido frustrada. En la disputa política libre se ha impuesto una concepción económica –de la que siempre se pueden valorar las ventajas y desventajas– que, en primer lugar, funciona y, en segundo lugar, se encuentra claramente en la base de la Ley Fundamental. También se podría pensar que de este modo se acepta la solución americana. Distintos momentos actúan en direcciones opuestas. La política económica que se ha impuesto en la República Federal tenía una clave psicológica: la liberación del individuo por la sobreexigencia colectiva de años anteriores, en concreto la equiparación de los años del nazismo. Que su terapia de choque liberó enormes fuerzas es bien clara, como lo es también la reacción “antiestatal” frente al pasado inmediatamente anterior. Lo decisivo fue, que el “acontecimiento liberador” no fue político, sino económico. De este acontecimiento surgió el éxito. Con el éxito vino la tendencia natural –en sentido político, no constitucional– de inmortalizar los principios, sobre los que se apoyó esta exitosa política económica. Con la insoluble reunificación, con el logro de la unidad de la Europa occidental, la energía atómica y la automatización como problemas revolucionarios de la industrialización, se debería pensar que los tiempos posteriores a 1948 no son demasiado adecuados para una inmortalización constitucional de sistemas económicos. Pero precisamente la incertidumbre de la situación política condujo a una concentración en la seguridad de los logros económicos. De ahí que la relación fundamental con el Estado se ha considerado en gran medida desde una situación, que un agudo observador del desarrollo de la Alemania occidental ha calificado como un “universe of claims” frente al

Estado (Ley de asistencia federal, Ley de indemnización, ley de reparación, etc.). La relación positiva con el Estado se determina en gran medida a partir de la “reivindicación”, para cuya realización existe un sinfín de tribunales⁴². El resultado final se sintetiza en la expresión que afirma con cierta exageración que la Economía busca un Estado y lo circunscribe.

Con todo esto no se ha dicho que tales tendencias, directamente, se han transformado en doctrinas “constitucionales-económicas”. Sin embargo, la autocomprensión de nuestra economía ha mantenido esta perspectiva. Si la economía política de la “economía social de mercado” hubiese fracasado (y su éxito depende no sólo de nosotros, sino de una amplia serie de factores políticos y económicos mundiales), hoy no se hablaría de la Constitución económica –aunque la Ley fundamental fuese la misma–. Esto se comprueba simplemente al compararlo con la posición antes citada referida al “milagro económico”. Decir que una Constitución no es estática, sino que se desarrolla (incluso en poco tiempo), no es decir mucho. Pero las influencias son claras. Respecto al ámbito problemático de la “Economía y la Constitución” fue decisivo que los principios a los que se referían, en relación con la exitosa política económica, fuesen los de de la Escuela de Freiburg⁴³. Con ellos la Constitución económica de Eucken y Böhm –en estrecha conexión con las corrientes arriba descritas– y el pensamiento que parte de la sociedad, volvió a estar al orden del día.

4. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y LEY FUNDAMENTAL

La herencia decisiva del concepto Constitución económica de Böhm y Eucken se encuentra en Nipperdey⁴⁴. Su teoría sobre la Constitución económica ha sido mayoritariamente rechazada, pero sus críticos quizás hayan sido deudores del “radicalismo en los planteamientos”, que Walter Eucken siempre reclamó⁴⁵. La tesis de Nipperdey parte de que la “Constitución

⁴² O. KIRCHHEIMER, “Notes on the Political Scene in Western Germany”, *World Politics*, Vol. VI, 1954, p. 306, 311 y ss. Sobre el “Estado de la tutela judicial”, véase H. JAHREISS, “Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung”, *Recht-Staat-Wirtschaft*, Vol. II, 1950, p. 203, ahora en su libro *Mensch und Staat*, 1957, p. 115 y ss.

⁴³ Que no existan diferencia irrelevantes entre las medidas fácticas de esta economía política y los principios en los que se apoyan, lo señala con razón SCHEUNER, “Die staatliche Intervention im Bereich Wirtschaft”, p. 13.

⁴⁴ *Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, Schriftenreihe der Juristischen Sutdiengesellschaft, Karlsruhe, Cuaderno 10, 1954, p. 211; véase también *Recht-Staat-Wirtschaft*, Vol. III, 1951, p. 223; cfr. K.J. PARTSCH, “Die verfassungsmässige Sicherung von Wirtschaftsprinzipien”, *Ordo*, Vol. VI, 1954, p. 19 y ss.

⁴⁵ Op. cit. p. 112.

económica de la economía social de mercado” está recogida en la Ley Fundamental. Tesis que está sostenida por otra serie de argumentos, expuestos casi de forma exclusiva sobre aseveraciones: “la comprensión adecuada...”, “la verdad...” (p. 4), “la Ley Fundamental tiene...” (p. 6), “el art. 2.1 es...” (p. 7), etc., etc. La proposición de la tesis viene precedida del “bien conocido concepto general de la economía de mercado y de la competencia”, del que no es fácil percibir si se trata de un concepto jurídico o de economía-política, al que se refieren tanto Eucken, Böhm, Röpke como Hayek (p. 6 y 14). Para luego exponer artículos específicos de la Ley Fundamental, que tendrían un significado adecuado a la “economía de mercado”. Así se dice que el art. 2.1 contiene “la libertad de empresa” (p. 7), que se define simplemente como “la libertad de las actividades económicas e industriales” y que debe excluir “la reglamentación estatal”, el “dirigismo”, la “intervención”, “la planificación económica” (p. 8). Para sostener esta tesis Nipperdey se remite a “los ordenamientos de las culturas estatales de occidente”. Como ejemplo sólo se cita a Suiza, pese a que su artículo económico en la Constitución federal ha sido reconocido por las autoridades gubernamentales de Suiza como “derecho de la intervención estatal”⁴⁶. Tan poco se excluye la “reglamentación” o la “intervención” en Francia o Gran Bretaña, y lo mismo se puede decir en el caso de los Estados Unidos –como se mostrará en detalle en este trabajo–. “El ordenamiento jurídico de las culturas estatales de occidente” se reduce de manera considerablemente drástica en el modelo de la libre competencia forjada por la escuela de Freiburg. Desde esa posición, la “libertad general al desarrollo económico” se despliega como “una necesidad intelectual” y la “libre economía de competencia” como “una garantía institucional de la Constitución de la economía de mercado” (p. 9). La economía de competencia es insoslayable para el “funcionamiento de la economía de mercado”, para el funcionamiento de su “automatismo” (p. 20). Y también es necesaria la libre concurrencia, “que es otro elemento vital de la economía de mercado” (p. 10), y el art. 2.1 contiene también la libertad contractual “sin la cual no es imaginable la economía de mercado” (p. 119). Y, de acuerdo con esta construcción, se antepone el concepto de “economía de mercado” –que, como se ha dicho, no se define o fundamenta claramente: “la moderna economía de mercado no se puede imaginar sin..., “no hay economía de mercado sin...” (p. 11). El resultado final se enuncia del siguiente modo: “el art. 2.2 es la Carta Magna de la libre economía de mercado”⁴⁷. Una vez que el “modelo puro de

⁴⁶ H. HUBER, “Das Staatsrecht der Interventionismus”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Vol. 70, 1951, p. 173.

⁴⁷ Op. cit., p. 16.

la economía de mercado” se sitúa de este modo como uno de los elementos de la Ley Fundamental, se convierte por medio de una serie de límites correctores —entre los más reseñados el art. 15— en “Constitución económica de la economía social de mercado”, una suerte de orden de libre competencia con fuertes componentes sociales⁴⁸. E incluso se sitúa bajo la protección del art. 79.3 (p. 19). Se excluyen así en esta investigación, las numerosas contradicciones que existen entre la conceptuada Constitución económica y nuestra realidad económica (p. 24) (por ejemplo, el sector agrario)⁴⁹.

El problema de la introducción de parámetros extraños en el derecho constitucional es clara: cualquier otro jurista podría remitirse en vez de a Eucken, a Schumpeter o Galbraith, y en vez de al libro de Hayek “Road to Serfdom” al libro de Finer “Road to Reaction” y afirmar que parte del “bien conocido concepto general de la economía colectivista”, que es la “Constitución económica” de la Ley Fundamental, que se corresponde con el concepto de Estado Social de los art. 20 y 28. Pues en la sociedad industrial y de masas, las interdependencias existentes hacen que las condiciones para el “libre desarrollo individual” por regla se produzcan a partir de medidas estatales, partiendo del orden social en esa “relación de tensión entre la libertad y el orden social”. Y es contrario a la “dignidad humana” (art. 1 GG) lanzar al ser humano al “automatismo” de la economía de mercado, que simplemente ha de producir condiciones para extenderse permanentemente —y así sobrevivir—, pese a que al mismo pueden ser insuficientes para sostener escuelas, centros de investigación u hospitales, y, sin embargo, sean excedentes en la producción de chicles o cosméticos, enterrando de este modo esa apelación a un craso individualismo materialista teóricamente necesario para una democracia sana y que ha de resolver nuestros problemas económicos. El verdadero núcleo de la economía de mercado residiría de verdad en la cláusula del Estado social (art. 20 y 28 GG) y en el principio de igualdad (art. 3) como parte del orden fundamental liberal-democrático (art. 18 y 21 GG). La “economía colectiva” debería estar al servicio del “libre desarrollo de la personalidad” (art. 2 GG), sobre todo en el ámbito cultural (dinero para la escuela, etc.), pero también en el ámbito económico, sin duda, a través de la realización de condiciones para la participación del trabajador en las grandes empresas. Las disposiciones sobre derechos fundamentales protegen en primer lugar derechos personales (art. 1, 2, 11, 12,

⁴⁸ Por ejemplo, se señala el necesario derecho de “codecisión” de los trabajadores; en contra véase F. BÖHM, “Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht der Arbeiter im Betrieb”, *Ordo*, Vol. IV, 1951, p. 21 y ss.

⁴⁹ Al respecto véase SCHÜLE, *VVDStRL*, Vol. 11, p. 75 y ss.; F. VOIGT, *op. cit.*

13, 14 GG) y no mecanismos abstractos del mercado. Y eso corresponde con una perspectiva cristiana, a la que Nipperdey no puede agarrarse en la defensa de su automatismo de la economía de mercado⁵⁰.

Con esta contraposición evidentemente no se pretende que nuestro orden político fundamental –que es un orden material y no un simple funcionalismo de la mayoría⁵¹– evite marcar fronteras a la conformación del orden económico. Una asignación forzosa de puestos de trabajo (por ejemplo, una especie de “servicio industrial” sería –al margen de situaciones de guerra y de excepción– contraria a la Constitución (art. 2, 11, 12 GG). Sobre esto existe, creo, unanimidad. También quedaría excluido ese “modelo económico” que la Escuela de Freiburg denomina “administración central de la economía”. No tiene significado jurídico alguno. Conviene mejor determinar la adecuación de cualquier medida de dirección económica con la Ley Fundamental, que es el orden político fundamental de nuestra vida en común democrática y libre, y no con cualquier modelo económico “predefinido”, que se seleccionan, como hemos intentado señalar, de manera arbitraria. Por mantenernos en nuestro ejemplo: una acción estatal indirecta sobre las fuerzas de trabajo –para resolver estados de necesidad militares o económicos– mediante un sistema estatal de complementos salariales según el lugar de trabajo no sería, en mi opinión, ni contrario a los artículos 2, 11 y 12 ni contrario a cualquier otra disposición constitucional, independientemente de su hipotética funcionalidad económica. Pues la cuestión sobre la corrección de la finalidad económica reside en la responsabilidad política de legislador y no en la responsabilidad jurídica del Tribunal Constitucional Federal –competente en última instancia–. ¿No sería bueno emprender nuestra tarea terminológica y material, no con un uso parcial del concepto economía ligado a la Constitución, según Eucken y Böhm de Constitución económica, sino con la pregunta “Constitución y Economía”, señalando a la Ley Fundamental como parámetro jurídico de nuestra vida en común? Se ha de remarcar, que aunque hoy se generalizan apresuradamente distintos modelos de pensamiento, las medidas concretas de los tipos más diversos, se aceptan en la mayoría de los casos⁵².

⁵⁰ NIPPERDEY, op. cit., p. 7; para esta conexión véase H. PETERS, “Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel”, Laun-Festschrift, 1953, p. 669.

⁵¹ Véase EHMKE, Grenzen der Verfassungsänderung.

⁵² Sobre lo infructuoso del modelo de pensamiento en este sentido véase, G. STRICKRODT, “Die Idee der Wirtschaftsverfassung als Gestaltungs- und Interpretationsprinzip”, JZ, 1951, p. 361, si bien, para este autor, lo problemático del concepto Constitución económica no aparece en gran medida porque se considera capaz de separar el derecho constitucional y la teoría constitucional (entendida como teoría política), p. 365. El derecho constitucional debe pensarse como apolítico, y el derecho económico como no económico.

