

## § 4

### *INCURSUS. PERSPECTIVA DE UNA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DEL MERCADO: SIETE TESIS DE TRABAJO\**

#### INTRODUCCIÓN

1989 ha anunciado la “hora mundial” del Estado constitucional: el fracaso casi global del marxismo-leninismo ha hecho que en todo el mundo se tome conciencia, de modo positivo, de la importancia de muchos de los elementos estructurales del Estado constitucional; sobre todo, de los derechos del hombre y de la democracia, del Estado de derecho y de la economía (social) de mercado, ahora legitimados también como grandes objetivos de reforma en la Europa del Este. El éxito de la teoría de la “economía de mercado” ejerce una gran fascinación que cada ciencia debe aún analizar y explicar, sobre todo hoy, cuando en la Europa del Este se evidencia la dificultad del cambio de un sistema económico dirigista a la economía social de mercado, dificultad que involucra tanto los aspectos humano, institucional y jurídico. Se está desarrollando un esfuerzo de investigación en relación al problema central del paso a la economía de mercado, entendida como forma económica de la sociedad pluralista. La doctrina constitucionalista debe

---

\* Publicado en *Pensamiento Constitucional*, Lima, N.º 4, 1997. Traducción del italiano de Elvira Méndez Chang.

ahora ponerse frente a una evidente cuestión de fondo: ¿cuáles son las perspectivas de una teoría constitucional del mercado que lo defina como parte de la sociedad pluralista y lo clasifique al interior del conjunto de valores fundamentales del Estado constitucional? En Alemania, la discusión en curso sobre el tema del “Derecho constitucional de la economía” está todavía muy atrasada y se refiere sólo a un aspecto parcial y secundario de ésta<sup>1</sup>. La misma ciencia jurídica europea debe plantearse con urgencia —de nuevo— las interrogantes inherentes al “mercado”<sup>2</sup>: el constituirse en un enorme, singular mercado mundial, que supera las fronteras del Estado, provee un motivo ulterior para interrogarse sobre el tema del mercado, que se mantiene como una “criatura desconocida”, no obstante la popularidad alcanzada en muchas disciplinas del sector. La doctrina constitucionalista es más estimulada por tales reflexiones cuanto más en el Este se desarrollen nuevas formas de economicismo o materialismo. De otro lado, le ecología y la economía deben ser recíprocamente vinculadas y, en los procesos de creación de nuevas constituciones (por ejemplo, en Europa del Este y en Alemania Oriental), es necesario establecer qué cosa y cómo, en materia de mercado y de economía de mercado, va a ser introducida en los textos constitucionales<sup>3</sup>.

## LA ELABORACIÓN DEL TEMA

### 1.1 El mercado en la perspectiva científico-cultural. La “doctrina de las dos manos” poder/derecho. La concepción “integrante” de la Constitución

El concepto de “mercado” es comprendido sobre todo gracias al auxilio de expresiones lexicales de uso cotidiano: “Con el término mercado se

- 
1. SCHEUNER, U. (editor). *Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft*, 1971; H. RUPP, *Grundgesetz und “Wirtschaftsverfassung”*, 1874; SCHMIDT, R., *Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft*, *HdBSr* vol. II (1988), pp. 1141 (1147 y ss.); J. ISENSEE, *Im Spannungsfeld: Marktwirtschaft Moral – Recht – Verfassungsstaat*; en H. J. MÜLLER/J. ISENSEE (editores), *Wirtschaftsethik – Wirtschaftsstrafrecht*, 1991, pp. 87 y ss.
  2. JÖRGES, C., *Markt ohne Staat? – Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die regulative Politik*, en E. WILDENMANN (editor), *Staatswendung Europas?*, 1991, pp. 225 y ss.
  3. Aquí es posible hacer sólo una referencia a las obras precedentes; véase: HÄBERLE, P., “Die Entwicklungsstaat des heutigen Verfassungsstaates”, en *Rechtstheorie* 22 (1991), pp. 431 (443 y ss.); “Verfassungsentwicklungen in Osteuropa – Aus der Sicht der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre”, en *AöR* 117 (1992), pp. 168 (178 y ss.); “Grundrechte in pluralistischen Gesellschaften”, en *Die Verwaltung*, 6 (1993).

