

# LIBERTAD DE EMPRESA Y PLANIFICACION EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

## INTRODUCCION

Terminado ya el proceso constituyente, con sus avatares, tenemos una Constitución que va a regir a los destinos de España y que en mucho tendrá que ser desarrollada en una posterior labor legislativa.

Uno de los temas planteados en la lectura de nuestro texto fundamental es el de si en realidad hemos escogido como sistema económico el de la libre empresa en una economía de mercado común a los países de Occidente o acaso podrá, en base a la misma Constitución, implantarse un sistema más o menos parecido al dirigismo planificador imperativo, que les es propio a los regímenes de economía colectivista.

Hace algún tiempo escribimos (1) que entre los modelos de futuro a crear está el económico, donde todo tiene que estar al servicio del hombre sin que jamás puedan invocarse verdades absolutas, utopías del grado que sean para imponer sistemas extraños. Decíamos que nuestras preferencias es la de la libre empresa, pero dentro de una necesaria planificación que fijará los objetivos del sector público y lo que queda reservado a la iniciativa privada. Potenciando ésta y evitando que se pueda atender contra los intereses de la economía nacional, pero siempre dentro de un sistema de libre actividad económica.

Estos planteamientos, que como hemos dicho son comunes a los países de nuestro entorno, han sido formulados por la llamada escuela de Friburgo y concretamente por uno de sus hombres más representativos, Walter Eucken, y en lo político tuvieron la traducción del profesor bávaro neoliberal Ludwig

---

(1) JOSÉ SERRANO CARVAJAL: *Veintisiete meses en Zamora*, Sala Madrid, 1977, páginas 41 a 43.

Erhard (2). Su teoría fue la de reducir los excesos del capitalismo liberal, fundamentando un sistema rotundamente opuesto al dirigismo socialista. Para ello, de una parte, se deja a las fuerzas económicas en libertad de acción, pero a la vez se actúa en el seno de unas claras orientaciones que obligan a las empresas a alcanzar unos fines generales, de los que, en primer lugar, se desprende el reparto equitativo de los frutos del desarrollo, evitándose en mucho que los beneficios redunden únicamente sobre un solo sector. Para ello se buscó como índice corrector el de la necesaria reinversión de los frutos de las empresas, que fue lo que le dio a Alemania un índice de progreso de tal entidad que sólo la clarividencia del profesor Erhard había sido capaz de vaticinar.

A esto fue a lo que se llamó la economía social de mercado. Su secreto fue fijar como fin único para servir la economía el hombre. A éste es al que hay que servir intentando darle el mayor bienestar posible. Los alemanes plantearon una escala de sacrificios y los premios se otorgaron únicamente en función de la real aportación de cada uno al desarrollo, evitándose las situaciones de privilegio, pero sí concediendo los galardones merecidos. De ahí la meta alcanzada por el empresario alemán, que en mucho fue el artífice de la victoria sobre el caos de un país derrotado y roto. Mucho más postrado en la desesperación que otros, que escogieron como modelo económico la estatización de la economía, con un poder monopolista del Estado y que no han logrado metas parecidas a la de la República Federal de Alemania.

Ahora bien, somos conscientes de que si queremos que sobreviva este modelo económico ya no es posible defenderlo en términos exclusivamente económicos o de rendimientos, ya que esto ha quedado suficientemente demostrado con las condiciones materiales que se disfrutaban en los países en que se aplica en comparación con la vida de los países de modelo colectivista, por lo que es necesario su planteamiento ético, entre otras cosas para que los políticos que aparentemente tienen que defenderlo encuentren su justificación ética, ya que lo material es fácil de evaluar en su capacidad para despertar fuerzas económicas y sobre todo para transformar la sociedad en su papel distribuidor de riqueza, al que el profesor Erhard denominó «bienestar para todos». Como nos dice el profesor Marcos de la Fuente, «el problema de la economía de mercado se plantea hoy fundamentalmente en el terreno de la filosofía moral» (3).

---

(2) J. B. DONGES: *Sistema económico y Constitución alemana*, en *Constitución y economía*, págs. 130 a 142, donde da una idea sobre el proceso alemán occidental.

(3) J. MARCOS DE LA FUENTE: *Fundamentos éticos de la economía de mercado*, C. E. O. E., Madrid, 1978, pág. 4.

En este terreno la economía de mercado presupone la valoración del hombre como ser capaz de alcanzar sus fines, que en la mayoría de las ocasiones han sido definidos por él mismo. En ello se basa la libre iniciativa, el riesgo, la concepción de la vida opuesta desde luego a otros sistemas. Cruz Martínez Esteruelas dice que «cada vez que el socialismo ha impuesto la tónica a una comunidad determinada, se ha obtenido una aproximación desesperante hacia la masificación y el hormiguero. El método seguido por no ser humanista, por no partir del hombre, sino de la consideración globalizada de la sociedad y de ésta como un nuevo conjunto de individuos, ha desencadenado un clima de desesperanza y de abdicación del esfuerzo personal» (4). Es el Estado el que asume todas las funciones, el individuo pierde el sentido del esfuerzo y con él todo estímulo para mover su entorno y se despersonaliza en la propia inercia del ambiente colectivo convirtiéndose en un ser cómodo, dejando toda la responsabilidad en ese todopoderoso Estado que todo lo realiza y que absorbe las voluntades individuales.

Pero con esto no estamos bendiciendo las leyes de hierro del darwinismo económico, sino oponiéndonos a la concepción colectivista y totalitaria del Estado. El sistema de Erhard es un orden social, pero que no se impone por una voluntad todopoderosa, sino que nace del conjunto de las decisiones autónomas de los individuos a los que es necesario someter a ciertas reglas que son comunes a los países industrializados de Occidente, en los que nítidamente se hallan fijados unos marcos normativos que les sirven de guía y que marcan el real juego social. En este punto es en el que surge la gran duda de la Constitución española. Todos sabemos que hace muchos años afortunadamente se han superado las «manos invisibles» de Adams Smith (5), el trabajo dejó de ser considerado como mercancía y nadie mantiene las ideas de Hume (6) o de la llamada ética protestante analizados por Alonso Olea (7). Hoy, dada la complejidad de nuestra sociedad en cambio con el vertiginoso progreso tecnológico «que va absorbiendo la realidad social..., asumiendo los factores del cambio, dominándolos» (8), es necesario hacer unas puntualizaciones.

La primera es que es compatible un fuerte sector público con empresas públicas, organismos autónomos, Seguridad Social, mutualidades y una vi-

---

(4) CRUZ MARTÍNEZ ESTERUELAS: *Cartas para el humanismo social*, S. P. Ministerio de Educación, Madrid, 1976, págs. 19 y 20.

(5) ADAMS SMITH: *Wealth of Nations IV, II*.

(6) HUME: *Treatise of Human. Nature II-I-IX*.

(7) M. ALONSO OLEA: *Introducción al Derecho del trabajo*, 3.ª ed., Madrid, 1974, capítulo III, págs. 145 a 154.

(8) M. FRAGA IRIBARNE: *Un objetivo nacional*, Madrid, 1976, pág. 25.

gorosa política económica y fiscal del Estado, con una iniciativa privada y libre competencia, pero con sus campos suficientemente diferenciados y estables.

La segunda y complementaria es la definida por Müller-Armack en cuanto al papel del cambio de mentalidad del empresario. «El empresario tradicional se ha inclinado frecuentemente a distanciarse de las cuestiones fundamentales de política económica, para adaptarse con demasiada facilidad a las corrientes antieconómicas del mercado. El empresario moderno, el que piensa en el futuro, no puede librarse de una corresponsabilidad con respecto al sistema global, éste tiene que adoptar una opción de política económica que asegure sus posibilidades de actuación en la sociedad» (9). Aquí está la raíz del compromiso que el empresario en una economía de mercado contrae con la comunidad a la que pertenece. En frase de Thomas Ruf acontece porque este sistema «no es únicamente un orden económico, sino al mismo tiempo es un orden social y estético». Un orden que basándose en el rendimiento económico tiene el firme propósito de llevar a la práctica un progreso social con la máxima justicia social posible» (10).

En esta afirmación está resumida la filosofía de la economía social del mercado, políticamente aplicada por Ludwig Erhard y científicamente desarrollada por la escuela de Friburgo y sus máximos exponentes: Walter Eucken y Franz Bohm. Asegurando la competencia, pero tomando en consideración la política económica del Estado y su actividad. Puede ser una tercera vía equidistante entre el socialismo y el capitalismo liberal, como conjunto armónico en el que las exigencias sociales se satisfacen dentro de la libre competencia, la propiedad privada y la libre iniciativa de los empresarios.

El profesor García de Echevarría nos dice que, en primer lugar, economía de mercado es un orden económico en el que los individuos de una sociedad planifican y deciden sus actuaciones de forma descentralizada, y en segundo lugar, aseguran el funcionamiento adecuado del mercado con sus libertades individuales y el control del poder económico y establecen una justicia social dirigida a garantizar a los individuos y en particular a los sectores más débiles la disposición de bienes y servicios vitales (11). Es más o menos el fundamento del profesor Sánchez Agesta para afirmar que

---

(9) ALFRED MÜLLER ARMACK: *Economía dirigida y economía de mercado*, 1945.