Volvamos sobre las tesis de Nipperdey. Ya se ha señalado que su “Constitución económica de la economía social de mercado” es una variación social del “orden puro de competencia” de la Escuela de Freiburg. Pero permanece la incertidumbre sobre si la clave para comprender la conexión entre este modelo y la Ley Fundamental radica quizás en el concepto “economía social de mercado”. ¿Pero que es esa “economía social de mercado”? Lo más correcto es preguntarle a uno de sus padres. Müller-Armack llama a la “economía social de mercado” ese “signo” al que se intenta conducir la política económica de la República Federal desde 1948, una “idea de planificación”, un programa. El concepto sirve para “identificar al conjunto de la política económica desarrollada en primera línea por el Ministro de Economía de la República, Ludwig Erhard. El concepto fue expuesto al debate público por primera vez en 1949, en los principios del congreso de Düsseldorf de la Unión Demócrata Cristiana (CDU). Entretanto, se convirtió en el fundamento del programa de política económica de los partidos de la coalición”⁵³.

El término “economía social de mercado” es un indicador del programa de la economía política de un partido político, en verdad, de una coalición de partidos. Si Nipperdey utilizase ese término en un sentido tan preciso, se producirían consecuencias sorprendentes: el desarrollo del programa de política económica de la CDU se convertiría en la guía de la interpretación constitucional. Por otro lado, del mismo modo podría reclamarse como Constitución económica el programa económico del SPD formulado en Godesberger, sobre los términos de “competencia socialista”, “economía planificada suave” o “mixed economy”. Y también se podría elegir el programa del FDP sobre “economía de mercado liberal”. Si la “economía social de mercado” se usa en el sentido del programa de la CDU, la tesis de la economía de mercado abandonaría abiertamente el suelo común de la Constitución y de la ciencia. Es fácil señalar una consecuencia final: la tesis de la “economía social de mercado” no puede utilizarse en este sentido. La seria objeción de Rudolf Einwand, de que Nipperdey subordinaba⁵⁴ a los parlamentarios del SPD en el Consejo constituyente, a un sistema económico por él elaborado, pasaba por alto que Nipperdey junto a Eucken, Böhm y Röpke, abiertamente se remitía a un socialismo liberal⁵⁵. Para él, claramente, era el mejor equilibrio entre libertad y vinculación. La elección del término “economía social de mercado” no es, sin embargo, más afortunada que la adopción del

⁵³ “Artikel Soziale Marktwirtschaft”, HDSW, Vol. 9, 1956.

⁵⁴ “Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht”, DÖV, 1956, p. 97

⁵⁵ Op. cit. p. 6.

pensamiento en modelos. Entretanto, la tesis de Nipperdey ha sido repetida en numerosas ocasiones, sin que haya cobrado por ello capacidad de convicción⁵⁶, sino que más bien ha experimentado un rechazo merecido.

Desde el punto de vista político-constitucional se deba añadir al complejo “economía social de mercado” lo siguiente: la concepción político económica de la CDU ha logrado imponerse, porque ha recibido un amplio apoyo popular –esta conexión la subrayado acertadamente Müller-Armack–. Se ha impuesto en la libre lucha política, acreditándose la unidad político-económica a lo largo del proceso político democrático de construcción de la opinión y la voluntad pública, en el sentido integrador de Rudolf Smend⁵⁷. No se debería liquidar el sentido político de este gran logro de nuestra democracia, en el sentido de considerar que el todo existía desde el principio en la Ley fundamental a la espera de que la ciencia jurídica lo elaborara.

La tesis de Nipperdey, rechazada mayoritariamente, tiene, sin embargo, las condiciones típicas de la tendencia dominante, de la que ya se ha hablado al principio: pensar desde la sociedad. En su núcleo es una tesis apolítica, entre otras cosas porque es esencialmente civilista⁵⁸. Por ejemplo,

⁵⁶ Véase ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Vol. 1, 15ª ed., p. 85 y ss., si bien en la p. 88, se rechaza la limitación de las llamadas “formas de mercado de intervención; con más detalle NIPPERDEY, *Wirtschaftsrecht*, en HdW, Vol. II, 1959, p. 1543 y ss.; del mismo autor “*Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht*”, *Kartellrundschaue*, 2, 1960.

⁵⁷ Véase R. SMEND, “*Verfassung und Verfassungsrecht*”, 1928, ahora en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 1955, p. 150 y ss. Respecto a la economía política, G. WEISSER, “*Für oder gegen die Marktwirtschaft –eine falsche Frage*”, *Sozialistische Bildungsgemeinschaft*, Köln, 1953; véase también del mismo autor, “*Freiheitlicher Sozialismus*”, en HDSW, Vol. 9, 1956, p. 509.

⁵⁸ Nuestro derecho civil –en oposición al common law– es “apolítico”, algo que puede reconducirse de manera limitada a su surgimiento a la sombra del “absolutismo romano”. Es importante el hecho de que el derecho privado construya un sistema separado fundamentalmente del derecho público, pero esto y su apoliticidad, han de verse junto a la separación entre el Estado y la Sociedad del siglo XIX. El camino de la escuela histórica hacia “el quietismo político” se ha subrayado ya de manera suficiente –véase H. TRIPEL, “*Staatsrecht und Politik*”, *Beiträge zum aus. öff. Re. u. VöRe.*, 1, 1927, p. 25; W. WILHELM, *Zur juristische Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958, p. 36 y ss. GRAF PAUL VON WARTENBURG escribió que la escuela histórica no es histórica, sino un anticuario “construido ascéticamente, mientras que el movimiento dominante era la construcción mecánica”, *Briefwechsel mit Dilthey 1877-1897*, 1923, p. 69. El núcleo del asunto parece que se encuentra en la oposición entre el derecho de los profesores y el derecho de los prácticos (derecho de los juristas), P. KOSCHAKER, *Europa und das Römische Recht*, 2ª ed., 1953, p. 164 y ss., 208 y ss., 256 y ss. Este autor ha subrayado la conexión entre el desarrollo político (en especial el particularismo) y el desarrollo de nuestra ciencia jurídica, de lo cual se deduce que no tiene ningún sentido reprochar a Savigny no haber sido el Sir Edgard Coke alemán.

para esta tendencia general es significativo que Nipperdey hable de las competencias del Estado sólo en conexión con la “realización del mercado”⁵⁹. Además, la “Constitución económica” se construye como un sistema de derechos fundamentales y sus límites, en el que el sentido primario de los derechos fundamentales como elemento estructural del orden político fundamental se resuelve en dos líneas (y entre paréntesis), p. 12. Por el contrario, “el peso del orden constitucional de la República Federal” –“al margen de la organización jurídica del Estado”– reside “en el art. 2.2. GG”, p. 22. Es significativo en la retroacción de la visión de conjunto, que Nipperdey no use el término “orden fundamental democrático y libre”, sino el término “orden fundamental libre y social”, “orden fundamental de libertad”, cuando habla de los principios fundamentales (p. 12 y 19). La vida política común y el orden político adecuado, que son los verdaderos objetos la teoría constitucional y del estado, no aparecen por ningún lado. Esto hace necesario nombrar “a la comunidad del trabajo y la economía” (p. 18) como sujeto de la “Constitución económica”. Con eso se vuelven a tomar los conceptos apolíticos del romanticismo –pero sólo bajo la influencia de ideas “sociales”– que en el pasado remoto y cercano tanta confusión ha inoculado⁶⁰. El pensamiento a partir de la sociedad deja de lado el núcleo político de la “dialéctica entre orden y libertad”. En Nipperdey es esencial una circunstancia (p. 3 y ss.): la mala comprensión del significado de la lucha en los años de Weimar frente al relativismo positivista en la teoría del estado y la constitución⁶¹. El objeto de esta disputa fue la Constitución como orden jurídico de la comunidad política. La idea de una Constitución social específica (ahí va a parar la Constitución económica) es incompatible con una teoría material del Estado constitucional que concibe la comunidad como una “unidad de

⁵⁹ Op. cit., p. 18.

⁶⁰ En la medida que este trabajo está dedicado a la comparación con el pensamiento constitucional anglo-americano, conviene apuntar la historia del término Sociedad: Ferdinand Tönnies, al que tanta gente se refiere, estuvo influenciado por Müller (véase O. BRUNNER, *Neue Wege der Sozialgeschichte*, 1956, p. 227), de quien tomó el término. En nuestra bibliografía política moderna fue introducido por Friedrich von GENTZ en su traducción de E. BURKE, *Reflections on the French Revolution*. Ocupa el lugar del sobrio término “partnership” (E. LERCH, “Gesellschaft” y “Gemeinschaft”, *Deutsche Vierteljahresschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte*, año 22, 194, p. 106, 114 y ss.

⁶¹ Un tratamiento de este enfrentamiento a la luz del problema de la soberanía se ve en W. HENNIS, *Das Problem der Souveränität*, Diss. Iur. Göttingen, 1951; a la luz del problema de los límites a la reforma constitucional, EHMKE, op. cit.; y a la luz del problema político de la lealtad de los funcionarios ZWEINER, op. cit.; véase también K. SONTHEIMER, “Zur Grundlagenproblematik der deutschen Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik”, *Archiv für Rechts- und Soz. Phil.*, Vol. 46, 1960, p. 36 y ss.

decisión y acción” política y jurídica (H. Heller). Ya en la lucha frente al positivismo y el relativismo, los principales teóricos de la Constitución y el Estado del tiempo de Weimar (Smend, Kaufmann, Holstein, Heller, Schmitt) rechazaron la idea desnuda de una Constitución económica⁶². Para una teoría material no basta con determinar el marco que fija el ordenamiento de la economía a partir de la Constitución del Estado.

Con lo expuesto no se ha querido decir que estas doctrinas sobre la Constitución económica carecen de relación con nuestra teoría constitucional y del estado tradicional. Al contrario, se encuentran en el lecho de, al menos, parte de este pensamiento: en la tradición del Estado de derecho concebido frente al Estado del poder –de nuevo en una perspectiva sociológica–. La diferencia fundamental de esta tradición –que sólo se entiende por la separación entre Estado y Sociedad– frente a la tradición angloamericana del “free movement”, ha sido descrita de modo penetrante por Ulrich Scheuner:

“En la doctrina alemana del Estado de Derecho hay dos momentos que emergen con preferencia, la protección de los derechos individuales y la atención al principio de legalidad. Estos dos momentos centrales en las correspondientes concepciones occidentales de la Constitución liberal del Estado, sin embargo, no cobran una importancia similar en el desarrollo alemán, y aquí radica uno de los puntos débiles del desarrollo de la doctrina alemana del Estado de derecho”⁶³.

En la teoría de la “Constitución económica” revive la idea de que la “competencia” es una expresión concreta de los gobernantes –en la democracia popular–, que degrada la tarea de conformación y el orden constitu-

⁶² Con especial agresividad H. HELLER, *Staatslehre*, 1934, p. 211 y ss., 166 y ss.; véase también C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, p. 96 y ss.

⁶³ “Begriff und Entwicklung des Rechtsstaates”, en *Macht und Recht, Beiträge zur lutherischen Staatslehre der Gegenwart*, ed. H. Dombos y E. Wilkens, 1956, p. 76 y 85. Véase ahora del mismo autor, “Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Vol. II, 1960, p. 229. La conexión entre la restringida exposición del problema de la doctrina del Estado de derecho y la separación entre Estado y Sociedad lo he mostrado en mi trabajo ya citado en la nota cuatro. F. NEUMANN lo explica en su relevante artículo, “The Concept of Political Freedom”, 53 *Colum.L.Rev.*, 1953, p. 901, donde dice: “The English rule of law and the German Rechtsstaat doctrines have really nothing in common”, SCHEUNER, p. 83, se remite a A. DENNING, *The Changing Law*, 1953, p. 6 y ss., que señala como núcleo del “rule of law” el “instinct of liberty”. Un paralelo americano son las palabras del juez BRANDEIS, que afirma que para los padres constitucionales de América “la libertad es el secreto de la felicidad y el coraje el secreto de la libertad”, en su opinión concurrente en *Whitney v. California*, 274, U.S. 357, 375; 47 *Sup. Ct.* 641, 648, 1927.

cional, así como el poder para realizar estas funciones, hasta convertirla en una “mera disposición de competencia... limitada sólo por la división de competencias entre la Federación y los Länder⁶⁴. Es claro, en todo caso, que el “catálogo competencial” contiene atribuciones a favor del legislador federal. La competencia legislativa en el ámbito de la economía estipula una competencia referida a aquellas reglas que el legislador considera necesarias para el interés común. Deben permanecer en el marco de la Constitución (entre otras bajo los derechos fundamentales), pero asimismo deberían ser tituladas expresamente como competencias de “dirección económica”. A menudo, la confusión consiste en que la Constitución llama ámbito competencial al “derecho de la economía”. Pero esto es simplemente una consecuencia de que en un sistema codificado del derecho, la atribución de competencias se realice a partir de ámbitos jurídicos, algo que, como veremos, es distinto en el ámbito del «common law». Sin embargo, se trata sólo de una cuestión terminológica, no de una cuestión material. El legislador puede (el legislador federal en el marco de las competencias a él atribuidas) dictar todas las normas que la Constitución no excluya. Sólo cuando se tome el concepto de intervención del modelo de pensamiento de la economía-política, y entonces la legislación se considere excluida de un ámbito social autónomo (del que la Constitución nada dice), entonces se puede reducir la atribución de competencias a una mera restricción de competencias. En el fondo, la competencia no se piensa desde la comunidad democrática, sino frente al Estado como un paraguas del “orden social”. Así, para Ballerstedt, la competencia del legislador democrático sobre la moneda y los impuestos “es el flanco abierto de la Constitución económica frente al Estado”⁶⁵. Merece la pena señalar, cómo, desde la base del pensamiento alemán del Estado de Derecho con “derechos subjetivos” frente al Estado, la cláusula “Estado social” también se construye en ese “sistema de derechos subjetivos frente al Estado⁶⁶ –tanto la perspectiva histórica como la perspectiva contemporánea de la

⁶⁴ Véase A. HAMANN, *Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung*, p. 25, 1953, respecto a la disposición el art. 74.11 GG: “el legislador concurrente se extiende a los siguientes ámbitos: Ö 11. el derecho de la economía (montes, industria, energía, artesanía, comercio, mercados, contratos de seguros”); en sentido similar C.D. EHLERMAN, *Wirtschaftslenkung und Entschädigung*, Heidelberg Rechtsw. Abhandlungen, 2, 1957, p. 14, bajo llamamiento a la sentencia BVerfGE 4, 7 y ss. En contra, aunque no de manera decisiva, SCHEUNER, *Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft*, p. 23, p. 33.