indica el nivel de intercambio de prestaciones entre demanda y oferta”<sup>4</sup>; el mercado es “el lugar económico del intercambio, donde el precio se constituye sobre la base del encuentro entre oferta y demanda”<sup>5</sup>; o el mercado es “el proceso mediante el cual la economía basada sobre la propiedad privada de los medios de producción, que distribuye puestos de trabajo (economía de mercado), obtiene aquella producción que mejor logra la satisfacción de las necesidades más urgentes de los consumidores”<sup>6</sup>. Cada una de las ciencias especializadas — que son llamadas a operar según un criterio de interdisciplinariedad — han discutido en profundidad sobre las características constitutivas del mercado: si se piensa en la expresión de F.A. von HAYEK, que define el mercado como “procedimiento de descubrimiento”, o “conquista del conocimiento gracias al *trial and error*”<sup>7</sup>, o bien a la discutible tesis del mercado como espacio de “diálogo sobre valores”<sup>8</sup>. A esta idealización del mercado<sup>9</sup> se contraponen la discutible satanización por parte del marxismo (el mercado como estado de naturaleza para una humanidad feroz, donde se impone unilateralmente el derecho del más fuerte). Se ignora el hecho que el mercado en el Estado constitucional no es un espacio libre de la ética, ni del Derecho de Estado. La “mano invisible” del mercado (A. SMITH)<sup>10</sup> y la “mano invisible del derecho” (E.-J. MESTMAECKER)<sup>11</sup> vienen concebidas *contemporáneamente*. La red de millones de contratos regulados por el Derecho, que presuponen la confianza y al mismo tiempo la crean, es similar a aquel contrato social, que del estado originario (*status*

4. Voz *Markt*, en *Münchener Rechtslexikon*, II, 1987, pp. 891.

5. Voz *Markt*, en *Gabler wirtschaftslexikon*, II, pp. 283.

6. Voz *Marckt*, en *HdSW VII*, 1961, pp. 131.

7. VON HAYEK, F.A., *The Constitution of Liberty*, 1960 (trad. It. Florencia 1969); Id., *The Road to Serfdom*, 1948 (trad. It. Milán 1948). Para una óptima introducción a la obra de VON HAYEK, véase el número especial (*Heft 5a*, 1991). De los *Schweizer Monatshefte in memoriam Von Hayek, F.A. 1889 bis 1992*, también en mérito a su relación con POPPER (p. 106 y ss.); además, M. “Streit, Wissen, Wettbewerb und Wirtschaftsordnung”, en *Ordo* 43, 1992, pp. 1 y ss.; R. KLEY, *F.A. Hayeks wissenschaftliche Verteidigung des Liberalismus*, *Zfp* 1993, pp. 30 y ss.

8. FIKENTSCHER, W., *Wirtschaftsrecht*, I (1983), 10.

9. Ya es conocida la doctrina liberal de los *Drei Marktplätzen* (los ámbitos económico, político y cultural de la competencia).

10. Para el *locus classicus*, véase: SMITH, A., *An inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), edición alemana dirigida por RECKTENWALD, H.C., 1986, pp. 371 (trad. it. Turín 1950): “Él viene guiado, así como en muchos otros casos, por una mano invisible para la consecución de un fin, cuya realización no se había previsto”.

11. Cfr. MESTMAECKER, E.-J., *Recht und ökonomisches Gesetz*, 1984; Id., *Wirtschaftsrecht, Rabel'sZ* 54 (1990), pp. 409 y ss.; Id., *Die sichtbare Hand des Rechts. Über das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem*, 1978.

*naturalis*) conduce al *status civilis vel culturalis*, y es característico del Estado constitucional en su conjunto, como siempre nuevo “acomodarse y tolerarse recíproco” de todos los ciudadanos. El mercado es una parte de la esfera abrazada por el contrato social: *life, liberty, estate, property*, trabajo de todas las partes contractuales en posición de igualdad. El comportamiento contractual de hecho tenido sobre el mercado, debería buscar un contacto con las teorías contractuales recientes y clásicas (y con las doctrinas sobre la justicia, hasta aquella de RAWLS). El mercado, en el Estado constitucional, es — como toda la vida social — estructurado, funcionalizado y disciplinado normativamente, y, esto es, constituido. Ello se ha transformado realmente e idealmente de un estado de *naturaleza* a un estado de *cultura*: por ejemplo, mediante los postulados materiales y procesales de la justicia y del bien común, de la constitución y del ordenamiento jurídico en su conjunto. Sus libertades son, desde el inicio, libertades culturales, no naturales, como demuestra también el desarrollo histórico. Y es precisamente una teoría constitucional del mercado la que debe triunfar en la tentativa de contraponer, en principio, el “retorno a la naturaleza” de ROUSSEAU al “retorno a la cultura” de GEHLEN. El Estado constitucional coloca al mercado a su servicio, como un sustrato material irrenunciable de sus fines ideales, orientados a favor de la dignidad del hombre y de la democracia. Ni la satanización, ni la idealización del mercado reflejan todo esto a cabalidad. Por el contrario, la perspectiva *mediana* es la correcta. Gracias a ésta es posible percibir la diferencia entre los varios mercados sectoriales, como aquello del “arte”, de los medios de comunicación, de las opiniones, de los capitales y del trabajo<sup>12</sup>, mientras hoy la europeización y la globalización de los mercados crean nuevos retos para la teoría del Estado constitucional cooperativo. Otro tanto, puede decirse para las grandes responsabilidades comunes, como aquellas que gravan sobre los mercados nacionales e internacionales, en razón a la protección del ambiente<sup>13</sup>. El “principio de responsabilidad” (JONAS) hace uso tanto del punto de vista del Estado