(10) THOMAS RUF: *Relaciones entre las partes sociales y la economía social de mercado*, C. E. O. E., Madrid, 1978.

(11) SANTIAGO GARCÍA DE ECHEVARRÍA: *Economía social de mercado: Papel de la actividad privada y pública*, C. E. O. E., Madrid, 1978, págs. 8 y 9.

este sistema es intrínsecamente humano, en cuanto los hombres, en virtud del principio de libre iniciativa, son sujetos de una actividad económica, y de otra, implica una intervención coordinadora, integradora y supletiva del Estado (12). Concepción muy parecida a la mantenida por la doctrina social cristiana (13), al considerar el bienestar y la prosperidad económica como parte integrante del bien común, que si no es alcanzado plenamente por la iniciativa privada, tendrá que recibir la ayuda de la iniciativa pública.

#### CONSTITUCION DE LA ECONOMIA

Esto permite afirmar que la economía social de mercado reserva un papel a la intervención del Estado en la relación entre el orden político y el económico. De ahí que en el orden constitucional aparezcan definidos los supuestos de un sistema económico; a lo que, como recuerda el profesor Sánchez Agesta, Nipperdey denominó Constitución de la economía (14).

En este momento es cuando se está quebrando el pensamiento de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; su base era la de constituir un sistema económico de mercado en libre concurrencia, que nacía de un derecho absoluto de propiedad y de la libertad de las leyes económicas que permitían constituir el orden público por «mera concurrencia», sin que pudieran existir instancias ni agrupaciones intermedias entre el ciudadano y el Estado (15). El único límite al derecho absoluto de libertad formal era el de la libertad de los demás, como dejó escrito Sieyès (16). Principios que inspiraron la Constitución francesa de 1791, pero a la vez se está repudiando la primera parte de los principios programáticos de la U. R. S. S., cuando en su Constitución, desde la de 5 de julio de 1918 a la de 1936, definen que su economía está constituida «por el sistema socialista y por la propiedad socialista de los medios e instrumentos de producción como propiedad del Estado» (17).

---

(12) LUIS SÁNCHEZ AGESTA: Introducción a *Constitución y economía*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, pág. 5.

(13) F. VITO: *La Mater et magistra e la questione sociali di Oggi*, Milán, 1961, págs. 3 y 4.

(14) L. SÁNCHEZ AGESTA: Introducción, pág. 7, y H. C. NIPPERDEY: *Die Grundprinzipien...*, R. S. W., Dusseldorf, 1951, págs. 233-235.

(15) M. ALONSO OLEA: *Introducción al Derecho del trabajo*, pág. 146.

(16) SIEYÈS: *Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, Zapperi, pág. 209.

(17) Artículos 4.º a 11 de la Constitución de la U. R. S. S. de 1936.

Pero este tratamiento al régimen económico en las normas fundamentales de los diferentes Estados y que Nipperdey acuñó, aparece en realidad con las correcciones que al individualismo se hacen de una parte en la Constitución mejicana de 1917 y en la de la República de Weimar, y por eso ascienden a normas constitucionales los preceptos que regulan la organización económica. Mucho antes, otras normas de menor rango habían tratado los problemas sociales; así la exposición de motivos del primer proyecto de Ley de Seguros de Accidentes del Canciller de Hierro en el *Reich* alemán en 1881, afirma que «en la idea moderna de Estado compete a éste la misión de promover por los medios lícitos el bienestar de todos sus miembros y en especial de los más necesitados».

Pese a nuestros avatares constitucionales, siempre nuestros parlamentarios estuvieron de acuerdo en la consagración de la libertad de industria. El artículo 131 de la Constitución de Cádiz confiere a las Cortes el promover y fomentar toda especie de industria y resolver los obstáculos que la entorpezcan. Como dice Sánchez Agesta, esta fórmula «remover los obstáculos» es la que desde Jovellanos a Javier de Burgos implica la proyección de la libertad en el orden económico (18). Luchando también contra toda clase de monopolios, en una traducción del pensamiento de la Ley Le Chapelier, llegándose más tarde a extender la libertad de establecimientos e industria a los extranjeros en los artículos 25 de la Constitución de 1869 y 2.º de la de 1876. Lo quiebra con la republicana de 1931 que nació tras la mejicana de Querétano de 1917 y la de Weimar de 1919, donde ya había aparecido el fenómeno más tarde bautizado como Constitución de la economía. Para nosotros en las normas fundamentales anteriores sí había habido una definición de la organización económica, la de la economía liberal.

Pero la de 1931 transforma en una medida importante los planteamientos económicos sociales, aunque el criticado artículo 44, réplica para algunos a los planteamientos de las Cortes de Cádiz, se cuidó, de una parte, de que si la propiedad de los bienes puede ser objeto de expropiación por causas de utilidad social «mediante adecuada indemnización», pero introdujo la posibilidad de despojar a los españoles del derecho de propiedad sin indemnización alguna cuando las Cortes «aprobaron una ley por los votos de la mayoría absoluta». Como dice Sánchez Agesta, «la propiedad podía ser socializada y los servicios públicos y las explotaciones que afectan al interés

---

(18) LUIS SÁNCHEZ AGESTA: *El orden económico y social en el constitucionalismo español*, en *Constitución y economía*, pág. 112.

común podían ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exigiera» (19).

Este anómalo precepto abrió una posibilidad al proceso de socialización. De ahí la reacción que en las exiguas minorías más o menos liberales en la discusión del texto en el Congreso, en el que la palabra intervención se repitió en diversas ocasiones, que no se vio paliado por los que mantuvieron que se estaba en una especie de inicio de planificación a través del penúltimo párrafo de este artículo, en el que se disponía que el «Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigiera la nacionalización de la producción y los intereses de la economía nacional». Por tanto, aquí aparece una fuerte limitación al derecho de propiedad, base de la política de la economía social de mercado.

Lo que se corrigió en la legislación fundamental española que arranca del Fuero del Trabajo de 1938, que se culmina en la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1962. En realidad, nuestra anterior legislación programática no significa una vuelta a los principios del capitalismo liberal, sino que el Fuero del Trabajo, promulgado en 9 de marzo de 1938, y el Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945, ambos modificados por la Ley Orgánica del Estado, representan un giro de estas bases de inspiración socialista, pero atribuyen rango constitucional al orden económico, al que algunos denominaron de economía mixta, y los más, Estado social de Derecho, que si bien en un principio tuvo cierta tendencia a la autarquía, más tarde se fue abriendo hasta desembocar en un régimen en mucho paralelo a lo que fue el denominador común en la Europa de su tiempo.

Consagrándose el derecho de la iniciativa privada «en general, el Estado no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada o la exijan los intereses superiores de la nación». El Estado reconoce la iniciativa privada como fuente fecunda de la vida económica de la nación, pero este reconocimiento y amparo «de la propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de las funciones individuales, familiares y sociales» queda subordinado en el mismo Fuero del Trabajo «al interés supremo de la nación, cuyo intérprete es el Estado», que «asume la tarea de multiplicar y hacer asequibles a todos los españoles las formas de propiedad ligadas vitalmente a la persona humana, el hogar familiar, la heredad de la tierra y los instrumentos o bienes de trabajo para uso cotidiano», y el Fuero de los Españoles aclara que «todas las formas de propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la nación y al bien común» (20). La Ley de Principios

---

(19) *Op. cit.*, pág. 114.

(20) Fuero del Trabajo, XI, 4 y 6; XII, 1 y 2. Fuero de los Españoles, artículo 30.

del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958 reafirma la propiedad privada en todas sus formas, pero condicionada a su función social y estimulada y encauzada o, en su caso, suplida por la acción del Estado, señalándose en el mismo texto que es misión de él, impulsar el progreso económico de la nación, el empleo, la industrialización, la mejora de la agricultura, las actividades marítimas.

Estas leyes fundamentales que en realidad eran una Constitución legal, no codificada en un instrumento único, pese a los intentos que se hicieron en los meses anteriores a la promulgación de la Ley Orgánica del Estado (21) para codificarla en un texto único. Tenía principalmente en el Fuero del Trabajo y en el Fuero de los Españoles una serie de disposiciones de claro contenido social y económico del tipo de los que forman las llamadas Constituciones económicas. El primero, como nos dijo el profesor Garrigues, contenía «principios generales del derecho en materia social y económica, en el sentido y con el alcance que les confiere el artículo 6.º del Código civil» (22). Como reafirma Fernández Carvajal «el Fuero es desde 1938 la parte económica social de la Constitución política española, parte que será incrementada y hasta cierto punto corregida en 1945 por el Fuero de los Españoles y en 1958 por la Ley de Principios del Movimiento y rectificadas, en lo que atañe a la exposición de motivos y algunos pasajes de las declaraciones II, III, VIII, XI y XII, por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica de 1967» (23). Como tal derecho constitucional fue entendido por nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 31 de diciembre de 1940 y 6 de abril de 1942 (declaraciones programáticas definidoras de derechos en potencia, conjunto de principios para la estructuración social en el nuevo Estado). Reconocido en el abundante desarrollo posterior por leyes formales (24), aunque la doctrina, en principio, estuviera indecisa en la calificación de la naturaleza de las normas según su grado de efectividad, la realidad es que siempre tuvo una clara atribución de naturaleza constitucional, al principio de carácter material y desde 1947, al ser promovido al rango de Ley Fundamental, tuvo carácter formal, como nos dice Legaz (25).