⁶⁵ Artículo, “Wirtschaftsverfassungsrecht”, op. cit. p. 39.

⁶⁶ Para el fundamento histórico de la fórmula “Estado social de derecho”, se recomienda: W. HENNIS, “Zum Problem der deutschen Staatsanschauung”, *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, año 7, 1959, p. 1 y 16. Para la interpretación de la cláusula Estado social véase BALLERSTEDT, op. cit. p. 50 y ss., 53 y ss., y la bibliografía allí citada.

cláusula Estado social liberan a favor del legislador un amplio espacio de movimiento, que excluye doblegar los derechos de libertad políticos y personales en un “sistema económico” tullido, en contradicción así frente al concepto formal del “Estado social de derecho” (art. 20 y 28 GG).

5. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y LIBERTAD ECONÓMICA

El planteamiento “constitucional económico” de Ernst Rudolf Huber, la autoridad dirigente de la disciplina del derecho económico dentro del derecho público, no se diferencia en lo esencial del planteamiento de Nipperdey⁶⁷.

En atención a las circunstancias, pues Huber rechazó tanto el decisionismo jurídico-constitucional, como el uso clandestino de modelos de la economía política (en su condición de metanorma) en la Constitución económica jurídica⁶⁸, se hace muy llamativa la constatación de la influencia del pensamiento social en este autor. Por otro lado, el mero uso del término Constitución económica es expresión de tal pensamiento. Huber dice: “en sentido jurídico, la Constitución económica es el orden jurídico fundamental de una asociación estatal organizada, en tanto que se refiere a la interdependencia de las instituciones, los bienes y las fuerzas económicas” (p. 23). Esta definición es ambigua. En primer lugar queda por saber si la Constitución económica debería exponer una preexistente “interconexión de bienes, fuerzas e instituciones económicas”⁶⁹. Estas dudas se refuerzan con la adopción –sorprendentemente de pasada– de la cuestionable tesis sobre “la normatividad de los hechos” y el acento de su especial importancia para el “derecho económico (p. 23)⁷⁰. Este doble significado de la asociación entre la Cons-

⁶⁷ Véase *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Vol. 2, 2ª ed., 1953/54; “Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht”, *DÖV*, 1956, p. 97, 135, 172, 200.

⁶⁸ *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Vol. I, p. 24 y ss.

⁶⁹ BALLERSTEDT, op. cit., p. 5 escribe: “en la realidad, existe un préstamo metodológicamente desautorizado desde la economía política, cuando el concepto jurídico de Constitución se utiliza para identificar a una unidad preexistente entre bienes, instituciones y funciones. El derecho siempre ha tenido que ver exclusivamente con las relaciones entre seres humanos, y por tanto una Constitución en sentido jurídico sólo puede darse entre hombres”.

⁷⁰ Para la crítica de esta fórmula de la “normatividad de los hechos”, véase K. HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung, Recht und Staat*, Vol. 222, 1959. Ciertamente es correcto afirmar que fuerzas y desarrollos externos al derecho tienen reconocimiento en el derecho, y es que, sin ese tipo de reconocimiento –pero sin la costumbre jurídica, la jurisprudencia o el legislador, esos “hechos” nunca serán derecho. Por el contrario, en toda aplicación del derecho, en toda conformación jurídica del ámbito económico se comprueba “la fuerza fáctica de lo normativo”.

titución económica de carácter jurídico y la “conexión” económica es también una señal, por ejemplo, para la “economía de mercado” como “prototipo” de la “Constitución económica”: “se ha de entender que bajo la economía de mercado se encuentra anclado un sólido sistema constitucional de bienes, fuerzas e instituciones económicas, en el que la producción y el reparto de bienes económicos están mayoritariamente autorregulados por la ley de la libre competencia” (p. 31). Anclado constitucionalmente significa tanto como positivizado, y la unidad del sistema se refiere a un modelo económico y a su “ley”. Huber trabaja con modelos de política-económica traducidos (y modificados) a términos jurídicos. Frente a un proceso de este tipo no se puede oponer nada, en tanto que tales tipos económico constitucionales se utilicen tan sólo como medios de conocimiento de órdenes económicos históricos y contemporáneos. Por el contrario es inaceptable entresacar en sentido normativo la interpretación de disposiciones singulares de la Constitución del Estado, en especial aquellas disposiciones que no hablan ni de la economía, ni de la “economía de mercado”. Esto, sin embargo, ocurre en Huber y con ello se posibilita que el término Constitución económica se utilice en varios sentidos, de manera que no queda claro si se usa en sentido jurídico económico o en sentido jurídico estatal y constitucional. En otro sitio leemos principalmente: “los principios fundamentales de los ámbitos singulares del derecho económico, sobre todo los principios que determinan la posición de la economía en el orden general del Estado, componen la Constitución económica” (p. 18). Con ello no se concluye abiertamente, si se trata de principios propios del Estado constitucional o simplemente de principios jurídico-económicos. Esta diferencia la intenta encontrar Huber en la superación de la distinción entre un “derecho constitucional económico material y otro formal”, (p. 27 y ss.). El “rango jurídico material” se le debe imputar al “derecho económico material”, que se define como un “un sistema que regula de manera consciente el orden de los bienes, las fuerzas y las instituciones económicas y que subraya la unidad o los cambios de los principios jurídicos”. En este sentido, se identifica como “derecho constitucional económico” el reglamento sobre los cárteles de 1923 (p. 33). Admitir el uso para la economía del concepto “del derecho constitucional material”, formulado desde la comunidad política, no está ni fundado ni desarrollado. Los principios de los ámbitos singulares del derecho económico privado y público aparecen independientes de su relación con la Constitución del Estado y la Constitución económica.

En Huber, la Constitución económica no se piensa desde la comunidad política, sino desde la economía, desde el derecho de la economía, en especial el derecho administrativo de la economía, no desde la Constitución

del Estado. Sin embargo, nos debemos preguntar por qué se aplica el concepto de múltiples significados Constitución económica, en lugar de “ordenamiento jurídico” u “orden jurídico fundamental de la economía”. ¿No será que el carácter “accesorio del derecho de la economía” se quiere convertir en la Constitución del Estado? (cfr. p. 12). Algo se ha de añadir: Huber habla de los “principios fundamentales de los ámbitos singulares del derecho de la economía” (p. 18). En otro lugar habla de la Constitución del Estado, la sociedad, el trabajo y la economía⁷¹. En atención a esta inflación constitucional cabe preguntarnos si existe una Constitución económica unitaria, ¿o se trata más bien de principios fundamentales variables según se trate de la Constitución del trabajo, de la Constitución de la producción agrícola, de la Constitución del comercio, de la Constitución de la industria ligera, de la Constitución de la industria pesada, de la Constitución de los artículos de consumo, etc.? En todos los ámbitos se despliega la dialéctica entre libertad y vinculación característica de toda comunidad política libre, pero esta circunstancia, especialmente subrayada por Huber (p. 8 para el moderno derecho de la economía; p. 18 para el derecho constitucional económico; p. 29 para la Constitución de Weimar, p. 46 para la Ley Fundamental de Bonn), para quien incluso lo eleva a “garantía institucional” de un “orden equilibrado”, es demasiado general a la hora de sistematizar una respuesta esperada a las preguntas concretas. Las preguntas sobre la “Constitución y la Economía” deberían estar mediadas para cada ámbito, e incluso para cada pregunta concreta, por el significado de la Constitución del Estado como orden jurídico fundamental de la comunidad política. Huber propone otro camino, que se parece al camino de Nipperdey en su estructura fundamental: en primer lugar interpreta el art. 2 GG en el sentido del “tipo constitucional de una economía de mercado” y “purifica” luego estos tipos –en modo más decisivo que Nipperdey– mediante la invocación de disposiciones vinculantes de la Ley Fundamental como “obligaciones de la economía social de mercado”⁷².

Antes de abordar la interpretación de Huber del art. 2 GG, es necesario primero resaltar que su carga probatoria se encuentra ya en su estructura fundamental arraigada sobre “el pensamiento social”, que en él realmente elimina el problema competencial y presenta la Constitución económica como

⁷¹ DÖV, 1956, p. 202.

⁷² *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Vol. I, p. 36 y ss.; más adelante p. 387 y ss., 770 y ss.; Vol. II, p. 3 y ss, 141 y ss., 211 y ss.; y en el DÖV 1956, p. 97, 135, 172 y 200. Para nuestro trabajo nos remitiremos al artículo del DÖV, pues no hay variaciones en las partes correspondientes del *Wirtschaftsverfassung*.

un sistema de derechos fundamentales y límites de derechos fundamentales (que de modo incorrecto se presentan como normas sobre la competencia). En este cuadro, las competencias estatales aparecen necesariamente no sólo como una última posición, sino bajo la idea de la “ejecución constitucional” (p. 102 y 202)⁷³. Huber se opone frente a la norma de competencia del art. 74.11 GG, según ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional Federal, interpretación que a mí me parece la única posible después de lo dicho, y por la cual el legislador federal en sus ámbitos competenciales debe dictar todas las reglas que tiene por necesarias para alcanzar el interés general⁷⁴. Esto conduce según Huber a una autorización general para la intervención económica (p. 98), hacia un “poder general” a favor del legislador, “en tanto que observe la Ley Fundamental, sólo estará sometido a limitaciones concretas” (p. 99). Sin embargo, esta tesis de Huber no resuelve la problemática competencial. La negación de la generalidad de las cláusulas competenciales, sin duda del art. 74.11 GG, se hace necesaria para la deducción de la construcción él afirmada en las competencias de regulación económica. Posteriormente, la “ejecución” debe resultar en “defensa frente a los obstáculos”, y “el poder de conformación social y económico del Estado” y la “ejecución de la reforma social y económica” deber resultar de la reserva de constitucionalidad establecida en el art. 2.1 GG, que se identifica como norma competencial que fundamenta la normativa destinada a evitar los cárteles (p. 135/136) –y no, claramente, los artículos 74.11 y 16 (p. 137). Incluso el principio de Estado social se identifica como norma de competencia (p. 201). Por el contrario, se debe decir lo siguiente: la competencia del legislador federal, se encuentran fundamentalmente en los art. 70 y ss. Y 105 y ss. Frente a ellos encontramos atribuciones de competencias específicas, como el art. 21.3 (mientras que el fundamento competencial del derecho de asociación no sería el art. 8.2, sino el 74.3). Las disposiciones de derechos fundamentales limitan estas competencias en cierta medida para lo relativo a su “ámbito interno”. Su “ámbito externo”, la “competencia federal”, no la pueden ni disminuir ni agrandar. Ciertamente, los derechos fundamentales, en lo relativo a la relación entre el Estado y la Sociedad, se pueden entender como normas negativas de competencia, sin embargo, se hallan reservas si se quiere comprender como normas secundarias de

⁷³ No se discute que cuando la Constitución obliga al legislador a desarrollar determinadas tareas, nos encontramos ante un problema de desarrollo de la Constitución. Pero generalmente no se admite que los derechos fundamentales y las disposiciones vinculantes de una Constitución consistan en esas tareas necesarias de ejecución.

⁷⁴ BVerfGE 4, 7; cfr. la p. 230 y ss. Por lo demás, el Art. 74.11 debe leerse en consonancia con el art. 73.5.

competencia positiva (en tanto que limitan las disposiciones de competencias negativas) el art. 2.1, o cláusulas vinculantes, como la cláusula Estado social, también inserta en las relaciones Estado-Sociedad, pues en la medida que reflejan las competencias originarias, no son normas de competencia autónomas. Estas residen mucho más (en lo referido a la Federación) en las normas federales de atribución, como por ejemplo el art. 74.11. Se podría pensar, y Huber quiere defender tal tesis –bajo el planteamiento de la construcción de nuestro Estado federal-, que el art. 2.1 GG y el art. 20 GG contienen sobre la expresa atribución competencial una competencia general de regulación económica a favor de la Federación. Una tesis de este tipo no radica realmente en su perspectiva competencial, sino en un pensamiento social que se impone sobre la comunidad política. Y esto se comprende mucho mejor cuando atendemos al “sistema” de su Constitución económica.