- 
12. La forma del mercado o de la economía, mutable en el curso de la historia, debe corresponder a una parte de la historia de la cultura. La historia del pensamiento en la materia se inicia nada menos que con Aristóteles, *cf.* FLASCHAR, H. — ISSING, O. — TODD LOWRY, S. — SCHEFOLD, B., *Aristoteles und seine “Politik”, vademecum zu eine Klassiker des antiken Wirtschaftsdenkens*, 1992; E. SALIN, *Politische Ökonomie, Geschichte der wirtschaftspolitischen Ideen von Platon bis zur Gegenwart*, 1967; SCHEFOLD, B. (editor), *Die Darstellung der Wirtschaft und der Wirtschaftswissenschaften in der Belletristik*, 1992. En perspectiva científico-espiritual, también E. HEUSS, *Evolutorik und Marktwirtschaft*, Jöhr — Vörlesung St. Gallen, 1992, pp. 11 y ss.
13. Para la inmensa literatura sobre la materia, HAMPICKE, U., *Ökologische Ökonomi. Individuum un Nu... in der Neoklassik*, 1992; M. HAUFF — U. SCHMID (editor), *Ökonomie und Ökologie-Ansätze zu einee ökologisch verpflichteten Marktwirtschaft*, 1992.

constitucional como de aquello del *fórum* de la humanidad en “perspectiva cosmopolita”.

El mercado está elaborado como parte de la sociedad abierta por la constitución de esta última. En cuanto tal, ello no está dado *a priori* “naturalmente” pero, por el contrario, ha sido constituido; no es alguna cosa autónoma y separada, pero es un ámbito social en el cual se concreta el ejercicio de diversos derechos fundamentales mediante el aporte de muchos: en la concurrencia y en el ser socios, en el intercambio y en los vínculos, en el ser unidos o uno contra el otro. Tales *procesos comunicativos* no son “salvajes” ni son un espacio libre para egoísmos represivos que se encuentran como en una guerra civil, pero son literalmente “creados por la cultura”, una parte de la cultura. Con aquello no se pretende negar la existencia de fuertes contrastes de interés y de discusiones entre sujetos del mercado o entre sus grupos (disciplinados por apropiadas estructuras de distribución de los poderes). Más bien, se quiere subrayar que el monopolio del poder ejercitado por el Estado constitucional, la prohibición —diversamente articulada (pero a menudo de modo equivocado)— del abuso del poder económico (por ejemplo, en las cláusulas generales del Código Civil alemán), el fuerte reclamo a los deberes sociales y al sentido de la comunidad, y, en el conjunto, la delicada construcción de la cultura jurídica de un pueblo, lentamente madurada, forjan la vida económica y del mercado y la transforman en un elemento constitutivo *interno* del ordenamiento constitucional existente. La intensidad de la constitución de los modelos de mercado es diversa, en el tiempo y en el espacio; de nación en nación y en el curso de la historia, y allí están las diferencias, además al interior de un mismo Estado, así como lo muestra, por ejemplo, la oscilación de Francia (debido al uso de la técnica del *trial and error*) entre economía planificada y socialización, o entre economía de mercado y privatización, bajo los presidentes De Gaulle y Mitterand<sup>14</sup>. Todo esto se cumple sobre el plano y en el ámbito de una constitución que hace uso de las fuerzas de mercado y de sus realizaciones, y, en cada caso, a la luz de la concepción de la constitución aquí recogida. En tal sentido, la constitución es el “ordenamiento jurídico fundamental” del Estado y de la sociedad: ella no sirve solamente para limitar y racionalizar los “procesos” de poder, sino los constituye. Ella materializa el consenso nacional de base, es “norma y tarea” (SCHEUNER), “estímulo y límite” (SMEND); y, en conclusión, un proceso público. La con-

---

14. Existen la variante italiana de la economía (social) de mercado, con su (aún) “vistosa” atención en la economía de Estado; aquella francesa, donde la “política industrial” es la que tiene un rol relevante; o el “thatcherismo” inglés.

cepción “mixta” de la constitución recoge muchos aspectos del debate desarrollado hasta hoy y solicita una integración pragmática de los diversos elementos teóricos. La aproximación es, sobre todo, científica y cultural. La Constitución no es solamente un texto jurídico o una “instalación” de disposiciones normativas; es también — como hemos dicho — expresión de una etapa de desarrollo cultural, medio de la autorrepresentación cultural de un pueblo, espejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas<sup>15</sup>. El mercado, en su conjunto y en los aspectos individuales, está incluido en todos estos nexos: en las propias estructuras y funciones, pero también en su relación con los derechos fundamentales. Relación ésta que considera tanto su significado para la realización de los derechos fundamentales como su ser constituido a través de los derechos fundamentales de los individuos y de los grupos. Las “libertades económicas” son, en el fondo, en primera y última instancia, libertades *culturales*: libertad en el sistema cultura, al cual pertenece también la economía, no obstante que ésta se diferencia de los ámbitos clásicos de la cultura, tales como la religión y la educación, el arte o la ciencia<sup>16</sup>.