(21) RODRIGO FERNÁNDEZ CARVAJAL: *La Constitución española*, 2.ª ed., Madrid, 1969, capítulo I, págs. 4 y 5.

(22) J. GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE: *Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo*, Madrid, 1959, pág. 19.

(23) R. FERNÁNDEZ CARVAJAL: *La Constitución española*, pág. 10.

(24) I. MARÍA DE LOJENDIO E IRURE: *El régimen político del Estado español*, Barcelona, 1942, pág. 73.

(25) L. LEGAZ LACAMBRA: *Estudios de doctrina jurídica y social*, Barcelona, 1940, pág. 259, y L. PRIETO CASTRO: *El momento revolucionario del Fuero y sus líneas ideológicas*, Zaragoza, 1938.

Este es nuestro inmediato pasado, el que desembocó en un sistema muy parecido al francés de planificación indicativa y que ya después de la promulgación de la Constitución es Historia, reciente, pero Historia. Nos toca analizar cuál es el sistema económico que nuestra nueva normativa constitucional ha escogido para el futuro, de aquí el título de este ensayo. Adelantamos que no es fácil la definición, pues dada la ambigüedad de muchos de sus artículos y la aparente contradicción de muchas de sus disposiciones se ha podido satisfacer a algunos y no conseguirlo en otros. Aunque voces autorizadas se han pronunciado en que aquí reside su mayor virtud, en que todos, cualquiera que fuera su ideología, podrán legislar en el marco de la Constitución.

Así, Oscar Alzaga y Jorge de Esteban (26) coinciden en que durante la vigencia de la Constitución y sin necesidad de abordar su reforma pueden realizarse los distintos programas de política económica. Pero en realidad la afirmación de que una Constitución no es un programa de gobierno, ni que una Constitución puede contemplar las necesidades de política económica concreta que puedan ir registrando nuestro país durante su vigencia, pues ella ha nacido con la ambición de que se mantenga en vigor durante muchas décadas, tranquiliza a todos, ya que el mismo desarrollo de los avatares que han culminado en su aprobación y las afirmaciones de los diferentes grupos y partidos políticos son las que han motivado en última instancia el desasosiego y las dudas de parte de los españoles, hasta de los que han dado su voto afirmativo en el referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sobre el modelo económico al que nos podremos ver abocados con la interpretación que se ha hecho en ocasiones sobre los diferentes artículos y sus contradicciones, puede ser que lo que más hayan confundido a algunos españoles sean estas afirmaciones partidistas que tienen que ser matizadas y corregidas por los estudiosos de la Ciencia Política. Desde una perspectiva de un análisis de un grupo de profesores de Derecho del trabajo es desde donde intentamos abordar este trascendental tema.

#### LA NUEVA CONSTITUCION

Como dice el profesor Luis Díez-Picazo (27), una larga tradición histórica, remontada a los albores del constitucionalismo, quiere que por lo menos

(26) OSCAR ALZAGA: *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*, diciembre 1978, pág. 309; JORGE DE ESTEBAN: *De la dictadura a la democracia, y Las bases de una Constitución para España*, en «Sistema», 19, 1977, pág. 109.

(27) LUIS DíEZ-PICAZO: *Propiedad y Constitución*, en *Constitución y economía*, cit., pág. 41.

los rasgos generales del sistema jurídico en orden a la propiedad aparezcan en la Constitución del Estado, y al ser condición *sine qua non* para el establecimiento de una economía social de mercado el que estén suficientemente garantizados por el ordenamiento jurídico la propiedad privada y sus transmisiones *mortis causa*, nos detenemos brevemente en el planteamiento que nuestra Constitución de 1978 hace del tema.

Esta tradición a la que hace referencia el catedrático de Derecho civil, ha sido común a todas las Constituciones de corte liberal que tomaron su modelo de los artículos 2.º y 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y hasta se ha mantenido en los actuales documentos inspiradores, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 17 y artículo 1.º del protocolo adicional a la Convención Europea de los Derechos del Hombre. Por tanto, es fácil de comprender su inclusión en los diferentes textos constitucionales occidentales, entre ellos el artículo 33 de nuestra nueva Constitución.

En los antecedentes históricos hemos visto la diferencia existente entre los legisladores de Cádiz y los republicanos de 1931, en cuanto al tema de las expropiaciones, única forma con la que puede ser tratada la limitación al derecho fundamental del individuo a la propiedad privada, que los constitucionalistas derivan de la libertad del mismo individuo y «que según el artículo 1.º de la Constitución es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico» (28).

De hecho, en todos los ordenamientos occidentales se ha ido perfilando el derecho al disfrute de los bienes. El carácter excepcional de la expropiación forzosa ha ido ampliándose al admitir, junto a la causa de utilidad pública para privar a alguien de su propiedad, las causas de interés social, que en nuestros textos fundamentales eran reconocidas en el artículo 32 del Fuero de los Españoles y el principio X de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, como ya hemos visto. Pero esta es una corriente generalizada: artículos 42 de la Constitución italiana, 14 de la Ley Fundamental de Bonn y 17 de la Constitución griega, entre otras. Todos estos preceptos subordinan el derecho subjetivo de propiedad a la función social, convirtiéndose ésta en el marco de subordinación del derecho al que constriñe imponiéndole unos límites al disfrute. «No es entonces que la propiedad sea ella misma una función social, sino que ha de ejercitarse el derecho en línea

---

(28) FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ: *El Derecho del trabajo en la Constitución, Lecturas sobre la Constitución española*, vol. II, pág. 215, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia.

con la función social» (29). Por ello ya no nos encontramos excepciones anormales al pleno disfrute, sino que éste se encuentra fuertemente reglamentado por normas menores que fijan su objeto y su contenido. Estamos lejos de la claridad del artículo 10 de nuestra Constitución de 1876.

El artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn garantiza los derechos de propiedad y de herencia, pero señalando unos límites que vienen dados por las leyes y por la utilidad general. Pero como señala Fernando Suárez, «la función social, al actuar de marco, dentro del que se ejercita el derecho subjetivo de propiedad, nos aleja de las interpretaciones que consideran que se es propietario en tanto se realiza una actividad en beneficio general, de modo que la propiedad sólo se tutela en la medida en que se cumpla aquella función de gestión» (30).

En este sentido van las disposiciones de nuestro artículo 33 de la Constitución de 1978: 1.º Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2.º La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes. Como vemos, este segundo párrafo actúa casi haciendo desaparecer esa reserva de ley del artículo 348 del Código civil, aunque Oscar Alzaga piensa que tiene que ser interpretada como garantía para evitar las disposiciones administrativas que reducen los derechos de disfrute a la propiedad de los individuos (31).

De todas formas la disposición es complementada a través del párrafo 3.º del artículo 33: «Nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por las leyes.» Esta norma, copia literal del segundo párrafo del artículo 32 del Fuero de los Españoles, si bien sometido a la poda del corto párrafo 1.º que decía: «En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes», que representaba la necesaria aclaración al tajante rechazo al artículo 44 de la Constitución de 1931, ya estudiado, y que pese a la desaparición de este párrafo en el contexto general del artículo es igualmente rechazado por nuestra actual Constitución, en la que, a nuestro juicio, no caben las expropiaciones sin indemnización o confiscaciones.

Lo que es común al derecho constitucional europeo que, en ocasiones, es más conservador o romanista, hablando jurídicamente, que el nuestro. Así, la Constitución de Luxemburgo mantiene que nadie puede ser privado de la propiedad más que por causa de utilidad pública, en las cosas y de la manera establecida por la ley y mediante previa y justa indemnización

---

(29) L. DÍEZ-PICAZO: *Propiedad y Constitución*, cit., pág. 44.

(30) F. SUÁREZ GONZÁLEZ: *El Derecho del trabajo en la Constitución*, cit., página 216.

(31) OSCAR ALZAGA VILLAAMIL: *La Constitución española de 1978*, cit., pág. 290.

(art. 16). Nosotros, y tras una enmienda del Partido Socialista presentada en el Senado, se corrigió el artículo 29 del anteproyecto y el 32 del informe de la ponencia, en el que aparecía la palabra «previa», sustituyéndola por la de «mediante» que ahora está en el artículo 33. De aquí la posibilidad del pago *a posteriori* de las indemnizaciones. Lo que en verdad coloca a este artículo lejos del 10 de la Constitución de 1876, del 32 del Fuero de los Españoles, del 11 de la Constitución belga «y mediante una justa y previa indemnización», o del párrafo 2.º del artículo 17 de la Ley Fundamental griega que es más rotundo: «mediante indemnización total previa».