Huber reprocha al Tribunal Constitucional Federal, como ya hemos visto, el conocimiento exclusivo de limitaciones singulares aisladas (p. 99), aunque el Tribunal Constitucional Federal hable de la Ley Fundamental como unidad. El reproche de Huber es todavía más sorprendente cuando él mismo subraya que “la Ley Fundamental es frugal en lo referido a la Constitución económica”. Considera, no obstante, que la Ley Fundamental contiene una “concepción cerrada de la economía y la sociedad” –pese a renunciar a establecer un “sistema económico” (p. 100). Su interpretación de la Ley Fundamental posee el convencimiento de que tal concepción cerrada es necesaria. Esta presunta necesidad se funda –como con Nipperdey– en el rechazo al relativismo, y en especial con referencia expresa a Smend (p. 99), pese a que éste desde el primer momento renunció a un despedazamiento de la comunidad política en una Constitución del Estado, de la Economía, de la Sociedad, del Trabajo, etc. Seguro que toda Constitución tiene un contenido valorativo que la legitima, y sin duda, este contenido, en el Estado moderno tiene que ver con el Estado social y económico (p. 100), y así, por ejemplo, la cláusula de Estado social se debe comprender junto al orden constitucional de la comunidad política como un orden de integración –como ha hecho de manera destaca el propio Huber, en oposición de la antítesis de conceptos entre Estado social y Estado de derecho propuesta por Forsthoﬀ (p. 200 y ss.). Pero que quede claro, que esto ocurre en armonía con la Constitución de la comunidad política, no dentro de la llamada “Constitución económica”⁷⁵. Lo subrayo una vez más: comprensiblemente

⁷⁵ Véase E. FORSTHOFF, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats”, VVDStRL, Cuaderno 12, 1954, p. 8 y ss.; del mismo autor, *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, 1954. Frente a FORSTHOFF, también BALLERSTEDT, op. cit., p. 52 y ss.; NIPPERDEY, op. cit., p. 18; SCHEUNER, *Die staatliche Intervention*, p. 20.

la Constitución de la comunidad política tiene un significado sobresaliente para el ámbito de la economía, y comprensiblemente marca principios y límites para la conformación de los ámbitos sociales y económicos de la comunidad. Por ejemplo, el trabajo forzoso es inadmisibles, la expropiación o la socialización sin indemnización es también inadmisibles⁷⁶. Igualmente es correcto afirmar que las disposiciones concretas de la Constitución deben comprenderse en relación a la economía como un todo, pero también como parte del conjunto del ordenamiento fundamental de la comunidad política y no como propio de una Constitución económica reconstruida. Huber invoca su preocupación frente a la decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre indemnizaciones a la inversión, porque a partir de esa decisión no se puede hablar de un “derecho constitucional económico” (p. 99). Sería más correcto partir de la Ley Fundamental y determinar que no se puede hablar adecuadamente de un derecho constitucional económico –al menos en sentido constitucional–. En definitiva, Huber acaba en la Constitución económica del mismo modo que Nipperdey: mediante la inclusión interpretativa en el art. 2.1 de la “economía de mercado” y sus conexiones sociales.

Como Nipperdey, Huber expone una lista de principios capitales del derecho constitucional de la economía, a cuya cabeza se encuentra la garantía del libre desarrollo de la personalidad del art. 2.1 como “derecho fundamental general de carácter omnicompreensivo” (p. 135). De todo ello se empalma la siguiente cadena: el libre desarrollo de la personalidad = “libertad de desarrollo económico”; “libertad de desarrollo económico” = “libre competencia”, “libertad contractual”, “libertad de producción”, “libertad de enajenación y adquisición” (“libertad comercial”) y “libertad de consumo”. Y luego continúa: “el libre desarrollo de la personalidad en la economía no es otra cosa que el libre desarrollo de las empresas económicas autónomas” (!), “la libertad de libre desarrollo económico es una libertad empresarial”, art. 2.1 GG, “asegura el derecho de las empresas, en definitiva la encarnación de bienes, valores y fuerza, que componen la libertad empresarial” (p. 135). Lo arbitrario de esta interpretación de la libertad del libre desarrollo de

⁷⁶ Para excluir cualquier tipo de confusión: todo lo que he mantenido sobre la conexión entre los límites a la reforma constitucional y la prohibición de la ruptura constitucional son también válidos sin límite alguno para las disposiciones constitucionales relevantes desde el punto de vista económico. Una ley fundada en el art. 15 GG que colectivizara la industria del carbón de Alemania occidental al margen de cualquier indemnización sería inconstitucional. Igualmente, una ley de reforma constitucional como la de 26.3.1954 (BGBl. 1954, Parte I, p. 45) que quisiera transformar el modelo del art. 142 a) en un artículo 142 b) aclarando que la Ley Fundamental no puede oponerse a la entrada en vigor de una ley de socialización, sería contrario a la Constitución.

la personalidad en una libertad y estado (de la impersonal) empresa, se muestra en el tratamiento de la codecisión empresarial. Se dice sobre esto: “En los ámbitos de la economía determinados por la codecisión faltan las condiciones para el desarrollo libre de la personalidad y con ella la libre competencia” (p. 137). La diferencia entre los propietarios de los medios de producción y los trabajadores dependientes se eleva en cierta medida a ideal “económico constitucional”. El libre desarrollo de la personalidad del art. 2 pertenece a las empresas y no a los trabajadores. La inclusión de la codecisión, de la que se pueden tener opiniones políticas y económicas distintas, pero que sin duda se ha pensado como una extensión de la libertad personal de la masa de trabajadores dependientes, se trata como una suspensión del libre desarrollo personal. Mientras que Huber reprocha a Nipperdey –injustamente como hemos visto– haber anclado en los parlamentarios constituyentes del SPD un determinado sistema económico constitucional (p. 97), el subordina no sólo a los parlamentarios del SPD, sino todas las fuerzas sociales y económicas de la cámara constituyente con esta comprensión del libre desarrollo de la personalidad que ha querido fijar en la Constitución –de la que se debe decir que es impersonal y asocial–. Con este desconocimiento de la problemática de la codecisión, se desatiende además otro problema fundamental: fuera del art. 2.1 y en la consideración de los “derechos de terceros” se encuentra el problema fundamental de la democracia social, que no consiste sólo en el simple y viejo enfrentamiento liberal entre “intereses del Estado” y “derechos del individuo”, sino en el enfrentamiento entre los derechos del grupo y los derechos individuales. Para el trabajador por cuenta ajena, es el legislador quien le concede mayoritariamente el libre desarrollo de su libertad económica –en parte directamente, en parte indirectamente mediante el reconocimiento de la libertad sindical–. Si se amplían los derechos de codecisión, de otro lado se limita el libre desarrollo del empresario. La cuestión sobre la admisión de una medida de este tipo, seguramente no se puede decidir exclusivamente afirmando que muchos ganan en libertad frente a la restricción de unos pocos. Lo fundamental es que se trata en primer lugar de “libertad frente a la libertad”, mientras que lo secundario es que se trata del “Estado frente a los derechos de los particulares”. El hecho de que los derechos de codecisión supriman no sólo el libre desarrollo de la personalidad, sino también la libre competencia, le sirven a Huber para afirmar que separan la decisión económica del riesgo económico (p. 173). Y si con razón, en otro sitio (*Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Vol. II, p. 5), Huber nos dice que en la industria moderna la relación entre la dirección y el accionariado separa por regla general la decisión económica de la propiedad (que asume el riesgo econó-

mico) –y es ahí donde radica el problema fundamental de la reforma del derecho societario⁷⁷–, entonces habría que admitir consecuentemente que aquí tampoco se da la libre competencia. ¿Cómo se podría entonces asegurar “con un derecho fundamental económico de naturaleza general”? (p. 135, 137).

Incluso cuando se está fundamentalmente de acuerdo con Hüber (y yo lo estoy) en que el art. 2.1 también tiene un significado para la vida económica, se deben mantener tres cosas a la vista: primero, que toda interpretación en el sentido de un determinado modelo económico es arbitraria, como espero haber ya mostrado. Segundo, que existe una conexión inseparable entre la dimensión del derecho garantizado en el art. 2.1 y la dimensión de la reserva en él contenida. Si el derecho se infla en el sentido que hace Huber –si no se quiere extender hasta una reserva general- no basta una “reserva de interés general” (p. 136) y entonces se hace prácticamente inevitable la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional Federal del “orden constitucional” en sentido de la reserva de ley⁷⁸. De este modo se debilita el núcleo del derecho fundamental⁷⁹ –y esta es la lógica de toda

⁷⁷ Véase al respecto el estudio comparativo entre los EE.UU. y Alemania de E.-J. MESTMÄCKER, *Verwaltung, Konzerngewalt und Recht der Aktionäre*, 1958, y como volumen primero de esta colección también el estudio comparativo entre los EE.UU. y Alemania de R. WIETHÖLTER, *Interesen und Organisation der Aktiengesellschaft*, 1961.

⁷⁸ Véase BVerfGE 6, 32. De manera correcta, la libertad general sometida a reserva de ley –condición exigida tanto por nuestro derecho privado como por nuestro derecho administrativo– es un elemento de nuestro Estado de derecho. Sin embargo, el art. 2.1 GG ha de limitarse desde el punto de vista personal –por ejemplo, si en su dimensión económica incluye el derecho a ganarse la vida–. Las reservas pueden y deben entenderse como han sido pensadas: como reservas especiales que excluyen las reservas generales. El argumento del Tribunal Constitucional Federal de que el libre desarrollo de la personalidad no puede lesionar la moral, el orden constitucional o los derechos de terceros, BVerfGE 6, 32 (36) quizá sea aplicable para el art. 2, pero no para los artículos 4 y 5. La libertad ideológica y la libertad de creación artística pertenecen al ámbito personal del ser humano, pero tienen también sin discusión sus límites. El Tribunal Constitucional Federal evita el problema no sólo al interpretar “el libre desarrollo de la personalidad” en el sentido de respeto a la moralidad, los derechos de terceros y el orden constitucional (algo que DÜRIG en el comentario al art. 2 en el MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, 1959 describe sorprendentemente como “asombrosamente evidente”). Lo desafortunado de la interpretación del art. 2.1 en el sentido de una libertad general de actuación se muestra en el hecho de que el Tribunal Constitucional Federal debe dividir el art. 2.1 –por ejemplo en lo relativo a la aplicación del art. 19.1–. Véase BVerfGE 6, 32, (36 y ss.); 8, 274 (328/329); 10, 89, (99).

⁷⁹ Pues sigue teniendo significado la protección absoluta del “contenido esencial” del derecho fundamental recogida en el art. 19.2 GG, que Huber defendió como núcleo substancial del derecho en una convincente crítica al Tribunal Supremo Administrativo (p. 141 y ss.). Este contenido esencial se enriquece con una batería de libertades económicas, pero no se refuerza, sino que se debilita.

inflación de un derecho—. En tercer lugar, cuando se alega el art. 2.1 GG y otros derechos fundamentales para responder a la pregunta “Economía y Constitución”, se ha de estudiar con cuidado, si el precepto tiene en el ámbito de la economía el mismo significado que en el núcleo político de la Constitución (una investigación que se ha convertido en una de las cuestiones centrales de la jurisprudencia sobre derechos fundamentales —como se demostrará en detalle—).

Debo intentar aclarar una última cuestión en relación con el tratamiento que Huber realiza del derecho de los cárteles: la libertad de competencia deducida del art. 2.1 GG según Huber debe también abarcar el derecho negativo a que no se haga ningún uso de este derecho cuando se quieren limitar los acuerdos entre los cárteles. Frente al abuso del poder de los cárteles se suelen admitir medidas legislativas fundadas en la reserva de la no lesión de los derechos de terceros. Pero del art. 2.1 GG sólo se deduce un veto de abuso, pero no una prohibición general (p. 137). A la misma conclusión llega Huber en el caso de la libertad contractual deducida del art. 2.1 GG. Sólo en casos concretos se puede decidir si un acuerdo entre cárteles amenaza el interés general (p. 139). Subraya que la libertad de asociación contiene la libertad en la elección de los fines de la asociación y recuerda que su conformidad con el interés general sólo se puede medir en casos concretos y por tanto sólo se puede vetar el abuso, pero una prohibición general no sería conforme a la reserva de actuación (p. 139 y ss., 206). Respecto a la cuestión sobre las libertades que pertenecen al núcleo del orden fundamental democrático liberal, habría que añadir requisitos más amplios para su restricción. ¿Qué ocurre con los cárteles? ¿No resultaría una interpretación de la Constitución como orden democrático-liberal (distinta a la interpretación aislada de las “libertades democráticas”), que el legislador democrático en buena fe podría tener la idea de que una ley de prohibición con una reserva de autorización es el mejor o único medio para proteger a la generalidad de los perjuicios de la construcción de cárteles, y que con esta idea puede fundar una regulación sin lesionar nuestro orden fundamental democrático-liberal —admitiendo que entre el orden liberal y la admisión de cárteles debe haber relación alguna, ¿no ha de ser esta una relación necesaria?