## 1.2 El mercado en el cuadro de los textos clásicos de la filosofía del Estado y del Derecho. La imagen del hombre. El contrato social. Las finalidades educativas y la doctrina de la división de los poderes en el ámbito económico

Una teoría constitucional del mercado debe afrontar con inmediatez los paradigmas de la filosofía clásica del Estado y del Derecho. No obstante, no parece que ello haya sucedido hasta hoy. No es posible, en esta sede, “recuperarlo” o iniciarlo. Serían necesarias — “sobre las espaldas de los gigantes” — discusiones en la cumbre entre los mismo autores clásicos, con un ojo a la constitución<sup>17</sup>. En efecto, el mercado está estrechamente conecta-

15. Cfr. HÄBERLE, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982, pp. 19.

16. Cfr. RAISER, L., *Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem*, *Festschrift J. Von Gierke*, 1950, pp. 181 (188), según el cual, la economía y el Derecho serían “ámbitos parciales de una misma cultura, creación del espíritu, partes de un mundo de valores, testimonios de todo la forma de ser de un pueblo”. Véase también: RÖPKE, W. (1944), citado en *Grundtexte zur sozialen Marktwirtschaft*, W. STÜRTZEL y otros (editores), 1981, pp. 229: “Ésta (la economía de mercado vital y pacífica) es más que nada un producto artificial, un artefacto de la civilización, [...]”; “[...] que también el curso de la economía de mercado, así encuadrada y regulada, necesita de ciertas intervenciones del Estado, bien dosadas y sopesadas”.

17. El volumen *Grundtexte zur sozialen Marktwirtschaft*, cit., para la doctrina constitucionalista es una fuente inagotable de textos clásicos de la ciencia económica.

do a las cuestiones fundamentales de la convivencia social (por ejemplo, a la “imagen del hombre” y a la “sociedad”), y está subordinado al postulado de la justicia y del bien común, así como a otros sectores propios de una democracia pluralista. La pregunta relativa a las estructuras y a las funciones del mercado es también una pregunta sobre la “correcta” comprensión de la constitución. La formulación de una teoría constitucional, que comprenda el mercado en general y en particular, adquiere importancia en la medida en que la doctrina del Derecho venga actualmente integrada en la doctrina del Estado constitucional. Aquí es oportuno señalar que el mercado, entendido como parte de la sociedad pluralista, está *constituido* como ésta. Esto, entonces, contempla al individuo no tanto en el estado de naturaleza (*status naturalis*) cuando en el estado de cultura (*status civilis*)— El mercado no puede ser o convertirse en un *bellum omnium contra omnes*, no es el espacio para la naturaleza (que en parte, es seguramente verdadera) violenta del hombre y también el Estado constitucional no es aquél de HOBBS, sino aquél construido por LOCKE y se finge, en el sentido que nos lleva a KANT, un contrato social. Es el “cuadro moderadamente optimista del hombre”, y no aquél pesimista, basado sobre la experiencia de la guerra civil planteada por HOBBS y que forja el Estado constitucional, así como la idea relativa del “sujeto del mercado”<sup>18</sup>. ADAM SMITH ha descrito realísimamente, con una fórmula clásica, la propia visión del hombre<sup>19</sup>: “Por el contrario, el hombre tiene siempre necesidad de ayuda que, sin embargo, no puede esperar obtenerla sólo mediante la benevolencia de sus consocios. Probablemente, logrará su objetivo mucho antes, si usa el amor propio de ellos a su favor, mostrando que es en el interés de ellos hacer aquello que él desea de ellos (...). Nosotros no nos dirigimos a los hombres sino a su amor propio y no nos referimos a sus propias necesidades sino hablamos de su ventaja”. Tal aspecto de la imagen del hombre viene traducida por el Estado constitucional también en relación al mercado. Ello se expresa repetidamente en los principios que caracterizan la vida económica, por ejemplo, mediante la garantía de la propiedad privada (allí comprendida la libertad testamentaria) en el cua-

18. HÄBERLE, P., *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 1988.

19. SMITH, A., *An inquiry*, cit. pp. 17.

20. Sobre el punto, *cfr.* Trib. Const. Fed., 31, pp. 229 (240); *cfr.* asimismo, mi exposición realizada en Basilea, “Vielfalt der Property Rights und der werfassungsrechtliche Eigentumsbegriff” (1984) ahora en: *Rechtsvergleichung im Kraftfeld*, cit., pp. 484 y ss. *Cfr.* también EUCKEN, W. (1952): “La afirmación, a menudo citada, que establece que la propiedad privada sea de utilidad no sólo para el propietario sino también para quien no es propietario, vale únicamente en el ámbito del ordenamiento de la competencia” (citado en *Grundtexte*, cit., pp. 153).