Todo esto nos lleva a una situación anómala, con las normas programativas europeas. La enmienda de socialistas y comunistas ha convertido a la indemnización en una consecuencia de la expropiación, ya que no es condición determinante de la validez el haber recibido el importe. Sin que sirva de justificación el cambio de la palabra «previa» por «mediante», el que no sea normal en otros ordenamientos occidentales, ya que, como hemos visto, en ellos sí lo son; hasta el artículo 62 de la Constitución portuguesa, vía para el socialismo, habla también para las expropiaciones normales del «previo pago de una indemnización» (32).

Pudiéndose dar, como afirma Fernando Suárez, la «hipótesis de la ocupación por razones de urgencia, que no debe confundirse con la expropiación de urgencia, y que ya se daba en nuestro Derecho, sin que se opusiera a ella la muy precisa redacción del artículo 32 del Fuero de los Españoles» (33). Nuestra legislación, al establecer un procedimiento preciso para estos usos, consiguió en el marco de las normas garantizar los legítimos derechos de los expropiados en el caso de existir una suma urgencia justificativa de la necesaria ocupación de urgencia. Nosotros creemos que el concepto tradicional de propiedad como poder de disposición del bien, que es el contenido en el artículo 348 del Código civil: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», ha sido necesariamente limitado en una larga etapa legislativa en Europa, donde se ha justificado la ampliación del ámbito de la expropiación a la que antes nos hemos referido al hablar del interés social y hasta las mentes más liberales o más conservadoras lo han admitido, pues los Estados que tienen que actuar en la sociedad industrial y solucionar angustiosos problemas, garantizando los servicios vitales y que en mucho se encuentran con

---

(32) De ahí la no realidad de ciertas afirmaciones justificativas. BOYER: *El sistema económico en la futura Constitución española*, en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, C. E. C., 1978, pág. 265.

(33) F. SUÁREZ GONZÁLEZ: *El Derecho del Trabajo en la Constitución*, cit., pág. 18.

las crisis de la estabilidad económica, la ecología y el empleo (34), necesitan salvar la utilidad de los bienes que, en ocasiones, ha de expropiar, pero previa la correspondiente indemnización o justiprecio, sin que existan supuestos que aconsejarán este cambio de la redacción del artículo 32 del Fuero de los Españoles que ha hecho desaparecer la indemnización previa que conlleva un perjuicio al expropiado, ya que si de por sí las indemnizaciones son inferiores a los precios de mercado esta demora establece un nuevo perjuicio, además de que desaparece el carácter generalizado dado a la indemnización como requisito que condiciona la validez del acto expropiatorio.

## LIBERTAD DE EMPRESA EN LA CONSTITUCION

Con el planteamiento que hasta ahora hemos realizado, tenemos ya los presupuestos para adentrarnos en el difícil camino de trazar las líneas por las que va a discurrir el fenómeno socioeconómico en nuestro país en los próximos años. La nación española, abocada inesperadamente a unas nuevas elecciones, tiene que contemplar con temores ciertos el carácter ambiguo de algunos de sus preceptos constitucionales, entre los que destacan los relativos a la constitución económica.

Nosotros, como la mayoría de los países de nuestro entorno, tenemos definidos los fundamentos de nuestro futuro sistema económico en una economía de mercado. Más o menos estamos siguiendo los postulados de un sistema que ya es tradicional en nuestro ordenamiento constitucional, pues como hemos visto el sistema anterior venía a coincidir en las grandes líneas de la economía con la realidad de la Europa Occidental. Pero al haberse producido un cambio lo suficientemente importante en las bases de todo el sistema político, es necesario ver cómo pueden incidir los nuevos supuestos en el hecho económico.

La economía española, como afirmaban los partidarios del cambio en los últimos años del régimen de Franco, estaba organizada de acuerdo con los cánones del modelo capitalista levemente reformado. En este sistema había alcanzado unas cotas de crecimiento muy altos en comparación con las etapas históricas anteriores y con otros sistemas económicos a los que teníamos realmente cerca en la geografía, pero para los reformistas (35) los favorables resultados económicos si bien representaron un fuerte incremento en la cantidad de bienes y servicios disponibles, o sea, un real incremento

---

(34) FORSTHOFF: *El estado de la sociedad industrial*, Madrid, 1975, pág. 130.

(35) *Libro Blanco para la reforma democrática*, GODSA, Madrid, 1976, pág. 397.

cuantitativo se hacía necesario llegar a un incremento cualitativo dentro de un verdadero desarrollo económico y social que pudieran paliar las tensiones que de hecho se producían. Lo primero que había que salvar era el principio de la economía social de mercado al que hemos hecho referencia en la primera parte de este trabajo, porque la libre iniciativa y la libre competencia reportan, en fin, valores superiores a la colectivización o estatización de los Estados totalitarios, valores que, como también hemos visto, no son solo de naturaleza económica, sino también éticos y morales, consiguiendo ese difícil equilibrio entre iniciativa privada y sector público, entre planificación y libre mercado, entre producción y justa distribución, todo ello dentro de un esquema que permita la realización de la idea de justicia social, de la que nuestra literatura política inmediatamente anterior está repleta de por lo menos directas invocaciones, que en mucho tuvieron como fundamento la llamada doctrina social de la Iglesia católica que nace con la *Rerum Novarum* de León XIII y tiene su desarrollo en el principio de subsidiariedad del Papa Pío XI en su *Quadragesimo Anno*. «Permanece, sin embargo, estable y firme en la filosofía social un gravísimo principio que nadie puede mover o alterar. Como no es lícito quitar a los individuos para confiarlo a la comunidad, ... cualquier acto social por su propia fuerza y naturaleza debe servir de ayuda a los miembros del cuerpo social, pero nunca destruirlos ni absorberlos», y la *Mater et Magistra* de Juan XXIII en su núm. 99: «El tomar las decisiones que más pueden favorecer la marcha general de la economía no depende de cada empresa particular, sino de los poderes públicos, etc.», unidos con otros principios de raíz nacionalsindicalista, pero siempre presidido por el pensamiento del humanismo cristiano.

El artículo 38 de la Constitución de 1978 dispone: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.» Este es un verdadero precepto de derecho constitucional económico, que va más allá en claridad que la misma Ley Fundamental de Bonn, ya que aquí se define el sistema económico al reconocer la libre empresa en el marco de la economía de mercado, mientras que en la Constitución alemana se tiende que acudir al catálogo de derechos fundamentales, artículos 1 al 19 y al artículo 14, núm. 2, ya estudiado, que prohíbe la socialización de la propiedad privada, para, en consecuencia, detraer la idea de economía social de mercado. De todas formas los alemanes han desestimado desde 1956 la tesis de neutralidad económica (36) desde el campo

---

(36) J. B. DONGES: *Sistema económico y Constitución alemana*, cit., pág. 134.

interpretativo de la Constitución, afirmándose en la idea que desde 1949 privaba la de la escuela de Friburgo y del profesor Erhard.

Nuestro artículo 38 establece un sistema de estas mismas características —libertad de empresa—, pero con la posibilidad de que los poderes públicos tengan una intervención ordenadora y garantizadora en el discurrir del proceso económico, tanto en su desarrollo como en la creación de sus líneas maestras..., pero en realidad no se salva la ambigüedad impuesta por el llamado consenso de los partidos políticos en la aprobación de la Constitución. La libre empresa parece que tiene que moverse en el marco de las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Lo que para Fernando Suárez puede interpretarse, «tanto en el sentido de que la economía de mercado es el límite insalvable de la planificación, como en el sentido bien diverso de que la planificación puede constituir el ámbito dentro del cual se ha de desenvolver la economía de mercado» (37).

Pero el catedrático de Derecho del trabajo ha sido menos rotundo que otros en el tratamiento del problema. Así, Jesús Fueyo ha reflejado sus dudas sobre la futura concordancia de criterios sobre una Constitución en la que caben todos los modelos económicos «de sociedad capitalista, neocapitalista, socialista, comunista y todas las llamadas alternativas de poder, que no son más que alternativas de un vuelco de la sociedad» (38). Poco más tarde Gonzalo Fernández de la Mora volvía en la prensa sobre el mismo tema subrayando de nuevo la ambigüedad de unos textos que podían satisfacer a centristas y comunistas, pues ambos partidos, con la forma en que se había redactado la Constitución, podrían cumplir sus muy diferentes programas políticos (39). Pero como vimos en su momento, otros autores ven en este panorama de ambigüedad la mayor virtud de la Constitución española, a la vez que, como Jorge de Esteban, recuerdan los compromisos de declaraciones de los políticos socialistas en cuanto que tendremos economía de mercado para cien años (40).