La necesidad de estas preguntas se hace más clara cuando se compare la opinión de Huber sobre la legislación sobre cárteles con su opinión sobre la conformidad constitucional de la reglamentación de la actividad empresarial, que restringen la libertad de empresa (p. 141). Huber explica claramente que la finalidad de tales reglamentos no es proteger a la generalidad frente a fuerzas inadmisibles o incapaces, sino la protección de la mediana empresa,

“el sostenimiento de los fundamentos económicos existenciales de un determinado grupo social”. Tales limitaciones de la libertad de empresa (y con ella del libre desarrollo económico) están, sin embargo, justificados en el interés general. Se dice en oposición al detalle de la legislación sobre cárteles: “no es claro que en cada rama de la industria se dé una necesidad de proteger a la generalidad frente a ofertas inadmisibles o incompetentes. En verdad es clave, que por decisión del legislador en interés colectivo, se proteja el trabajo como fundamento de la existencia de una importante clase media” (p. 141). Pero, ¿se puede intentar (en la limitación de la libertad de empresa y de profesión) mantener creativamente a favor de una determinada perspectiva social consecuencias funestas para la libertad de una comunidad política como la prohibición de cárteles, siendo en este caso determinante la decisión del legislador y en otras la “Constitución económica”?

Esta oposición muestra una vez más lo poco que se gana para el caso concreto desde el sistema de la “Constitución de la economía de mercado” —en el caso de Huber con correcciones sociales—, en tanto que es sumamente adecuada el núcleo intelectual de la dialéctica entre libertad y vínculo en una comunidad política⁸⁰. Con la producción del principio relativo “a la libre socialidad de una sociedad estatal burguesa” (p. 207), el trabajo de Ernst Rudolf Huber nos lleva de nuevo a nuestro problema fundamental: la relación entre el Estado y la Sociedad.

6. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y DESARROLLO SOCIAL

Ballerstedt trata el tema desde una perspectiva histórica, a diferencia de Nipperdey y Huber, en su trabajo varias veces citado sobre “el derecho constitucional económico”, que es el trabajo más amplio, profundo y decisivo de nuestra bibliografía⁸¹. Cita como condiciones socio-históricas de la Constitución económica a) la construcción de una contexto sociológico-económico de las necesidades de cobertura económica —descubiertas en primer lugar por la política económica clásica— y el descubrimiento científico de tal

⁸⁰ La amplia limitación que Huber desarrolla a partir de las reservas específicas (p. 136, 137 y ss., 139, 140 y ss., 172 y ss., 200 y ss.) no conducen a una “Constitución de la economía mixta”, sino a una corrección de la “Constitución del mercado” (p. 101), como se muestra sobre todo en el hecho de que Huber conceda la primacía al principio de libre competencia (p. 205) y busque concebir los límites estatales a “casos excepcionales” (p. 207 y *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Vol. I, p. 19).

⁸¹ Op. cit. p. 11 y ss. Véase también “Unternehmen und Wirtschaftsverfassung”, JZ, 1951, p. 486 y ss.

conexión, b) la exigencia de una conformación justa de ese contexto económico en interés del bien común, c) la conciencia surgida tras la Primera Guerra Mundial sobre las interdependencias económicas y la necesidad de una ordenación general de la economía (p. 4 y ss., 13 y ss.).

Para una teoría constitucional que surge de la comunidad política, un análisis histórico-sociológico de este tipo podría tener un doble significado: el primero, en atención a la comprensión e interpretación de las disposiciones de la Constitución del Estado relativas a la vida social y económica –sin duda, la cláusula Estado social, o las cláusulas competenciales–; en segundo lugar, en relación al acercamiento sobre la tarea justa de la Constitución democrática-liberal y de la política legislativa. Ambos puntos de vista están presentes en Ballerstedt, en su uso teórico pero también como pensamiento social. Convierte la “participación de los miembros de una comunidad en la procura de las necesidades” (p. 5) en una “comunidad económica” y señala su orden fundamental como “Constitución económica”. Esta Constitución económica escapa de la unidireccionalidad del concepto de Constitución económica del modelo de pensamiento decisionista⁸² y en parte también evita la pluralidad de significados. En el lugar de la decisión en la ley estatal que sostiene a la ley natural, se encuentra lo históricamente dado, o sea, el componente ideal de lo dado. Lo indeterminado de estas normas prepositivas y su relación con las normas positivas del derecho económico hacen brotar la ambigüedad del concepto de Constitución económica de Ballerstedt. Y esa ambigüedad aumenta cuando Ballerstedt trata en primer lugar el derecho económico y no el derecho constitucional (reforzando el pensamiento social), invirtiendo el rango jurídico y el significado jurídico-económico de la Constitución del Estado a favor de la Constitución económica (p. 65 y ss.).

Se reconoce como Constitución económica a la “participación en las necesidades de procura mediadas a través de las relaciones entre los actores económicos”, que debe abarcar a todos los miembros de una comunidad (p. 5 y ss., 9 y ss., 11 y 18). No se piensa con esto en una simple dependencia fáctica, sino en la “conciencia de una responsabilidad común” y en la “voluntad para calificar y dominar jurídicamente” una comunidad fáctica hasta convertirla en “una comunidad en sentido jurídico” (p. 18 y ss.). La “comunidad económica” es en este sentido una comunidad jurídica, e idéntica en sentido personal a la comunidad política, sin que se trate de una

⁸² Sobre su corrección también duda BALLERSTEDT, op. cit., p. 21 y ss.

asociación que constituya un “Estado dentro del Estado” (p. 6 y 25), un Estado doble. En relación con la economía sólo la comunidad política puede ser competente. La “comunidad económica” es simplemente una expresión sintética del desarrollo social. Esta apreciación deja claro que la responsabilidad sobre la correcta conformación de la economía corresponde a la comunidad política. La “comunidad económica” ha de entenderse solamente como una construcción singular de una “comunidad no asociativa en sentido jurídico” que cumple la función de ser el sustrato del concepto de Constitución económica de Ballerstedt. Con su conciencia jurídica y voluntad jurídica, emancipa jurídicamente las necesidades económico-sociales, emancipación a la que le corresponde un orden fundamental –la llamada “Constitución económica”– (p. 181 y ss.).

Ballerstedt utiliza el concepto de “Constitución económica”, aunque él mismo señale que no existe consenso sobre su contenido y extensión (p. 7 y 11), y le sea claro lo dudoso de usar el término Constitución para una “comunidad en sentido jurídico” sin carácter asociativo. Frente al concepto de Richard Thoma, ajeno a la representación, en la teoría constitucional de la época de Weimar, Ballerstedt defiende la tesis de que el tradicional concepto constitucional surgido de la sociología referido a la “estructura corporativa” es demasiado estrecho (p. 6). Sin embargo, científicamente no está claro por qué se ha de utilizar el concepto de Constitución para el “contexto jurídico del ámbito social de la economía” (p. 7). La verdadera función del concepto debe ser teórico-constitucional: el concepto permite –y esto es así en su propia ambigüedad– una “Constitución económica” autónoma junto a la Constitución del Estado (p. 6. 46 y ss.).

En primer lugar, como Constitución económica se quiere significar, en una mayor o menor medida la realización de “la justicia de toda conducta relevante desde el punto de vista económico, dada la interdependencia en la economía social” (p. 1). Pero el pleno desarrollo de la Constitución económica no está de ninguna manera “necesitado de conceptualización”, basta simplemente “con la voluntad de instituir un orden jurídico que resalte de manera patente la relación entre los miembros de una comunidad fundada en una economía cuyos destinatarios están radicados en la sociedad” (p. 19) Entretanto caracteriza el concepto de Constitución económica con los mismos datos que el concepto de comunidad económica, sin expresarse en concreto sobre el contenido del orden fundamental de la comunidad económica. No obstante, la Constitución económica de Ballerstedt se entiende abiertamente en el sentido de una norma pre-positiva, pues, en segundo lugar, se dice de ella: “La Constitución económica se transforma en derecho positivo del mismo modo que cualquier otro derecho, esto es, principalmente

a través del legislador” (p. 19). A la tarea política del legislador, conformar jurídicamente el orden económico, se la da aquí otro sentido con la “positivización” de un ideal dado (y aquí comparte Ballerstedt las debilidades estructurales de la teoría estatal idealista). Con ello, cobra al mismo tiempo la positivización del orden jurídico de la economía un rango superior, con lo que, en tercer lugar, entra en concurrencia con la Constitución del Estado.

Al igual que Nipperdey, Ballerstedt reconoce fuera del orden liberal-democrático –si bien en sentido económico, no en sentido constitucional– una Constitución socio-liberal (p. 21, 27 y 51). Esta Constitución económica debe incluso aparecer junto a la Constitución del Estado y construir con esta la Constitución social (pp. 6 y 41). Ballerstedt aclara que la Constitución del Estado debe contener todas las disposiciones del orden económico y ocuparse de las “condiciones para la unidad de la Constitución” (p. 46 y ss.). “Con la adopción del derecho constitucional económico por parte de la Ley Fundamental esta se extiende hasta ser la Constitución del todo social, que reúne en un todo a la comunidad económica y a la comunidad política” (p. 48).

“La superación del dualismo entre Estado y Sociedad, nos sitúa, si no queremos caer en una solución unitaria fascista o totalitaria, ante la necesidad de distinguir dentro de un concepto de Estado ampliado, entre el titular del poder público (el Estado como asociación política) y la unidad de la comunidad constitucionalizada” (p. 48).

Así se formula con claridad como problema fundamental en la teoría constitucional y del estado alemana la separación entre el Estado y la Sociedad, y al mismo tiempo se abandona la percepción de que la unidad de la comunidad sólo puede ser una unidad política. De un lado, el Estado como “asociación política” y “titular del poder público” y de otro lado la totalidad de la comunidad, no es en el fondo sino otro modo novedoso de describir el viejo dualismo del Estado y la Sociedad. El “concepto de Estado ampliado” permanece en la penumbra, sobre todo bajo la idea de que la unidad no debe residir en lo político. El interesante intento de Ballerstedt muestra una vez más que el concepto de Constitución económica tiene su propia lógica: la de la separación entre Estado y Sociedad.

Las consecuencias que tiene la interpretación de la Constitución del Estado de Ballerstedt, que presenta como orden fundamental singular a la comunidad económica y su Constitución económica, se debe mostrar en una serie de ejemplos. Por un lado, Ballerstedt subraya que la Ley Fundamental no reconoce una concreta “Constitución económica (pp. 65, 77), de modo que la preconstrucción de la comunidad económica conduce –si bien

de manera cuidadosamente ponderada— a una interpretación de la Ley Fundamental, que no nace de la comunidad política. La cuestión se plantea en torno a la “positivización” de los “anclajes jurídico constitucionales”, de la “garantía constitucional de la Constitución económica en la Ley Fundamental” (pp. 2, 23, 79). Así se pone de manifiesto la concentración sobre las cuestiones de derechos fundamentales por encima de las cuestiones sobre competencia. Por ejemplo, en la competencia del legislador democrático sobre moneda y tributos Ballerstedt no ve un elemento significativo de la Constitución económica, sino “sus flancos abiertos frente al Estado” (p. 39). La vieja y buena divisa liberal “tan poco Estado como sea posible”, se convierte en un hilo conductor político-constitucional para la “concreción del principio Estado social” a través de la idea de la “Constitución económica” (p. 53 y ss.), mientras que la cláusula Estado social es una puerta abierta para la eficacia entre terceros de los derechos fundamentales (p. 54 y ss.). Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, Ballerstedt ve en el discutido art. 2 GG tanto una garantía general de la libertad de actuación económica como una garantía concreta de la libertad contractual (p. 69). Y a la libertad contractual se le añade la libertad a la libre concurrencia (p. 70). La reserva del “orden constitucional adecuado” se interpreta, mediante una teoría que distingue entre las llamadas “leyes reguladoras de derechos” y “leyes medidas”, como una limitación de “actos de dirección” en “situaciones de necesidad y seguridad (p. 71). Sin embargo, para reconciliar el orden jurídico dado de la economía con el ideal de la Constitución económica, son necesarias todavía muchas concesiones, de manera que como resultado final se alcanza una cuidadosa interpretación del significado de los artículos 2, 9, 12 GG para la Constitución económica, pero en realidad tampoco se libran del reproche de presentar una desviación de la “Constitución económica liberal y social” (p. 72 y ss.).

También se ha de determinar que la emancipación de la comunidad económica conduce a una valoración negativa de la lucha obrera. Mientras que para un pensamiento orientado a la comunidad política, la vieja frase de Bacon aun es válida «mutatis mutandis» “*ius privatum sub tutela iuris publici latet*”⁸³, de modo que la lucha obrera, en el marco del orden fundamental de la comunidad política, puede ser entendida como una clave en el proceso estatal de fijación de salarios (que quizá se asegure con una conciliación), y para la “comunidad económica” emancipada de Ballerstedt, “una herida abierta en el orden social” (p. 87).

⁸³ Citado por HELLER, Staatslehre, p. 268.