dro de la "utilidad privada"<sup>20</sup>. Tal visión del ciudadano "que actúa en su propio interés" no es, sin embargo, idéntica a la figura ficticia, a menudo citada, del *homo oeconomicus*<sup>21</sup>. La imagen de aquél que "maximiza racionalmente lo útil" toma solamente un aspecto parcial, ya que el individuo no es egoísta *solamente* en relación a la explotación *económica* y al deseo de ganancia, y no está motivado únicamente por aquello que es *racional*<sup>22</sup>. Aquellos que han "nacido iguales y libres en derechos y en dignidad" dotados de "conciencia y razón", sobre los cuales incumbe la obligación del "espíritu de fraternidad" (*cf.* Art. 1.º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Organización de las Naciones Unidas de 1948) son por su "naturaleza" — y por su cultura — muy complejos (*también* bajo la perspectiva de las emociones, *también* del altruismo, *también* del idealismo) para poder ser descritos con fórmulas simples. Lo que el Estado constitucional sabe ofrecer sobre el plano cultural consiste exactamente en tomar en cuenta la multiplicidad de elementos propios de la imagen del hombre, en protegerla, en apuntar sobre ella y en el "construirla y perfeccionarla". En el ámbito de las *finalidades educativas* del Estado constitucional, se vuelven visibles los aspectos parciales de la visión del hombre que le es "propia". Así, según el Art. 26.º, N.º 2, de la citada Declaración Universal de los Derechos del Hombre, deben ser objeto de la educación tanto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el "reforzamiento del respeto de los Derechos del hombre" como la "comprensión y la tolerancia". Análogamente, el Art. 26.º, N.º 1, de la Constitución de Brema solicita una "educación dirigida hacia una toma de conciencia de la comunidad, que se funde en el respeto de la

---

21. HEINRICHSMEYER, W. — GANS, O. — EVERS, J., *Einführung in die Volkswirtschaftslehre*, 6a edic., pp. 38, pp. 166; MEINHOLD, W., *Grundzüge der allgemeinen Volkswirtschaftslehre*, 1992, pp. 12 y ss. (Clásicamente R. RÖPKE: *Ethik un Wirtschaftsleben* (1955), citado en *Grundtexte*, cit. P. 439 y ss. (spec. pp. 441: "Existe un economicismo que transforma el medio en el fin y piensa sólo al pan [...]"; pp. 447: "Tal *homo oeconomicus*, configurado como tipo "medio", existe, sin embargo, al igual que los héroes y los ángeles"; pp. 448: "la vida económica no se desarrolla en un vacío moral. En todo caso, corre el peligro constante de perder el equilibrio ético [...]").

22. Desde el punto de vista filosófico, el modelo del *homo oeconomicus* es criticable porque no considera las relaciones sociales dentro de las cuales cada individuo está colocado desde el inicio; bajo la perspectiva ética, niega el vínculo entre el individuo y los valores metaideales; desde el punto de vista empírico, no toma en cuenta que el hombre no es sólo racional y que sus preferencias no son siempre las mismas. Finalmente, se recuerda, junto con RÖPKE, W. (1955), que aquél que tiende sólo a la maximización de las ganancias destruye el mercado, dado que el mercado y la competencia "se nutren únicamente de recursos morales, sin crearlos autónomamente" (citado en *Grundtexte zur sozialen Marktwirtschaft*, cit., pp. 439 [488]).

dignidad de cada hombre y en la voluntad de justicia social y de responsabilidad política”<sup>23</sup>. Además, sería útil lograr hacer fecunda una parte de aquella sabiduría antropológica que, en 1748, ha consentido a MONTESQUIEU “descubrir” su propia teoría de la división de poderes: el hombre se inclina por naturaleza a abusar del poder. Aquello no es válido únicamente para los individuos colocados en las oficinas estatales o que tienen una responsabilidad pública, sino también para el ciudadano que toma parte de las vicisitudes del mercado. Por este motivo, el Estado constitucional es constantemente estimulado a extender el principio de la división de poderes (inicialmente entendido en sentido restringido, es decir, limitado a la organización interna del Estado) al ámbito social (¡y, entonces, también económico!), a fin de evitar procesos de distorsión del poder (la política estatal, en tema de competencia sirve precisamente para esto). La división de poderes, en sentido lato, resulta la idea de base gracias a la cual muchos principios del Estado constitucional han sido aplicados al mercado: de la determinación de la “función social” de la propiedad privada (Art. 42.º, numeral 2, de la Constitución italiana) a la atribución al Estado de la tarea de una “distribución equitativa del bienestar” (Art. 20.º de la Constitución de los Países Bajos), y la prohibición de la “explotación del poder económico” (Art. 81.º, literal e) de la Constitución portuguesa) y de todos los “negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres” (Art. 151.º, numeral 2, par. 2, de la Constitución de Baviera).