En verdad ambas posturas pueden estar justificadas, ya que, de una parte, es cierto que existe una tendencia a convertir a las Constituciones en los vehículos de las grandes transformaciones. Jorge de Esteban advierte que «la Constitución establece normas que ponen de manifiesto la posibilidad

---

(37) F. SUÁREZ GONZÁLEZ: *El Derecho del trabajo en la Constitución*, cit., pág. 219.

(38) JESÚS F. FUEYO ALVAREZ: diario *ABC* de 11 de marzo de 1978.

(39) GONZÁLEZ DE LA MORA y MON. G. en el diario *El País* de 22 de julio de 1978.

(40) JORGE DE ESTEBAN: *Lecciones de cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. El político al que se refiere el profesor de Derecho político es don Felipe González, secretario general del PSOE, en reunión con los empresarios en A. P. D.

de avanzar, sin romper la legalidad constitucional, hacia la superación de un Estado liberal, basado en la idea de la justicia inmanente del orden económico y social dado. En definitiva, la función transformadora de la Constitución puede impulsarse a través de la vía trazada por este tipo de normas, que pueden convertir en legal y vigente el principio de la soberanía popular llevado a sus últimas consecuencias, posibilitando así el avance en la marcha hacia una sociedad socialista y democrática» (41). Con la conjunción de las dos últimas palabras no sabemos lo que quiere realizar el agregado de Madrid, pero si se trata de una sociedad socialdemócrata al estilo del pensamiento de los alemanes de esta tendencia tras de su Congreso en Bad Godesberg en 1959, estas transformaciones no serán tan drásticas que pongan en cuestión el humanismo social cristiano y la economía social de mercado, dos principios que en mucho pueden satisfacer más al hombre, ser al que hay que tener en cuenta en su naturaleza, en sus necesidades, en sus legítimas aspiraciones a la hora de la necesaria adecuación de la sociedad y del Estado a los nuevos tiempos.

Ahora bien, dado que, como dice Fabián Estapé, en otros tiempos «dominó más la analogía, el parentesco entre nuestra Administración y la francesa, sobre el que existe con Alemania, fue Pierre Massé y no Ludwig Erhard el santo patrón» (42). De devenir por costumbre una solución parecida, nos aproximaríamos al modelo socialista propugnado en Francia en varias ocasiones por la izquierda unida, y ese modelo sí quebraría nuestras aspiraciones a un sistema que reconocemos idóneo para Europa. Estos temores se ven agudizados por la idea que de la Constitución de 1978 ha expresado algunos. Así, Solé Tura cuando piensa que «en el seno de nuestro actual derecho constitucional, y sin someter a éste a mutaciones radicales, se puede llegar a conseguir una vía al socialismo que les permita avanzar hacia profundos objetivos de transformación social dentro del proyecto estratégico del socialismo en democracia» (43), todo ello realizado sin haber tenido que claudicar de las posiciones políticas fundamentales y con la esperanza de un día mediante la infiltración controlar el Estado, que es base fundamental del eurocomunismo.

De aquí la necesidad de tener en cuenta las disposiciones de otros artícu-

---

(41) JORGE DE ESTEBAN: *La función transformadora en las Constituciones occidentales*, en *Constitución y economía*, págs. 156 y 157.

(42) F. ESTAPÉ: *La planificación de la economía*, en *Constitución y economía*, pág. 147.

(43) SOLÉ TURA: *Los comunistas y la Constitución*, Forma Ediciones, Madrid, 1978, págs. 20 a 71, 83 a 87.

los de la Constitución que pueden incidir en el proceso de involución. Así, el núm. 2 del artículo 128: «Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.» En este caso se está cambiando el sentido de nuestra anterior legislación fundamental, se está condenando al ostracismo el principio de subsidiariedad, que, como hemos visto, estaba latente en el pensamiento de la doctrina social católica y que tuvo su máximo exponente en el núm. 4 de la Declaración XI del Fuero del Trabajo y que, por tanto, desde 1947 formalmente formaba parte de la Constitución española.

Este artículo está dando la razón a Lojendio al decir que «el llamado derecho constitucional económico está directamente determinado por el fenómeno de la socialización, cuyo instrumento principal en nuestro tiempo es la intervención del Estado en la economía» (44). Esta intervención, que a nuestro juicio debía estar motivada por razones objetivas, ha tenido ejemplos en nuestro ordenamiento desde hace muchos lustros: CAMPSA, Tabacalera, RENFE, Iberia, y según Duque Domínguez «adquiere un campo de actuación autónomo respecto al ocupado por la privada; es un campo delimitado por la exigencia de realizar el interés público» (45). De aquí que al artículo 128 le falta una referencia sobre la forma en que se va en cada momento a fijar ese interés público, mucho más cuando, como afirma Fernando Suárez, la iniciativa pública no necesita estar justificada en la utilidad social o en el interés general, como normalmente ocurre en los ordenamientos extranjeros (46).

Este párrafo fue largamente debatido en el Congreso, en donde los parlamentarios socialistas intentaron, siguiendo el artículo 82 de la Constitución portuguesa, conseguir que por una única ley se fijasen los requisitos por los que el Estado pudiese reservarse los sectores económicos en los que actuar y todas las empresas a las que podría intervenir, llegándose a la refundición en un solo apartado de los antiguos 2 y 3, merced a la aprobación de las enmiendas del señor López Bravo, del señor López Rodó y del grupo parlamentario de UCD, quedando en el texto la expresión «mediante ley», que de alguna forma hace necesaria una ley específica para cada caso

---

(44) IGNACIO MARÍA DE LOJENDIO E IRURE: *Derecho constitucional económico*, en *Constitución y economía*, pág. 85.

(45) J. F. DUQUE DOMÍNGUEZ: *Iniciativa privada y empresa*, en *Constitución y economía*, pág. 71.

(46) F. SUÁREZ GONZÁLEZ: *El Derecho del Trabajo en la Constitución*, pág. 221.

en los que el Estado tenga que acordar la intervención de una empresa o reservarse recursos o servicios esenciales (47).

El párrafo 1.º del artículo 131 dispone: «El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.» Este párrafo ha sido acaso el que despertó más serias reservas en el ámbito empresarial español, donde se realizaron los esfuerzos mayores para convencer a los distintos grupos políticos de la necesidad de que se definiera la planificación como indicativa. En realidad los peligros de la ambigüedad del precepto aparentemente son muchos y desde el primer momento así fue puesto de manifiesto; no sólo se derivan estos peligros de la manifiesta ambigüedad, sino también de las interpretaciones que ya hemos visto se dan por los políticos y profesores al valor de transformación de la Constitución como vía para conseguir la sociedad socialista.

Tanto en los medios cercanos a la C. E. O. E. como al Círculo de Empresarios se manifestó la preocupación. En un estudio sobre el anteproyecto de Constitución de enero de 1978 se dice que la hipótesis (nada artificial, pues el debate se ha planteado recientemente en Alemania) de que se llegase a considerar que la planificación de la inversión privada resultaba indispensable para resolver el problema del paro (obligación que el art. 35 del anteproyecto considera prioritaria para los poderes públicos) es claro que se podría ir a una planificación coercitiva incompatible con las libertades que la Constitución debe defender y potenciar (48). En realidad esta podía ser una de las puertas que, según Cazorla, el anteproyecto dejaba abierta para poder alcanzar estructuras económicas muy distintas a las propias de la economía social de mercado (49), ya que no especifica si la planificación será indicativa o coercitiva, o si ésta va a permitir por medio de la competencia aquello que Ludwig Erhard expuso desde su cargo de director de la Administración para la Economía en Frankfurt: «un elemento determinante para la convivencia de todos los grupos sociales en el Estado nuevo y en libertad» (50).

A algunos habría que recordarles la función estabilizadora del Derecho y

(47) OSCAR ALZAGA VILLAAMIL: *La Constitución española de 1978*, págs. 783-784.

(48) *Comentarios al contenido económico-social del anteproyecto de Constitución*, Madrid, enero 1978, multicopiado, pág. 63.

(49) CAZORLA PRIETO: *El marco económico en el anteproyecto constitucional. Intervencionismo y planificación*, en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, C. E. C., Madrid, 1978, pág. 257.

(50) HELFWIG FRITZ: *Economía de mercado y orden social*, Madrid, 1978, pág. 4.

la función primordial en la pirámide jurídica del derecho constitucional que no debería ser utilizado en cualquier crisis para instrumentar los fines partidistas, porque entre otras cosas puede sufrir un proceso de envejecimiento prematuro como el de la Constitución portuguesa, que nacida en una situación de crisis parece no responder a los postulados de la mayoría del pensamiento y las necesidades de los ciudadanos de nuestro país hermano. De aquí que rechazemos el pensamiento de los que creen que la ambigüedad denunciada en profundidad por el profesor Manuel Fraga Iribarne (51) se debe al hecho de que las fuerzas políticas que tienen su primaria justificación en el régimen de Franco no se han atrevido a imponer con claridad un modelo coherente de economía de acuerdo con sus pensamientos, mientras que las fuerzas políticas, que han sido sacadas de la marginación muchas veces autoimpuesta, no han podido implantar su modelo. De aquí el híbrido en el que coinciden los partidarios de un sistema próspero de mercado, con los que preconizan la instauración de un socialismo estatal y hasta los partidarios de la autogestión. Este es el motivo de la denominación por algunos de Constitución neutra y hasta de texto de transición (52).