7. CRÍTICA DEL PENSAMIENTO ECONÓMICO CONSTITUCIONAL

En el trabajo de Ulrich Scheuner sobre la cuestión de la intervención estatal en el ámbito de la economía⁸⁴, nos encontramos unos principios distintos a los expuestos hasta ahora⁸⁵. En la posición de Scheuner sobre la interpretación de los derechos fundamentales en relación al orden económico, se hace evidente que parte de un pensamiento fundado en la comunidad política y en la teoría de la constitución y del estado, y no en la cuestión específica de la intervención estatal⁸⁶. Mis propios esfuerzos se encuentran cerca de estas posiciones. En atención al acuerdo existente, debo limitarme a lo esencial –dada la perspectiva crítica de este trabajo–.

Scheuner rechaza la idea de que la Ley Fundamental contenga una Constitución económica específica (VVDStRL, Cuaderno 11, p. 19 y 21). Tiene por inútil para la comprensión de las relaciones entre el Estado y la Economía, “la virtuosa senda teórica de una economía competitiva ideal” (p. 8 y ss.). Subraya que los derechos de libertad, las instituciones y los principios normados en la Ley Fundamental no se deben interpretar en el sentido de una concreta teoría económica – por ejemplo la de la Escuela de Freiburg- (p. 19 y ss, 23 y ss., 53 y ss., y DÖV 1956, p. 65 y ss., 70). No concibe el “intervencionismo” (o dirigismo) como una excepción, sino como un orden económico autónomo, y rechaza el uso discriminatorio del término en el sentido de la escuela neoliberal (pp. 8 y 11). Por el contrario, y en pura lógica, ve también una intervención estatal en las medidas frente a la limitación de la competencia económica –en acuerdo con la posición anterior, por la cual, en la realidad no se interviene sobre un modelo (p. 23 y ss.). Mantiene su atención sobre la estrecha vinculación entre el problema de la garantía de la libertad de la masa de individuos dependientes y la intervención estatal (p. 15 y ss.), la estima admisible para un amplio campo (p. 19 y ss, 39 y 529) y subraya la necesidad de una amplio campo de actuación del legislador democrático y una correspondiente limitación del juez (p. 21, 55, 60, principio 26; DÖV 1956, p. 66; DVBI, 1958, p. 849).

Para nuestra prospección crítica de las teorías sobre la Constitución económica se han de subrayar tres puntos: primero, el hecho de que Scheuner

⁸⁴ VVDStRL, Cuaderno 1, 1954, p. 1 y ss.; véase también la conferencia de A. SCHÜLE, p. 75 y ss.

⁸⁵ Sorprendentemente, en la revisión de HUBER “Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht” no se cita ni una sola vez.

⁸⁶ “Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung”, DÖV, 1956, p. 65. “Das Grundrecht der Berufsfreiheit”, DVBI, 1958, p. 845.

se distancia plenamente de la idea de la Constitución económica (p. 19), pero no rechaza el concepto en sí mismo. Segundo, trata con un acento negativo (como algo excepcional) el concepto de intervención que procede del pensamiento de la política económica (aunque él considera normal la intervención), mientras que, por ejemplo, dispone del concepto de regulación económica como concepto neutral. Tercero –y esto es una diferencia de hecho fundamental, que aquí sólo puede esbozarse–, considera que las garantías de la Ley Fundamental para el ámbito de la libertad profesional y empresarial están sometidas a limitaciones más intensas que las garantías previstas para el ámbito industrial. La libertad de elección de profesión (art. 12 GG) debe encontrar sus límites “en el orden inmanente de las profesiones deducido de su regulación” (conclusión 22c, p. 62 y ss.; DÖV 1956, p. 70). Por el contrario, la libre actuación de las empresas –a diferencia de Huber, se trata de una libertad junto a la libertad individual con manifiesto rechazo de la interpretación en el sentido de un determinado sistema económico– la considera garantizada por el art. 2 GG, que en comparación con el art. 12 admite escasas limitaciones (p. 61 y ss.). Junto a esto, en otro lugar presenta una extensiva interpretación de la garantía de la propiedad del art. 14 GG, en relación con la propiedad industrial⁸⁷ (compárese con la “sólida tradición” de los límites a la actividad de construcción). Requiere del núcleo personal del derecho fundamental una interpretación inversa –acento que no tiene nada en común con la comprensión individualista, sino que abarca la comprensión de los derechos fundamentales como elementos estructurales del orden fundamental liberal-democrático–. La libertad profesional y empresarial vinculada a las personas –donde radica un núcleo adecuado de la jurisprudencia del Tribunal Federal Administrativo y del Tribunal Constitucional Federal (si bien se puede ser crítico con aspectos singulares)– recibe una protección idéntica a la anónima protección industrial. Pero sobre esta cuestión no podemos extendernos.

⁸⁷ R. REINHARDT y U. SCHEUNER, *Verfassungsschutz des Eigentums*, 1954, p. 63 y ss., 69 y ss., 90, 101, 111, 117 y ss., 126 y ss., 138 y ss. La lucha para ampliación del concepto de propiedad, en mi opinión, se acomete con una postura defensiva equivocada. Desde luego es absolutamente defendible que el concepto construido frente a la expropiación queda claramente desplazado en una economía donde se han transformado las formas de patrimonio y la disposición del Estado sobre la economía. Mano a mano con la ampliación del concepto se ha de determinar la extensión de la vinculación de la propiedad a la intervención del Estado en la economía. Sobre la discusión en torno a estas preguntas, W. WEBER, “Eigentum und Enteignung”, en *Die Grundrechte*, coord. Neumann-Nipperdey-Scheuner, Vol. II, 1954, p. 331; H.P. IPSEN y H.J.K. RIDDER, “Enteignung und Sozialisierung”, *VVDStRL*, Vol. 10, 1952.

8. LA TESIS SOBRE LA NEUTRALIDAD POLÍTICO-ECONÓMICA DE LA LEY FUNDAMENTAL

De nuevo, al otro lado de una teoría constitucional y del estado sostenida en un pensamiento que parte de la comunidad política, encontramos una construcción singular en negativo de la Constitución económica, que como las construcciones positivas es expresión de un pensamiento que nace de la sociedad. Herbert Krüger ha sido el primero en defender la “ausencia de una decisión en la Ley Fundamental respecto al derecho constitucional económico” –con expresa renuncia a la disputa de fondo y restringido al derecho positivo–, y, sin duda, en desafortunada conexión con el problema del relativismo como presunta postura fundamental de la democracia⁸⁸. No trataremos una vez más la cuestión sobre el problema del contenido material del orden fundamental liberal-democrático. Confundir la tolerancia dentro de un sistema de valores con el relativismo, supone desconocer el valor y la esencia de la democracia⁸⁹.

La tesis de Krüger es la siguiente: en el marco del presunto desarrollo de una democracia occidental desde la neutralidad de valores hacia “un tipo de Estado que reconoce valores materiales” –digo presunto porque, por ejemplo, tanto la democracia anglo-americana como la suiza siempre se han considerado órdenes materiales–, la Ley Fundamental de Bonn se ha reconocido como una Constitución política propia del “nuevo tipo de la democracia absoluta”; sin embargo, la Constitución económica se ha quedado en el punto de las democracias relativistas (p. 361 y ss.). La separación entre la Constitución política y la Constitución económica se da por supuesta. La “no decisión” en la cuestión de la Constitución económica se deduce en primer lugar de la renuncia del Consejo Parlamentario a estatuir principios específicos para la vida económica (p. 363). La comprobación de la ausencia de una específica Constitución económica se complementa con el intento de demostrar la ausencia implícita de tales principios. Este intento es sencillo si como él se limita a la discusión sobre la “democracia económica” y compara de manera mecánica si se pueden trasladar desde el ámbito político al económico la libertad organizativa de la democracia, la libertad, la igualdad y la solidaridad. De este modo se excluyen las profundas y complejas preguntas sobre el significado de un orden democrático-liberal para la conformación de la economía. Más allá de los límites externos a la compatibilidad

⁸⁸ “Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung”, DVBl, 1951, p. 361.

⁸⁹ Véase EHMKE, op.cit, p. 27 y ss., 32 y ss.

entre el Estado y la Constitución económica, en la Ley Fundamental sólo deben contenerse conceptos negativos (p. 366). En la “no decisión” se presenta de repente la decisión negativa, esto es, nos encontramos de nuevo con el concepto constitucional decisionista. Esta decisión negativa –que también debe vincular a los Länder (p. 367), algo extraño en una “no decisión”– se alimenta de la metafísica del relativismo. Aquí, la decisión negativa no significa que el legislador negativo puede hacer en el ámbito económico lo que quiera. Todo lo contrario: debe rellenar ese “cheque en blanco”, debe emprender una política económica teóricamente neutral, que no contradiga ese principio relativista (p. 362, 363). El propio art. 15 GG debe ser utilizado de acuerdo “con el presupuesto de la no decisión” (p. 364). Esta versión político-económica del viejo y bondadoso sueño de la “política apolítica” es sorprendente en la boca de un teórico del derecho del estado, cuyo pensamiento siempre había sido un pensamiento político e histórico. En mitad de una comunidad política con una Constitución material, la economía a través de un sistema relativista en libre movimiento, parece una isla que se quiere mantener al margen de la tormenta de la historia. Esta tesis sólo puede ser comprendida mirando a los enemigos frente a la que se dirige: la “Constitución económica positivista” de la metafísica neoliberal. Así, en ocasión de la legislación sobre los cárteles, que según Krüger sólo son admisibles desde el punto de vista de la defensa frente a los riesgos a favor de la seguridad y el orden⁹⁰.

Es cierto que el significado del orden fundamental liberal-democrático para la vida económica no debe ser reducido en un esquema o en un estereotipo (p. 365), pero la consideración del legislador democrático como un legislador “de valores neutrales” en la política económica sería en sí mismo un mero estereotipo⁹¹. Por esto, la tesis de Krüger ha recibido tan poca aceptación⁹².

⁹⁰ P. 363; véase al respecto H. KRÜGER, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, 1950; cfr. H. WÜRDINGER, *Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht*, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft, Karlsruhe, Cuaderno 8, 1953.

⁹¹ La crítica de BALLERSTEDT a la tesis de Krüger señala que ésta conlleva la pasividad de un Estado liberal (DÖV, p. 160, 1951), pero tal crítica no es del todo justa, pues éste acepta “una política económica para el aseguramiento de la existencia del Estado, la defensa de los riesgos generales y el logro no dogmático del interés público” (p. 363); sin embargo, señala con claridad la ambigüedad de la “no decisión”:

⁹² Véase A. HAMANN, *Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung*, 1953, p. 31 y ss.; con límites, *Deutsches Wirtschaftsverfassung*, 1958, p. 31 y ss., con referencia a la “Constitución constitucional mixta” de Hüber. El uso de KRÜGER de este concepto se encuentra en “*Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat*”, BB, 1953, p. 565.

9. ELIMINACIÓN DEL PROBLEMA DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA MEDIANTE UNA CONSTRUCCIÓN CONSTITUCIONAL FORMALISTA

La tesis de Krüger en relación con la Constitución política reposa sobre un suelo de valores materiales –y esto es un elemento fundamental en común con los autores anteriores–; pues bien, Ernst Forsthoff cuestiona este soporte. Según su tesis, sólo se puede hablar de Constitución económica cuando el ordenamiento de la economía logra “construir órganos de la economía, que al mismo tiempo son órganos constitucionales del Estado en su totalidad”⁹³, lo cual ha de ponerse en conexión con su opinión de que “al margen de los derechos fundamentales y algunos límites de naturaleza material, toda Constitución, en gran medida, es un proceso y así, la producción del ordenamiento y de la paz son en primera línea problemas de proceso”⁹⁴. En qué medida Forsthoff quiere apartarse de los límites de naturaleza material, lo expone brevemente en un trabajo, donde se esfuerza en probar que la comprensión del orden constitucional (en especial los derechos fundamentales) como orden de valores es contraria al Estado de derecho⁹⁵. Aunque el trabajo no está dirigido directamente a la cuestión de la Constitución económica, debe ser tratado aquí pues con él se hace plenamente comprensible la tesis de Forsthoff sobre la Constitución económica y porque se expone la oposición de principio frente a la Constitución material, a la que pertenecen –si bien en modos deficientes– los intentos de construir una Constitución económica. Además se mostrará que la oposición entre el pensamiento constitucional de Forsthoff y la Constitución económica tienen un soporte común: la separación entre el Estado y la Sociedad.

Forsthoff parte “de los elementos institucionales que configuran la Ley Fundamental como Constitución de un Estado de derecho”, que brotan del siglo XIX (p. 35). Se desatiende el hecho de que la Ley Fundamental hable del “Estado social de derecho”, y que refiere el Estado de derecho como un parte más del orden fundamental democrático-liberal⁹⁶. Forsthoff aísla el elemento estructural “Estado de derecho” y luego lo aplica como instrumen-

⁹³ “Die Wirtschaftsverfassung im Rahmen der Gesamtverfassung”, Ratgeber von Parlament und Regierung, 1951, p. 127, 131, 136.

⁹⁴ Op. cit., p. 143.