### 1.3 El mercado a la luz de los textos constitucionales del Estado constitucional: la fuerza expresiva del desarrollo gradual de los textos

En los textos constitucionales de las democracias pluralistas, vienen recogidas adquisiciones parciales acerca del valor de atribuir a la posición del mercado y de la economía (y a conceptos correlativos como la libertad de competencia y el deber social). Éstas expresan, bajo la perspectiva temporal y espacial y, es decir, desde el punto de vista jurídico comparado e histórico, algo fecundante y sintético: aquello en que los constituyentes

---

23. La doctrina de RÖPKE, W. sobre la “asimetría de la economía de mercado” asume en tal contexto valor determinante: también el mercado está orientado por condiciones externas. “El mercado, la competencia y el juego de oferta y demanda no crean un patrimonio de principios morales pero lo presuponen y lo usan”. RÖPKE comprende, dentro de las normas éticas de la economía de mercado, “la autodisciplina, el sentido común y de justicia, la honestidad, *fairness*, el respeto de la dignidad humana, las normas consuetudinarias, todo esto representa aquello que los individuos deben llevar consigo antes de acceder al mercado” (citado en *Grundtexte*, cit. pp. 448).

nacionales piensan en materia de economía, el modo en el cual ello la disciplina respecto a los otros valores constitucionales como la dignidad del hombre y la libertad individual, los límites de los abusos, el Estado de derecho y la justicia, el bien común y el bienestar, la democracia y la formación de la voluntad política. El análisis del desarrollo de los niveles de texto, experimentada también en relación a otros temas constitucionales<sup>24</sup>, consiente además elaborar en vía mediata las afirmaciones relativas a las *realidades* constitucionales anteriores y más recientes. Ella evita la acusación de ser una simple semántica o programática de los textos, aunque la idea de constitución como proceso público implica siempre algunas carencias de control. A continuación, viene propuesta una selección de la gran cantidad de material pertinente (del cual es posible elaborar una doctrina constitucional en materia económica).

Un texto pionero —el mejor por la forma y contenidos— para los fines de la reforma de la Europa del Este, se encuentra en el preámbulo de la Constitución húngara de 1949/89: “A fin de estimular el pacífico pasaje a un Estado de derecho que realice el sistema pluripartidario, la democracia parlamentaria y la economía social de mercado [...]”. El proyecto de Constitución de la Federación Rusa del 13 de noviembre de 1992, intenta en el Art. 9.º, numeral 1, una definición normativa: “La economía social de mercado, allí donde se encuentra la libertad de actividad económica, empresarial y de trabajo, diversidad e igualdad de las formas de propiedad, su tutela legal, una competencia honesta y un bienestar público constituirán la base de la economía de la Federación Rusa”. Otros proyectos no usan el concepto de “economía social de mercado”, pero colocan un principio de pluralismo referido también al campo de la economía<sup>25</sup>. Todos los proyectos consideran también temas conexos, como las libertades económicas o los derechos sociales de los trabajadores, e incluyen “por primera vez” la previsión de la protección del ambiente y la perspectiva de la tutela de las generaciones futuras<sup>26</sup>. El Art.

24. HÄBERLE, P., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld*, cit., pp. 3 y ss.; en particular, para las cuestiones referentes a la economía, *cfr.* pp. 14 y ss.

25. *Cfr.* art. 6, numeral 1, del proyecto de Ucrania del 10 de junio de 1992, que dice lo siguiente: “La vida social en Ucrania está basada en el principio del pluralismo político, económico e ideológico”.

26. Parciales indicaciones en mi *Tübinger Gedächtnisvorlesung: Verfassungsentwicklung in Osteuropa*, AöR 117 (1992), pp. 169 (179). En particular, véanse los artículos 79-83 del proyecto de Ucrania (1992): “Seguridad ecológica”; Constitución de Turkmenistán (mayo de 1992), art. 9, numeral 1, donde se reconocen “igual... e iguales condiciones de desarrollo para todas las formas de propiedad”, así como el art. 10, donde se menciona el “mantenimiento de los recursos naturales”; art. 57, numeral 1, del proyecto de Rusia (1992): “Está reconocida y garantizada la propiedad en todas sus formas, privada, estatal o de otro género. El ejercicio del derecho de propiedad no debe dañar el interés público”.