#### PRELACION DE NORMAS EN LA CONSTITUCION

Pero no se puede olvidar que el reconocimiento de la libertad de empresa en una economía de mercado se recoge en el artículo 38 situado en el título I de la Constitución, sección segunda; es un derecho de los ciudadanos que vincula a todos los poderes públicos. Esta es la letra del apartado 1.º del artículo 53: «Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1, a).»

Esto es lo que nos permite suponer que los derechos del título I no podrán ser disminuidos o simplemente cambiados por la actuación de los organismos dependientes de la Administración del Estado. Los derechos fundamentales, en la mejor doctrina jurídico-constitucional (53), resuelven los conflictos surgidos entre los intereses privados y los intereses públicos.

---

(51) M. FRAGA IRIBARNE: *Diario de Sesiones* y artículos en *ABC* de Madrid.

(52) R. GARCÍA COTARELO: *El régimen económico-social de la Constitución española*, en *Lectura sobre la Constitución española*, vol. I, pág. 75.

(53) O. ALZAGA VILLAAMIL: *La Constitución española de 1978*, págs. 346 y sigs.

De aquí que sean los garantes de los derechos privados frente a la colectividad, con vinculación expresa de los poderes públicos que tendrán que respetar su cumplimiento a la vez que son los entes públicos, especialmente el legislador, los que impongan a los otros particulares las limitaciones necesarias para salvaguardar los derechos reconocidos en este título I de la Constitución. Hasta cuando la Administración en cualquiera de sus manifestaciones actúe como una persona jurídica en el tráfico normal de cualquier supuesto económico revestido de la función pública tendrá que estar obligada directamente por las normas constitucionales o por las que se dicten en desarrollo de ellas, que tendrán que hacerse «respetando su contenido esencial» y solamente por ley.

Aquí se está estableciendo una reserva de ley, con lo que en algo se quiebra esa tendencia que señala Luis Díez-Picazo en cuanto a la desaparición de la reserva de ley en punto a las limitaciones del dominio que se estaban efectuando cada día más por reglamentos administrativos o simples ordenanzas, ya que como dispone el núm. 1 del artículo 81 «son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los estatutos de autonomía y el régimen electoral general, etc.». Lo que junto al respeto a su contenido esencial representa ya cierta garantía frente a los que piensan que en la práctica política diaria se puede cambiar el mismo sustrato de la sociedad.

Como vemos se dan unas garantías que más tarde se atribuyen a la competencia del Tribunal Constitucional, al disponer los apartados *a)* y *b)* del número 1 del artículo 161: «El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: *a)* Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. *b)* Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca» (54).

Como vemos, el Tribunal Constitucional es el órgano que tendrá que velar por la constitucionalización de otras normas jurídicas. No es un órgano nuevo en nuestro panorama constitucional. Así, esta materia estuvo encomendada por la Constitución de Cádiz a la Diputación Permanente de las Cortes, que según el artículo 160 debía velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes. El proyecto de Constitución Federal de 1873

---

(54) LUIS DíEZ-PICAZO: *Propiedad y Constitución*, pág. 44.

hacia recaer esta competencia sobre el Tribunal Supremo, que suspendería los efectos de las leyes anticonstitucionales; el artículo 121 de la Constitución de 1931 al Tribunal de Garantías Constitucionales, y la Ley Orgánica del Estado en las anteriores Leyes Fundamentales planteaban el recurso de contrafuero en los artículos 59 a 66, desarrollado por la Ley de 5 de abril de 1968, que si bien teóricamente resolvía el jefe del Estado, era el Consejo del Reino el que lo tramitaba en ponencia presidida por un presidente de Sala del Tribunal Supremo, con un magistrado de nuestro máximo órgano jurisdiccional como vocal y otros del Consejo Nacional, Cortes y Consejo de Estado. Si bien se ponía de manifiesto el carácter de defensor de la Constitución que ostentaba el jefe del Estado, según el artículo 6.º de la Ley Orgánica del Estado, el recurso de contrafuero adoptaba, según el profesor Rodrigo Fernández Carvajal (55), una forma mixta de tramitación al ser confiada al Consejo del Reino y a la Ponencia Asesora, que si bien eran órganos políticos seguían una tramitación de carácter marcadamente judicial y los órganos públicos que entendía se nutrían, como hemos visto, en gran medida con magistrados del Tribunal Supremo.

El sistema que aparece en la Constitución de 1978 es casi un punto intermedio entre el artículo 93 de la Ley Fundamental de Bonn y el 134 de la Constitución italiana y fuente de garantías jurídicas de una materia que aparece dada en bloque al Tribunal Constitucional. La jurisdicción ordinaria agota su competencia en el pedir al Tribunal Constitucional un fallo sobre la inconstitucionalidad de una norma que se invoque en un proceso.

Aunque acaso la mayor garantía pudo venir de las dificultades a la reforma de la Constitución contenida en el núm. 1 del artículo 168: «Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al título preliminar, al capítulo II, sección primera del título I o al título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara y a la disolución inmediata de las Cortes», en la que por lo menos puede mantenerse la duda en cuanto a si la garantía de una reforma parcial prevé este mecanismo de dificultad a ser reformado a todo el título I o sólo al capítulo segundo, sección primera del título I, o sea, a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. Es en verdad artificiosa esta distinción, aunque mucho nos tememos que haya sido tenido en cuenta por los que han manifestado su esperanza en que sin salir del marco constitucional se puede hacer desaparecer los presupuestos de la economía de mercado en nuestro sistema económico. Hubiese sido un acierto para los que creemos en esta fórmula que claramente se hubiese extendido el ámbito protector

---

(55) R. FERNÁNDEZ CARVAJAL: *La Constitución española*, págs. 35 y 36.

contra la reforma parcial al título I en su conjunto, incluyendo desde luego los derechos y deberes de los ciudadanos.

Pero en realidad esto no ha sido así. En estos últimos tiempos el panorama constitucionalista español ha estado influido por el modelo italiano—esto parece ser común a todas nuestras épocas de crisis—, y en verdad que este país y su política práctica no tiene por qué servir de ejemplo cuando existen otros sistemas más estables que pueden ser tenidos en cuenta para la etapa que nos aguarda; pero la ambigüedad italiana se asoma frecuentemente a nuestra norma fundamental y una de sus manifestaciones, pese a los mecanismos correctores, es el tema del sistema económico.

Este incuestionable hecho ha sido comprendido por muchos. Así, García Cotarelo es explícito en su argumentación: «La Constitución enuncia, de entrada, dos tipos de régimen económico y social que no son fácilmente compatibles, bien que con distinta fuerza; de un lado, la economía de mercado aparece claramente enunciada aunque con posterioridad en el articulado este modelo sufre una serie de limitaciones sustanciales que le desnaturalizan, de otro lado, tanto el preámbulo como el artículo 1.º formulan con menos decisión un modelo económico de transición que, a tenor de las regulaciones posteriores, puede llegar a convertirse en una economía planificada socialista» (56).

Nosotros no creemos que pese a la condenable ambigüedad se haya querido por la mayoría llegar tan lejos. Pese al consenso, palabra con la que algunos han querido enmascarar su fracaso en defensa del sistema occidental que tantos frutos han dado en los países de nuestro entorno, de la Constitución española de 1978 no se deriva una vía al socialismo colectivista, que entre otras cosas no es representativo de ningún «Estado democrático de Derecho», ya que éste, en su verdadera significación y no en una interpretación semántica, necesita unos planteamientos económicos de libertad y de competencia que son negados de forma absoluta por los colectivistas. Con esto no estamos criticando la posibilidad de los pactos sociales, que en buena doctrina puede ser la exposición más real para conseguir una verdadera vía a la democracia, pues si existen acuerdos reales entre los verdaderos grupos sociales inmediatamente se limitará el necesario ejercicio del poder, porque un Estado y una economía necesitan un orden en sus relaciones sociales, de las que es una de las más importantes la paz laboral, ya que si no lo consiguen las partes, le vendrá impuesta por un poder externo,

---

(56) RAMÓN GARCÍA COTARELO: *El régimen económico-social de la Constitución española*, cit., pág. 81.

en el mejor de los casos el del Estado que en mucho es social de Derecho a la vez que democrático. Este es el modelo de la Europa Occidental.

De aquí que tengamos que aferrarnos a la letra de la Constitución y al lugar en que las normas han sido ubicadas, pese a que reconozcamos la falta de precisión de algunas definiciones y el equívoco a que puede dar lugar el párrafo 2.º del artículo 9: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...», donde algunos encuentran la motivación de la superación de la economía social de mercado, ya que este artículo sí se encuentra en el título preliminar expresamente protegido de las revisiones parciales por el núm. 1 del artículo 168 de la Constitución.