⁹⁵ “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, Carl Schmitt Festschrift, 1959, p. 35 y ss. Tras la publicación de este manuscrito encontramos el trabajo de A. HOLLERBACH, “Auflösung der rechtstaatlichen Verfassung?”, AÖR, Vol. 85, 1960, p. 241, crítica que coincide con la que exponemos en estas páginas.

⁹⁶ Según la tesis de Forsthoff, el Estado de derecho y el Estado social no pueden armonizarse, p. 31.

to para el análisis crítico de nuestro desarrollo constitucional (Forshoff habla de “mutación constitucional”). Sin embargo, lo que entiende por Estado de derecho no lo toma ni de la Ley Fundamental ni del actual estado de la discusión científica, sino de la teoría constitucional de Carl Schmitt, a la que se remite aunque sea de manera sumaria (p. 36)⁹⁷. Se realiza esta alusión a Schmitt, incluso cuando la teoría constitucional de Schmitt, incluida su doctrina del Estado de derecho ha sido sometida en los últimos treinta años a una incisiva, y en mi opinión convincente, crítica —entre otros por parte de Smend, Kaufmann, Holstein, Heller, Leibholz y Scheuner, por sólo citar los más importantes—⁹⁸. Sin duda, Forsthoff sólo toma la mitad de la teoría schmittiana de la Constitución, la referida al Estado de derecho, que en los años treinta sería sacrificada por el propio Schmitt a favor del decisionismo político. Pero su doctrina del Estado de derecho es tan criticable como el conjunto de la doctrina de Schmitt. Para realizar esa crítica debemos volver brevemente a la teoría constitucional de Schmitt.

Es conocida la distinción fundamental en la teoría constitucional de Schmitt entre “Constitución” y “Ley constitucional”⁹⁹. “Un concepto de Constitución sólo es posible cuando se distingue entre la Constitución y la Ley constitucional”¹⁰⁰. Para Schmitt, la “Constitución en sentido positivo” es la decisión colectiva sobre la existencia política de un pueblo (que necesariamente tiene una existencia previa como unidad política). Esta comprensión de la Constitución en la lógica de la mística de la Revolución francesa, se separa con agudeza de las “leyes constitucionales” formales y coyunturales. Son válidas en virtud de la Constitución, y, a diferencia de ésta, pueden ser suspendidas y quebrantadas. Entre las decisiones que constituían la Constitución de Weimar, distintas por tanto de esta ley constitucional, se encontraba la decisión a favor de un Estado de derecho burgués (los derechos fundamentales y la división de poderes)¹⁰¹. Esta decisión a favor del Estado de derecho burgués es posteriormente disuelta por el propio Schmitt, pues le enfrenta la decisión sobre la “forma de existencia política”, a la que queda totalmente relativizada¹⁰². Para Schmitt el “Estado de derecho” es una orga-

⁹⁷ Para el actual significado de esta doctrina véase nota 1.

⁹⁸ El Estado de derecho de Schmitt expone una cierta sistematización de las debilidades de nuestro concepto del Estado de derecho, que SCHEUNER, una vez más, ha expuesto de manera penetrante, véase nota 63, p. 230.

⁹⁹ Op. cit., p. 11 y ss., 20 y ss. Véase también para lo que sigue EHMKE, op. cit., 33 y ss.

¹⁰⁰ Op. cit., p. 20.

¹⁰¹ Op. cit., p. 24.

¹⁰² Op. cit., p. 109 y ss., 200 y ss., al respecto EHMKE, op. cit., p. 38 y ss, 50 y ss.

nización defensiva, apolítica e individualista frente al poder del Estado –sistematizando la evolución burguesa hacia la Constitución liberal del Estado¹⁰³–. Se reduce a derechos de defensa rígidos, apolíticos e individualistas y al principio de legalidad (especialmente, de la ley general). Según Schmitt, estas barreras jurídico-burguesas frente al poder del Estado son frente al poder dictatorial del Presidente del Reich “meros obstáculos ante a la defensa propia del Estado”. En cuanto que “normas de la ley constitucional” deben ceder frente al orden y la seguridad pública, esto es, frente a la Constitución¹⁰⁴. Para Schmitt, ya en la teoría constitucional de 1928, el Estado de derecho es un límite que “los principios políticos” desplazarán en caso de urgencia.

Al comparar el trabajo de Forsthoff, llama la atención que apenas se habla de la Constitución, sino de la “ley constitucional” (p. 36), cuyo concepto, siguiendo a Schmitt, “se determina por referentes formales y externos”¹⁰⁵. Se podría pensar que se trata de “los límites jurídico-constitucionales” y no “de los principios políticos”. Sin embargo, una apreciación de este tipo no es posible si nos atenemos a la trabajosa comprensión de Forsthoff sobre la Constitución como un todo, su interpretación y su mutación. Los esfuerzos de Forsthoff sólo pueden ser entendidos como continuación de la concepción constitucional de Schmitt. La distinción entre Constitución y Ley constitucional se tiene por dada –para Schmitt es una precondition del concepto de Constitución–. El objeto de la Ley Constitucional debe ser “el orden político conjunto del Estado” (p. 37), y en el mismo sentido Forsthoff habla del “defensor de la Constitución, que sólo puede ser: la Ley constitucional” (p. 60). La decisión, que en Schmitt concentra el elemento político de un orden constitucional, se deja fácilmente al margen, y los elementos formales, apolíticos, los límites jurídico-constitucionales –según Forsthoff “un sis-

¹⁰³ Al respecto véase frente a Schmitt, SMEND, “Bürger und Bourgeois im Deutschen Staatsrecht”, 1933, ahora en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 312 y ss. De manera amplia, W. HAMEL, *Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat*, 1957, p. 11. Respecto a la transformación que experimentaron los derechos fundamentales por su asunción en los Estados Unidos, cfr. G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, 4ª ed., 1927, p. 70 y ss. La distinción fundamental entre el fundamento religioso-tradicional de los derechos fundamentales ingleses y americanos, y el fundamento racional-individualista de los derechos fundamentales franceses es subrayada con acierto por U. SCHEUNER, “Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes”, *Recht-Staat-Wirtschaft*, Vol. IV, 1953, p. 88 y ss. SMEND ha señalado que los derechos fundamentales fueron recibidos en Alemania todavía en un modo más individualista, pues en nosotros faltaba el complemento antiindividualista a través de la idea de la soberanía popular (op. cit., p. 313).

¹⁰⁴ Op. cit. p. 109 y ss.

¹⁰⁵ Op. cit., p. 11.

tema de categorías técnicas destinadas a garantizar la libertad en la ley— se convierten en el núcleo de la Constitución¹⁰⁶. De este modo Forsthoff vuelve al concepto formal de Constitución del positivismo propio del derecho del estado —atacado con acierto, entre otros, por Carl Schmitt—. Se encuentran en él los viejos argumentos positivistas. Sin embargo, significativamente se abandona un concepto del Estado de derecho fundamental para Carl Schmitt (tanto en sentido histórico como sistemático): la generalidad como elemento necesario de la ley en el Estado de derecho (p. 35)¹⁰⁷. En definitiva, lo que queda es una crítica a la actual interpretación material de los derechos fundamentales, tomando un concepto formal de la Ley constitucional, que “es una ley del Estado de derecho” (p. 44)¹⁰⁸.

Desde el momento que Forsthoff transforma la Constitución —que de acuerdo con la doctrina dominante en cuanto que orden jurídico fundamental de una comunidad política sólo puede ser una orden material—, del modo descrito, en una Ley constitucional formal, la sitúa directamente en una ley ordinaria (p. 36 y ss.). De este manera se elimina la regla más importante en la interpretación de una Constitución, formulada hace 140 años por el Presidente del Tribunal Supremo Marshall para la Constitución escrita más antigua: “we must never forget that is a constitution we are expounding”¹⁰⁹. Frente a esto, Forsthoff afirma que para la interpretación de la Constitución son oportunas las reglas elaboradas por Savigny en la interpretación de la ley a lo largo del volumen primero de *System des heutigen römischen Rechts* de 1840 (p. 36)¹¹⁰. En atención al quietismo político ya mencionado de la Escuela histórica, no extraña que se realice una referencia a Savigny en

¹⁰⁶ Existe un cierto paralelismo entre el intento de FORSTHOFF, y el de W. MARTINI, *Das Ende aller Sicherheit*, 2ª ed., 1995, que toman la tesis schmittiana de la contradicción entre la democracia el Estado de derecho, para darle la vuelta y afirmar que la garantía de la democracia necesita la renuncia a la democracia política. El hecho de que MARTINI piense que se puede remitir (en el prólogo de su segunda edición) a W. LIPPMANN, *The Public Philosophy*, 1955, demuestra que no ha entendido las diferencias entre nuestras categorías fundamentales (Estado y Sociedad) y las categorías anglosajonas (Gobierno y Sociedad civil). La “civility” de LIPPMANN es —en plena oposición a nuestro Estado de derecho— un concepto político, pues «civillis» en el pensamiento americano se entiende por oposición a «naturalis». Al final del trabajo trataremos de estas cuestiones.

¹⁰⁷ Véase SCHMITT, op. cit., p. 139 y ss. Para la crítica véase H. WEYER, *Das Verordnungsrecht der Executive als Gewaltproblem*, tesis doctoral de Göttingen, 1956, en especial, p. 39 y ss. Más adelante volveremos sobre la cuestión de las leyes medida.

¹⁰⁸ FORSTHOFF afronta el problema desde el punto de vista subjetivo. Desde el punto de vista objetivo se trata de una crítica de fondo.

¹⁰⁹ *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 407; 4 L.Ed. 579, 601/602 (1819).

¹¹⁰ Op. cit., capítulo 4.

este retorno al derecho del estado positivista¹¹¹. Sin embargo, está en contradicción incluso con lo que el propio Savigny, quien subrayó en el volumen citado por Forsthoff, que entre el derecho del estado y el derecho privado existe “una firme contraposición”, “pues en el derecho público la generalidad es el fin al que está sometido el particular, mientras que en el derecho privado el ser humano individual es el fin...” (p. 23). No necesitamos entrar en este intento de división. Lo decisivo es que Savigny expone claramente que su trabajo se refiere al derecho romano privado, el derecho común y que su tratamiento de la interpretación de la ley se remite al derecho privado (p. 39). El capítulo cuarto sobre la interpretación de la ley tiene como objeto exclusivo los institutos del derecho privado romano. Además, existe una manifestación expresa de Savigny de la que se puede entender lo que piensa sobre el uso de las reglas interpretativas del derecho privado en el derecho del estado. Dice: “existen dos capítulos fundamentales en la jurisprudencia: la ciencia jurídica privada y la penal. De ninguna manera puede traerse al derecho del estado –la exposición sistemática de la construcción del Estado– dentro de las ciencias jurídicas, pues requiere como prerequisite la existencia del Estado, mientras que la legislación es coyuntural. Ambas se condicionan, pero no se pueden reconducir en conceptos”; es similar al tratamiento que el derecho privado puede dar a las relaciones feudales¹¹². Forsthoff hubiera hecho mejor en remitirse a Laband, maestro clásico del derecho del estado positivista siguiendo el modelo del derecho privado, que también defendió la paridad entre la Constitución y la ley¹¹³.

Sin duda, Forsthoff añade que la “Ley constitucional” no debe interpretarse como una ley cualquiera, en un sentido normativista y positivista acrítico. Este compromiso, sin embargo, como ya hemos visto, queda sin consecuencias. De hecho continúa con una crítica a “el sumario descrédito del positivismo” y el rechazo a la interpretación material de la Constitución de Rudolf Smend. Reconoce como una “comprensión de la Constitución plena de sentido”,

¹¹¹ Véase nota 58.

¹¹² *Juristische Methodenlehre*, ed. G. Wesenberg, 1951, p. 13. Es oportuno comparar la interpretación formalista de Forsthoff con la moderna interpretación del derecho civil y lo que tiene que decir respecto a los principios constitucionales: J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, 1956, p. 69 y ss.

¹¹³ *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5ª ed., 1911, Vol. 1, p. VII, Vol. 2, p. 39 y ss., 62 y s.; véase también C.F. v. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, 1952, p. 29 y ss., 36 y ss., 93 y ss.; del mismo autor, *Grundzüge des Deutschen Staatsrecht*, 3ª ed., 1880, p. 4, 145, 221 y ss. Véase al respecto W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, 1958. El trabajo más importante sobre el positivismo en el derecho del estado se encuentra en P. v. OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismos*, tesis doctoral, Göttingen, 1953.

la tesis de Smend, según la cual la especificidad del derecho constitucional excluye una analogía, por ejemplo, entre el control del Reich y el control local, o entre la jurisdicción estatal y la jurisdicción civil, pero no reconoce que esta lógica pueda buscarse y encontrarse fuera de Ley constitucional (en el sentido formalista de Forsthoff), (p. 37)¹¹⁴. Y lo mismo para el principio de “lealtad federal” elaborado por Smend y asumido por el Tribunal Constitucional Federal, y que Forsthoff incluye abiertamente entre los principios resultantes de la interpretación clásica (p. 51). En la medida que Forsthoff discute la existencia de normas con distinto rango valorativo, debe exponer cómo resuelve los casos conflictivos. En vez de eso nos encontramos una referencia “a la estructuración del rango del ordenamiento, la primacía de la Ley constitucional, el derecho federal quiebra el regional, etc. (p. 38).