9.º, numeral 3, del proyecto de Constitución de Rusia (1992) contiene una disposición nueva en el tema de “colaboración social”: “Las relaciones económicas deberán estar construidas sobre la base de la cooperación social entre el individuo y el Estado, el trabajador y el empleador, el productor y el consumidor”. Por consiguiente, para los constituyentes de Europa del Este, no es suficiente el listado de elementos de una economía de mercado (como la propiedad privada y la libertad contractual) o de las relativas limitaciones (como el derecho de huelga y la seguridad social) y ellos tienden a afirmar principios con potencialidades generales, como la “economía social de mercado” o el “pluralismo económico”. Ello confirma la “importancia” política del presente tema como actual y ambicioso fin para la reforma. Al mismo tiempo, se manifiesta todo ello en una nueva fase del “desarrollo de los niveles de texto” en el moderno Estado constitucional. Ella se delinea sea en las constituciones más recientes (no siendo últimas aquellas de los países en vías de desarrollo). Así, el Art. 80.º, literal a, de la Constitución portuguesa sanciona la “subordinación del poder económico al poder democrático del Estado”. El Art. 38.º de la Constitución española dispone que: “Está reconocida la libertad de empresa en el ámbito de la economía de mercado”. El Art. 19.º de la Constitución de los Países Bajos establece que: “La creación de puestos de trabajo en número suficiente es tarea del Estado [...]”. Y la Constitución peruana\*, en el texto del preámbulo, se arriesga a afirmar que es justa la sociedad “donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía” y, al mismo tiempo, el Art. 115.º señala: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social”. El Art. 101.º de la Constitución de Guatemala contiene una norma particular: “El trabajo es un derecho individual y un deber social. La vida laboral del país debe ser organizada en pleno respeto de los principios de la justicia social”.

Para hacer una confrontación, recordemos algunos textos precedentes y el relativo desarrollo textual. Así, vienen mencionados el Art. 151.º, numeral 1 de la Constitución de Weimar (“La disciplina de la vida económica debe corresponder a los principios de la justicia con el fin de garantizar una existencia digna para todos. Es necesario garantizar la libertad del individuo dentro de tales límites”). El reconocimiento de la finalidad educativa de la “capacidad profesional”, del cual el Art. 148.º, numeral 1, de la Constitución de Weimar; el Art. 151.º, numeral 1, de la Constitución de Baviera

---

\* Se refiere a la Constitución Política del Perú de 1979, derogada por el texto constitucional de 1993. (Nota del traductor).

de 1946 ("El conjunto de la actividad económica está puesto al servicio del bien común; en particular, la garantía de una existencia digna para todos y la elevación de las condiciones de vida de todas las categorías sociales"); el Art. 55.º, numeral 1, de la Constitución de Renania Palatinado de 1947 ("Las condiciones de trabajo deben ser tales de poder garantizar la salud, la dignidad, la vida familiar y las expectativas culturales de los trabajadores"). Finalmente, viene mencionado el Art. 43.º de la Constitución de Brandeburgo, que vincula la vida económica a un "orden económico de mercado socialmente justo, subordinado a la obligación de la tutela del ambiente natural"<sup>27</sup>.

Ya esta pequeña selección de textos constitucionales demuestra cómo los constituyentes, en las democracias pluralistas, se concentran constantemente sobre temas del "mercado" y de la "economía de mercado" y cuán intensamente ellos los elevan al rango de parte fundamental de sus obras. Esencialmente, vienen considerados todos los problemas que una doctrina constitucional del mercado debería resolver. Por cuanto enunciativa pueda ser la lista de principio aquí reportada, sólo sin son "leídos conjuntamente", ellos pueden abrir el amplio panorama de las palabras-claves en las cuales la reflexión sobre la economía como problema constitucional se traduce. Los textos constitucionales representan, de un lado, las cristalizaciones culturales, las condensaciones de la discusión política y científica desarrollada hasta ahora, así como el eco de los textos clásicos de la economía y de la ética social; de otro lado, ellos pueden servir como punto de partida para el debate teórico futuro sobre la doctrina constitucional del mercado, proveyendo para tal vía algún instrumento de trabajo. Sin embargo, es necesario limitar la consulta de los textos de la doctrina económica, que se contradicen siempre; por el contrario, es mejor tomar en serio también los textos de cada constitución, que la mayoría de las veces son expresión de una dura lucha para compromisos políticos en el curso de la investigación de "concordancias prácticas" (HESSE). Tal método es adoptado, en cada caso, para el *forum* de la doctrina constitucionalista. Por esto, parece legítimo que, a continuación, se haga constantemente un uso directo de los textos constitucionales como argumento e instrumento de síntesis de la discusión. Ellos no sustituyen la explicación científica pero la enriquecen, expresando casi la quinta esencia de la vasta y relevante controversia que ha involucrado a los clásicos, a los programas de los partidos políticos y también, individualmente, a los estudiosos.

---

27. El Tratado sobre la Unión económica, social y monetaria de las dos Alemanias (1990) ha introducido, en un elevado nivel de fuentes, una significativa garantía de la economía social de mercado (preámbulo y art. 1, numeral 3); para tal propósito, véase SCHMIDT, M. — PREUSS, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, DVBl 1993, pp. 236 y ss.