Además debemos tener en cuenta, de una parte, la gestación de la inclusión de la idea que representa este párrafo 2.º, y de otra, de dónde vino la inspiración al grupo socialista para dar la batalla que gracias al consenso lo ha convertido en norma constitucional.

Fue el ponente del grupo socialista, profesor Gregorio Peces-Barba, el que consiguió su inclusión en un artículo del título preliminar. Puede ser que los otros ponentes no midieran la trascendencia que se le quería dar. Su inspiración —una vez más— en la Constitución italiana, concretamente el párrafo 2.º del artículo 3.º de aquel texto.

En España debíamos estar alertados por la interpretación que algunos profesores italianos habían dado al papel que este párrafo representa en la Constitución: el de vehículo de la transformación de la sociedad y de su sistema económico. La Constitución italiana rechaza su modelo de sociedad porque ésta crea una serie de obstáculos en el campo económico y social que limitan la igualdad de los ciudadanos. *A priori* lo había advertido: «Esta norma (párrafo 2.º del artículo 3.º) reconoce que la sociedad, tal y como es, se rechaza porque obstaculiza los fines personalistas y de participación social, que deben informar a la sociedad» (57). Los italianos quieren llegar con este remover los obstáculos al rechazo de su modelo de sociedad y conseguir lo que una parte de la doctrina ha llamado una democracia efectiva y emancipadora, por lo que consideran al orden imperante como transitorio. En ello se fundamentó la corriente que preconizó en Italia el llamado «uso alternativo del derecho» y que en mucho se está abandonando, pues de hecho sus raíces pueden encontrarse en el derecho corporativo. La forma rotunda, como algunos le niegan estos orígenes, será por sí sola sos-

---

(57) A. PRIDIERI: *Régimen económico y social en la Constitución italiana*, en *Constitución y economía*, cit., pág. 23.

pechosa. Además, del peligro que representa la actitud beligerante que en la doctrina del uso alternativo del derecho se da a los poderes judiciales y administrativos y el precedente que puede representar su utilización por cualquier grupo frente a la misma sociedad. En nombre de un cambio, que si bien puede ser necesario para una sociedad moderna, que en mucho tiene que estar construyendo permanentemente el futuro, desde un sentido dinámico de sus mismos fines y postulados, pero que no puede caer en un revisionismo agudizado que terminaría con cualquier acción positiva, porque entre otras cosas llegaría a unas soluciones utópicas que estarían en continua contraposición con la misma realidad social.

Una cosa es la sociedad de estructuras abiertas, en la que se corrija la tendencia que ciertos grupos sociales tienen a autoprotegerse, y otra, es hacer imposible la eficacia, la creatividad y los deseos de recta innovación que caracterizan los sistemas económicos de los Estados que mantienen la economía social de mercado.

La raíz puramente política de las posturas transformistas de los defensores del artículo 3.º, párrafo 2.º, de la Constitución italiana, tiene su origen en eso que denominó el profesor Fraga «el romanticismo político y sus deseos de cambios absolutos» (58), que yendo más allá del ideal democrático en la búsqueda del bien social absoluto llevó a algunos al socialismo marxista y al anarquismo. De aquí que sea necesario no caer en ese romanticismo político en la interpretación del párrafo 2.º del artículo 9.º de nuestra Constitución de 1978.

El profesor Gregorio Peces-Barba, que puede considerarse en este punto un afortunado innovador de nuestro derecho constitucional, afirma que este artículo ha superado el individualismo del artículo 3.º de la Constitución italiana, al hacer titulares de los derechos a la libertad y a la igualdad no sólo a los individuos, sino también a los grupos en que se integran (59). Nosotros creemos que pese a las posibilidades en algo peligroso de pasar de una economía de mercado a otra de carácter mixto, que contiene esta norma. En mucho ésta tiene un alcance limitado, ya que también, como hemos visto, nuestra Constitución, pese a sus ambigüedades, ha creado un marco que es el de la propiedad privada y la libre empresa —factores determinantes de la economía social de mercado—, mientras que la ya ammorada teoría del uso alternativo del Derecho en su versión más característica, la reservada a las decisiones judiciales, está fuertemente constreñida

---

(58) M. FRAGA IRIBARNE: *Los nuevos diálogos*, Barcelona, 1977, pág. 27.

(59) GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ: explicaciones en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, enero 1979.

en sus posibilidades por la letra de los artículos 117 y 127 de la Constitución española de 1978.

POSIBILIDAD DEL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO  
EN NUESTRA CONSTITUCION

Así, el párrafo 1.º del artículo 117 «... por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley». Este precepto viene a ser la garantía constitucional de la verdadera independencia judicial. Don Carlos Ruiz del Castillo dejó escrito: «Dar a cada uno su derecho, equivale a reconocer el derecho previamente; de otro modo, no cabía que el litigante lo alegara como suyo ante el Tribunal» (60). Pero como dice Oscar Alzaga, «esta es una cuestión controvertida, hoy, desde ciertas actitudes políticas. Estando esta idea tradicional que nos atreveríamos a calificar de ortodoxa... contestada por juristas de inspiración marxista» (61).

Entre nosotros han surgido ya las voces, aunque con cierto retraso en relación con Italia, que matizan por el «uso alternativo del derecho» la independencia judicial. Su teoría es que al no ser el derecho neutral, no cabe en su aplicación un ejercicio de independencia ideológica, ya que el sometimiento a la ley queda enmarcado por la interpretación politizada de la norma a aplicar (62). Por tanto, es un ataque directo a la independencia del juzgador sometido únicamente al imperio de la ley, como dispone nuestra Constitución, imperio que desaparece ante la actitud beligerante y politizada del juez que frente al derecho puede o debe imponer su ideología.

Pero nuestra Constitución de 1978, tan ambigua en otros supuestos, en este tema afortunadamente supo reaccionar seriamente. En uno de los más largos y controvertidos debates, el Congreso subrayó la independencia judicial. Así, a la hora de aprobar el artículo 127, concretamente su párrafo 1.º, el intento del Partido Socialista de permitir la sindicación de los jueces se encontró con la oposición, de una parte, de UCD, que esgrimió el argumento de que aparentemente y para los que van en solicitud de justicia ante

---

(60) CARLOS RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho político*, Reus, Madrid, 1939, pág. 680.

(61) O. ALZAGA VILLAAMIL: *La Constitución española de 1978*, pág. 715.

(62) PLÁCIDO FERNÁNDEZ VIAGA: *Uso alternativo del Derecho y control democrático de la Justicia*, en «Revista de Derecho Público», núms. 68-69, 1977, pág. 624, y un artículo en colaboración firmado Carranza en el núm. 190 de *Cuadernos para el Diálogo*.

los Tribunales puede sufrir cierto trauma al conocer de antemano que los órganos juzgadores comparten de forma notoria unas ideas políticas determinadas. Para mantener su independencia, que tiene que ser excepcional, se necesita esta situación excepcional (63).

De otra, de Alianza Popular; en nombre de este partido el profesor Fraga Iribarne, en su calidad de diputado dijo: «En las dos elocuentes intervenciones de nuestro compañero el señor Castellanos (que también fueron imprecisas porque no es lo mismo decir citas concretas a la Memoria del fiscal que decir que si estuvieran aquí dichas Memorias a lo mejor dirían esto o lo otro) se habló de dos concepciones de la justicia, y aquí la imprecisión fue total, porque no fueron definidas. Se dijo 'hay la vuestra y la nuestra'. Yo sí voy a precisar, porque, en efecto, las hay desde la antigüedad, porque está en los sofistas griegos, como está también en los autores marxistas sobre este tema, y pienso que el libro de Vinchinski, *Fiscal general de la URSS*, es quizá la más completa interpretación de esta idea de la justicia como una idea de la justicia de clase. Los sofistas griegos concebían la justicia desde el punto de vista aristocrático como algo que los aristócratas imponen al pueblo. En otro tiempo se ha pensado como algo que, en nombre del proletariado, el partido puede imponer a los demás. Esta es una concepción de la justicia que, por supuesto, nosotros rechazamos.» Para añadir más tarde en su documentado informe: «Pues bien, nosotros entendemos que esa justicia, para ser lo que tiene que ser, tiene sin duda alguna, como la mujer del César, que estar por encima de toda sospecha. Por esa razón entendemos que esos jueces, que queremos competentes, responsables y por encima de toda sospecha, no pueden pertenecer a partidos ni a sindicatos; que fieles a su viejo sacrificio a la sociedad (como el militar renuncia también al derecho de huelga y al derecho de petición) tienen, en definitiva, el cauce que ya se ha creado en el proyecto constitucional de las asociaciones profesionales, pero en lo demás deben seguir como están. Una justicia para un pueblo, con autoridad y no poder (boca muda por la que habla la ley) que impone respeto y no temor, independiente y apoyada por todos, ese es el mayor servicio a una sociedad democrática, de la cual es condición básica un verdadero Estado de Derecho» (64).