Interpretar la Constitución en sentido material (como un conjunto de integración, en el sentido de Smend), es una tarea, según Forsthoff, que no puede desarrollarse “con los métodos exactos de la interpretación legal”. Y esto se mantiene especialmente para la interpretación de los derechos fundamentales como un sistema de valores (p. 38 y ss.), aunque como Smend, rechaza la interpretación de los derechos fundamentales “al modo de leyes especiales técnicas”¹¹⁵. “El sistema de valores designa una dimensión espiritual, que sin embargo no tiene lugar como tal en el ámbito de la interpretación jurídica de las normas” (p. 40). En una teoría material de la Constitución que comprende el orden fundamental democrático-liberal como un orden de valores, la Constitución como un todo y los derechos fundamentales como momento constitutivo de esa Constitución pueden interpretarse bien o mal. La tesis de esta introducción es que la Constitución, por ejemplo en el tema de la Constitución y la Economía, puede ser interpretada erróneamente de modo mayoritario. Sin embargo, el síntoma de esta enfermedad sistemática (y el punto de partida de la terapia) es precisamente la ausencia de una teoría constitucional material, que comprende la Constitución como el orden fundamental liberal-democrático de la comunidad política. Corresponde a la tarea de una teoría de este tipo, entre otras, afrontar las cuestiones concretas en discusión desde una comprensión valorativa, en la cual la comunidad cobre su unidad a través de la Constitución. Así como el conocimiento de la teoría constitucional es al mismo tiempo un momento

¹¹⁴ El reconocimiento de la diferencia entre la jurisdicción estatal y la jurisdicción civil no le impide además a Forsthoff afirmar respecto a la situación de hoy que “no se puede ya comprender al Tribunal Constitucional Federal al modo de un tribunal sometido a la Ley constitucional que interpreta con los métodos interpretativos tradicionales”, p. 58.

¹¹⁵ Véase SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 90 y ss., 263 y ss.

del proceso de integración de la comunidad política, del mismo modo el elemento común del conocimiento científico es dado por el orden político integrador. Una teoría constitucional sin conexión con el ordenamiento fundamental de la comunidad política tiene no sólo el riesgo de ser una construcción fallida de Constituciones parciales y de interpretaciones aisladas de disposiciones constitucionales, sino que también tiene el riesgo de que los valores personales ocupen el lugar del conocimiento teórico de un orden de valores dado con la Constitución. Con todo, existe en relación con ciertos elementos importantes del desarrollo actual un cierto acuerdo con la crítica de Forsthoff. Pero el regreso de Forsthoff al positivismo expone tan sólo una renovada evasión frente a los problemas fundamentales del derecho constitucional.

Si, por ejemplo, la dignidad humana (art. 1 GG), el libre desarrollo de la personalidad (art. 2 GG), la igualdad ante la ley (art. 3 GG), la libertad ideológica, religiosa y de conciencia (art. 5 GG) no se interpretan como valores constitutivos del ordenamiento fundamental de una democracia-liberal (art. 18 y 21 GG), entonces se nos debe explicar cómo se han de comprender e interpretar. Más allá de la fallida referencia a Savigny (p. 36), en Forsthoff se encuentran tan sólo referencias “a la exacta interpretación de la ley” (p. 38), a “los términos de la norma a interpretar” (p. 39), a la necesidad de tomar en serio la “tecnicidad” (p. 40), “a la subsunción en sentido del silogismo” como elemento vital de la jurisprudencia (p. 41). Estos argumentos han pertenecido desde siempre al positivismo jurídico del derecho del estado, limitado a la llamada “pureza jurídica”, bajo lo que normalmente se entiende como la sistematización formal de las “relaciones de voluntad” y su comprensión “técnica”¹¹⁶. Al margen de la problemática civilista, cuyo método de construcción es usado como fundamento del positivismo del derecho del estado, su traspaso al derecho constitucional ha fracasado. En definitiva, los argumentos del positivismo no se adaptan en nada a la problemática actual del derecho constitucional y estatal.

Cuando un tribunal, por ejemplo, tiene que decidir si una ley es conforme a la protección de los menores prevista en el art. 5.5 GG o afecta a la libertad de expresión del art. 19.2 GG, sin duda, ha de partir de los enunciados lingüísticos, pero incluso con un uso magistral de las claves silogísticas nada se puede lograr, sino no se tiene claro lo que significa la libertad de expresión y su contenido esencial en nuestro ordenamiento fundamental liberal-democrático. Tampoco se puede concluir con el método silogista si la

¹¹⁶ Véase más arriba p. 210.

“protección de los menores” del art. 5 comienza con Karl May, Bickey Spillane o la pornografía. No tiene sentido repetir aquí una vez más los argumentos que durante décadas se han expuesto frente al positivismo jurídico. Basta con añadir que Forsthoff cree poder interpretar el término “social” con el concepto de “Estado social”. “Donde no se quiere decir nada, nada se puede interpretar” (p. 48). Las reglas de interpretación sobre el significado secundario de la historia de formación de una Constitución y sobre la prohibición de no considerar “inexistente” a una disposición constitucional, no se puede encontrar en Savigny. Y lo mismo ocurre con la regla desarrollada por Smend, ya adoptada por el Tribunal Constitucional Federal –regla lógica para la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano, en especial la relativa a los derechos fundamentales– por la cual toda disposición constitucional debe comprenderse a partir del conjunto de la Constitución (p. 40 y ss.). Forsthoff considera que la apertura del derecho constitucional sólo sería correcta desde la base de la teoría positivista de la subsunción (p. 55). En realidad, el derecho constitucional de una comunidad política siempre ha sido abierto –como se mostrará en este trabajo respecto a los 150 años de jurisprudencia del Tribunal Supremo–.

Al margen del rechazo de fondo al consejo de Forsthoff de volver al positivismo en el derecho del estado, es correcta su crítica a ciertas formas de la interpretación de los derechos fundamentales, su crítica a la llamada tesis de la “eficacia frente a terceros” de los derechos fundamentales y su crítica al desarrollo judicial. De esto se hablará más tarde. Sin embargo, yo veo en otro lugar la razón de este acercamiento a un desarrollo equivocado: introducir en el centro político de la Constitución un pensamiento de naturaleza social. Y en un pensamiento de esa naturaleza veo también el motivo de Forsthoff para volver al positivismo en el derecho del estado, y, de nuevo, bajo este punto de visto debo acercarme nuevamente a las tesis de Forthoff.

Urge saber por qué el decisionismo político de Schmitt, en el caso de Forsthoff, aparece disuelto en la Ley constitucional. Las cosas podrían dejarse estar, sino fuese porque Forsthoff asume brevemente, un intento de objetivación, que al menos provoca una cierta confusión¹¹⁷. Forsthoff explica que mientras que el Estado, en los tiempos de Weimar, estuvo en peligro, “siendo la víctima el pluralismo social, frente al que se respondió con el ensanchamiento totalitario y autoritario” (p. 14), la situación tras la Segunda Guerra mundial es completamente diversa, pues la propia sociedad contiene fuerzas ordenadoras “que en gran medida determinan la forma del Estado”

¹¹⁷ “Rechtsfragen der leistenden Verwaltung”, Res Publica, Cuaderno 1, 1959, p. 14 y ss.

(p. 15 y ss.) El paso del pensamiento forjado en el Estado, a un pensamiento armado sobre la idea de Sociedad se configura objetivamente.

Respecto al desarrollo de Weimar en un Estado autoritario y totalitario, se debe tener claro que la República de Weimar pereció entre las tenazas de las fuerzas totalitarias de la derecha y la izquierda. Todo intento de imputar efectos salvíficos a las fuerzas que impulsaron el Estado totalitario deben rechazarse a la luz de estas circunstancias y de la seca herencia que nos quedó. La diferencia entre Weimar y Bonn no radica en esa suerte de secretas fuerzas sociales ordenadoras (los elementos técnicos utilizados por Forsthoff ya existían en Weimar), sino, primero, en nuestra sólida inclusión dentro del mundo exterior y, segundo, en el fracaso y la exclusión de las fuerzas totalitarias de derecha e izquierda. Forsthoff mantiene la tesis de que la reconstrucción de la Alemania occidental fue primero un logro de la sociedad, de modo que los elementos sociales de la Alemania occidental precedieron a la República federal, que en sus elementos esenciales ya estaba preformada (p. 17). Sin embargo, todo recayó en la política –piénsese, por ejemplo, en la política monetaria– que comenzó en la doble zona, luego en la triple, y continuó desarrollándose en la República Federal. Los elementos sociales de la República Democrática son bien distintos –aunque sus elementos técnicos son similares–. No se puede comprender la consideración de que “tras 1945, a través de los acontecimientos bélicos, el desmantelamiento, el destierro y otras condiciones que destrozaron la economía, provocaron las condiciones esenciales de la creación de un nuevo orden” (p. 17). La economía no fue destrozada en su sustancia (sino, ¿de dónde habría brotado la nueva sustancia?). El nuevo orden, esto es, la lucha frente al despiece, la reforma monetaria, la ayuda del Plan Marshall, la apertura del marco alemán a los tipos de cambio, la reforma tributaria, la inclusión de los desterrados, el ingreso en la integración europea, etc. fue un logro de la comunidad política (incluidas las fuerzas sociales) y no de unas fuerzas sociales nebulosas, de las que el propio Forsthoff dice que “como unidad no tienen ningún órgano y por tanto no son capaces para la acción” (p. 19). De este modo se desprecian los logros de nuestra democracia y se desconoce –como mostrará el ejemplo americano– la responsabilidad que la comunidad política ha adoptado en el mantenimiento de la estabilidad de la economía, valiendo todavía como mal ejemplo la crisis de los años 20 y 30. En el “revolucionario” estado del desarrollo técnico industrial, es una utopía social que parte del neoliberalismo, afirmar que la Sociedad le deja al Estado la política exterior, la seguridad jurídica, la garantía del orden público, la coordinación de los intereses colectivos y el cuidado de las industrias incompetentes o aspectos no esenciales como el cuidado de

la cultura¹¹⁸. La idea de “elementos sociales racionalizados” (p. 16), que dan al Estado un “carácter racional-técnico” (p. 17), y cuya Constitución ideal se piensa como un formalismo jurídico perfecto, que Forsthoff siente como “Estado de derecho”, nos conduce de nuevo a nuestro problema constitucional de fondo, las relaciones entre el Estado y la Sociedad¹¹⁹.

10. CONCLUSIÓN: LA DISCUSIÓN SOBRE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA COMO SÍMBOLO DE LA AUSENCIA DE UN TEORÍA CONSTITUCIONAL Y DEL ESTADO

La actual y excitante discusión sobre la Constitución económica, que muestra la oposición entre el modelo de Nipperdey y el positivismo de Forsthoff parece insuperable. Sin embargo, esta oposición tiene una base común: la separación entre el Estado y la Sociedad. El acento –tanto en Nipperdey como en Forsthoff– cae hoy sobre la Sociedad. Mientras que Forsthoff reduce la democracia liberal al Estado de derecho, como sistema de técnicas jurídicas que protege a la Sociedad frente al Estado, Nipperdey construye una Constitución económica apoyándose sobre en el modelo de la economía-política de corte social. Ambas tesis no encuentran el corazón político de la Constitución como orden fundamental liberal-democrático de una comunidad política. Y las dos, con ese error, condicionan la estructura y la tarea adecuada de la teoría constitucional del Estado constitucional moderno.

¹¹⁸ Para el pensamiento neoliberal es significativo la reducción del ordenamiento fundamental democrático-liberal al Estado de derecho, véase W. EUCKEN, “Grundsätze der Wirtschaftspolitik”, Rowohlt's Deutsche Enzyklopädie, 1959, que sitúa como equivalentes la Constitución del Estado con la “decisión colectiva a favor del Estado de derecho”, y “la libre competencia” como principio del Estado de derecho en la Constitución económica (p. 92, 50 y ss.), mientras que el orden de la libre competencia se presenta constitucionalmente en el “Estado actuador” como «deus ex machina» (p. 187 y ss.).

¹¹⁹ Se remite Forsthoff en esta conclusión a M. WEBER (en el homenaje a Schmitt, así como en “Die Bandung an Gesetz und Recht”, DÖV, 1959, p. 41, sin tener en cuenta para nada las dudas que plantean las teoría de M. WEBER. Para esto basta con que nos remitamos a SMEND, “Verfassung und Verfassungsrecht”, 1928, ahora en Staatsrechtliche Abhandlungen, p. 122 y ss., 146 y ss., 158 y ss.; C. ANTONI, Vom Historismus zur Soziologie, 1950, P. 161 y ss.; L. STRAUSS, Naturrecht und Geschichte, 1956, capítulo 2; W. HENNIS, “Zum Problem der deutschen Staatsanschauung”, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte, 1959, p. 19 y ss., y ahora, de manera destacada, W. MOMMSEN, Max Weber und die deutsche Politik, 1890-1920, 1959.