Estas intervenciones sirvieron para mantener la concepción tradicional que de la justicia tienen la mayoría de los españoles. Sin la politización a la que han llevado ciertas corrientes doctrinales italianas a su poder judi-

---

(63) *Diario de Sesiones* e intervenciones de los diputados señor Gil-Albert, por UCD, y don Pablo Castellanos y el señor Ruiz Mendoza por el grupo socialista.

(64) M. FRAGA IRIBARNE: *Diario de Sesiones*, págs. 4258 y 4259.

cial y que entre nosotros parecía que podía tomar carta de naturaleza (65), dado el mimetismo con que tantas veces los juristas españoles han vuelto la vista a Italia. Pese al empeño de cierta corriente doctrinal profundamente aferrada a una ideología concreta nuestra Constitución de 1978 ha salvado, a nuestro juicio, el problema del uso alternativo del derecho, con lo que sólo quedan los problemas que realmente se derivan de la falta de precisión de nuestra nueva Constitución.

Con todo, y pese a los defectos y dudas apuntadas, es necesario sacar unas esperanzadas conclusiones.

### CONCLUSIONES

Siguiendo la vieja tradición que nace en la Constitución de Méjico de 1917 y que entre nosotros se consagró en la de 1931 y especialmente en las Leyes Fundamentales anteriores, la nueva Constitución española de 1978 incluye en sus disposiciones las del Derecho constitucional económico.

Al definir el sistema económico a seguir, se pone de manifiesto la ambigüedad que caracteriza en lo fundamental al nuevo texto constitucional. Esta característica que para algunos es hija del necesario acuerdo entre partes que realmente tienen concepciones radicalmente opuestas de la economía y de la organización de la sociedad y que para algunos autores es positiva, en realidad es elemento de confusión que debe ser aclarado por la interpretación de las normas constitucionales en el contexto en el que nuestra nación se encuentra ubicada:

La Europa Occidental donde se ha desarrollado el sistema económico de economía social de mercado, que es el reconocido directamente en el artículo 38 y que en algo tiene unos mecanismos de defensa contenidos en el párrafo 1.º del artículo 53, en el párrafo 1.º, a) del artículo 161 y en el singular procedimiento que a la reforma de la Constitución contiene el artículo 168 y que, a nuestro juicio, pudo ser más generoso con todo el título I.

Que existe un peligro real para los que somos partidarios de la economía social de mercado y sobre todo por la interpretación que en el Derecho comparado, concretamente en el italiano, se ha hecho de un cuasi análogo precepto al contenido en el párrafo 2.º del artículo 9.º de nuestra nueva Constitución, que en nuestro caso puede alentar a los que partiendo de nuestro sistema económico quieren llegar a una economía mixta, pero con

---

(65) Justicia Democrática expuso sus ideas en un reciente libro: *Los jueces contra la dictadura (justicia y política en el franquismo)*, Madrid, 1978.

una gran carga socializante. A esto se debe argumentar que de todos los modelos europeos el menos atractivo es el italiano y que pese al paralelismo corregido de ambos párrafos 2.º de los artículos 3.º de la Constitución italiana y 9.º de la española, en la nuestra, de una parte, existe una definición clara al reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que puede ser matizada con una planificación que debe ser indicativa si se quiere realmente conseguir un equilibrio, en el que se puedan desarrollar los mejores cambios y reformas posibles en cada momento, que no destruyan la eficacia y los deseos de creatividad que han definido a la iniciativa privada en épocas normales.

De otra parte, nuestra Constitución de 1978 afortunadamente no ha llegado a la descalificación de nuestro actual modelo de sociedad, como parece ser la interpretación que se deduce de algunos autores italianos en cuanto al párrafo 2.º del ya reiteradamente citado artículo 3.º de su texto fundamental. Entre nosotros queda suficientemente reconocida la libertad de empresa y el derecho a la propiedad privada.

Además los límites contenidos con los artículos 117 y 127 de nuestra Constitución han servido para subrayar la independencia del poder judicial. Libre en sus soluciones a los casos controvertidos que tengan que fallar, pero sometidos a las leyes, sin que puedan ni deban dar respuestas más politizadas que políticas, en vez de aplicar ortodoxamente el derecho.

Considerando a éste como arte de lo bueno y de lo justo, que convierte a la justicia en esa voluntad permanente de dar a cada uno lo suyo. Reconociendo la existencia de un derecho que no es ni mucho menos el establecido por grupos dominantes, sino el creado independientemente por una serie de órganos que en una democracia representan al pueblo y que está establecido antes de que las partes se sometan a los Tribunales. Que no puedan suplantar a este derecho preexistente por interpretaciones ideológicas que harían desaparecer el principio de seguridad jurídica.

Estas conclusiones, que en mucho no son ni aparentemente coincidentes con a los que han llegado cierto sector de la doctrina, no contienen el más mínimo deseo de oposición al constitucionalismo económico, que en mucho ha sido el motor de la conquistas sociales. En primer lugar, porque éstas afortunadamente ya están subsumidas en el mismo ideal de vida de Occidente y aceptadas como parte integrante de esa voluntad de servir perfeccionando el estilo de vida que caracteriza nuestro mundo, al que Adriano Moreira le construyó la doctrina del Euromundo (66), ente que en mucho se

---

(66) ADRIANO MOREIRA: *O novissimo prinsipe. Analise da Revolução intervenção*, Braga, Lisboa, 1977, págs. 49-50.

compone de unas instituciones tradicionales que forman su entramado, pero que a la vez se encuentra en el pleno proceso de adaptación que caracteriza el reformismo donde se encuentran los mayores y mejores deseos de evolución constructiva. Esto es lo que nos lleva a demandar un sistema económico asentado sobre el derecho a una más justa distribución de las riquezas, de lo que inexorablemente tiene que desprenderse un estilo de vida más acorde con la pregonada idea de justicia social.

En segundo lugar, tenemos presente el que una de las virtudes de Occidente ha sido la de rechazar las utopías, que si bien se han ido creando en su seno, para tener implantación real han tenido que escoger unas circunstancias dramáticas y para extenderse han necesitado la conjunción de los pactos y dejaciones de un extraño enfermo y la fuerza de las armas que son las que han impuesto la colectivización en parte de Europa. Este mismo realismo es el que nos ha enseñado que toda la idea de justicia social se mueve en el seno de unas desigualdades de las sociedades que admiten a la libertad como uno de sus principales componentes. Estas son las que vienen impuestas por el diferente grado de capacidad de los individuos, pero a este juego de las fuerzas sociales hay que anteponerle el ideal de satisfacer las necesidades primarias tanto individuales como colectivas.

Estos pensamientos tienen una gran tradición entre nosotros, aunque como es obvio se han expresado de forma diferente según las ocasiones. En la época inmediatamente anterior a la que estamos viviendo tuvieron su implantación constitucional, así como en la II República. Los textos fundamentales coinciden en que la posesión de bienes materiales no puede servir de instrumento de poder, ni se puede justificar su derroche innecesario (67). El lenguaje utilizado en las Leyes Fundamentales es suficientemente expresivo: subordinación de la propiedad a las necesidades de la nación y al bien común. El de la nueva Constitución lo es igualmente: subordinación de la propiedad a la utilidad pública y al interés social. Estas correcciones y otras diversas que hemos apuntado no pueden revestir la importancia que algunos autores han querido darles. Un ejemplo puede ser el de expresiones que se contienen en la Constitución de 1978 y que son comunes en las publicaciones políticas y económicas de Europa y América; así, la de «sociedad industrial avanzada» que comúnmente coincide con «sociedad democrática avanzada» que es como se definen países tan diversos, pero tan cercanos en el sistema económico-social que propugnan como Estados Unidos, Alemania

---

(67) Véase con referencia a España y a los textos que más influyeron en otras épocas, encíclica *Mater et Magistra*, párrafos 74 y 127; *Pacem in terris*, 63 y 64, y de las Leyes Fundamentales hoy devengadas los artículos 9.º y 30 del Fuero de los Españoles.

Federal y Japón, al que algunos autores le han querido dar una significación que realmente no tiene (68).

Es artificial para nosotros la distinción entre Estado social de Derecho y Estado democrático de Derecho, sobre todo si al primero se le caracteriza como el que no pone en cuestión el modelo de libre empresa y al segundo por ser una vía segura al socialismo. El estado de nuestra Constitución de 1978 es el de la definición del artículo 38: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.» Las ambigüedades son muchas, pero en ellas no se encuentra el principio de la autodestrucción de nuestro sistema económico-social.

JOSÉ SERRANO CARVAJAL

Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo  
Facultad de Derecho  
Universidad de Madrid

---

(68) En contra de mi interpretación RAÚL MORODO en el *Boletín de Derecho Político*, núm. 1, de la Universidad a Distancia, y GARCÍA COTARELO: *El régimen económico y social de la Constitución española*, pág. 76.