#### 1.4 Economía de mercado y democracia: ¿un sinónimo?

Muchos elementos inducen a individualizar un nexo *interno* entre democracia y economía de mercado: la simultaneidad con la cual ambas se desarrollan en las revoluciones de la Europa del Este, a partir de 1989; los textos citados de los Estados constitucionales democráticos, que regulan la economía (social) de mercado como un fin del Estado; los otros textos, que auspician una “unión de la democracia política con las ideas de la democracia económica” (preámbulo de la Constitución de Hamburgo de 1952), que buscan la realización de una “democracia económica, social y cultural” (Art. 2.º de la Constitución de Portugal) o solicitan la participación de los trabajadores en el ejercicio de las empresas (Art. 47.º, numeral 2, de la Constitución de Brea; Art. 26.º de la Constitución de la Renania de Nor-Wetfalia). El paralelismo entre mercado y democracia bien se comprende por motivos históricos: 1776 no es solamente el año del *Bill of Rights* de Virginia, sino también aquél de la publicación de *The Wealth of the Nations* de Adam SMITH. Los clásicos de la época posterior profundizarán la analogía: Boehm<sup>28</sup> parangona el mercado a las formas ideales de la democracia plebiscitaria, con votaciones cotidianas, soberanía del consumidor, posibilidad de elección cotidiana para todos. El mismo SCHUMPETER<sup>29</sup> se ha detenido en la afirmación, por la cual “no existe ninguna institución más democrática que el mercado”<sup>30</sup>. Por el contrario, suena provocativa la declaración de TÖNNIES<sup>31</sup>, según el cual el mercado sería la “balanza” de la justicia económica. ¿El mercado ha asumido verdaderamente, en el Estado constitucional, el modelo de una forma *económica* de la democracia?<sup>32</sup>.

Es necesario responder tal interrogante de modo *diferenciado*: solamente la economía *social* de mercado<sup>33</sup> puede ser objeto de una limitada

28. BÖHM, F., *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, 1937. *Id.*, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, 1950; *Id.*, “Privatgesellschaft und Marktwirtschaft”, en *Ordo*, XVII (1966), pp. 75 y ss.

29. SCHUMPETER, J.A., *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, 1946 (trad. it. Milán 1970), pp. 294.

30. Véase también la tesis de los “demócratas liberales”, citadas en KRÜGER, H., *Sozialisierung*, en BEITERMANN, K.A.-NIPPERDEY, H.C.-SCHEUNER, U. (ed.), *Die Grundrechte*, III, 1958, pp. 267 (273), según la cual el mercado sería una democracia “donde cada *Pfennig* equivale a una tarjeta electoral”. *Cfr.* también HÄBERMAS, J., *Die Freiheit, Grundprobleme der Demokratie*, 1992, pp. 11 y ss.

31. TÖNNIES, F., *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1935 (reimp. 1963; trad. it. Milán 1979), pp. 42.

32. El mercado es “el juez que mide, sopesa y conoce, que emite un juicio. Esto deben reconocerlo todos [...], y, entonces, deben usar el mismo metro, sopesar con la misma balanza”.

33. Según MÜLLER-ARMACK, A., la idea fundamental de la economía de mercado consiste en “vincular el principio de la libertad en el mercado con aquél del equilibrio social” (citado en

analogía con la democracia pluralista, de modo que los “ciudadanos del mercado” pueden ser “ciudadanos de la democracia”. Las teorías de la justicia, remitidas a través del principio del Estado social de ARISTÓTELES a RAWLS, caracterizan la economía de mercado del Estado constitucional, por ejemplo, en la forma de la “protección del consumidor” (cfr. Art. 51.º de la Constitución española), de los “derechos sociales mínimos en materia de legislación del trabajo” (cfr. Art. 102.º de la Constitución de Guatemala), de la exigencia de la “seguridad social” (cfr. Art. 20.º, numeral 2, de la Constitución de los Países Bajos), de la libertad sindical y del derecho de huelga (cfr. Art. 23.º, numeral 2, de la Constitución griega). La doctrina constitucional se encuentra frente a la tarea de deber integrar, en el propio sistema abierto de coordenadas, las estructuras y las funciones del mercado, los límites del mercado y de la economía de mercado y sus prestaciones en términos de bienestar. La encíclica *Centesimus annus*<sup>34</sup> del Papa Juan Pablo II ofrece algunos puntos, en la medida que define como modelo para el desarrollo social y económico un sistema económico que reconozca “el rol fundamental y positivo de la empresa, del mercado, de la propiedad privada y de la consecuente responsabilidad por los medios de producción, de la libre creatividad del hombre en el ámbito de la economía”. La libertad política (es decir, *democrática*) y aquella *económica* — también en cuanto expresión de la *única* dignidad del hombre — son seguramente “inseparables”. En tal medida, la economía de mercado y la democracia liberal en el Estado constitucional se compenetrán, sin que sea posible escindirlas<sup>35</sup>. Al mismo

---

*Grundtexte*, cit. pp. 85); cfr. también MÜLLER-ARMACK, A., *Die Wirtschaftsordnung, sozial gesehen* (1947), en E. TUCHTFELD – E. DÜRR (editores), *Genealogie der sozialen Marktwirtschaft*, 1974, pp. 73 y ss.; sobre A. RÜSTOW, co-fundador de la economía social de mercado, cfr. K. MEIER-RUST-A. RÜSTOW, *Geschichtsdeutung un liberales Engagemet*, 1993; véase, además, AMBROSIUS, G., *Die Durchsetzung der sozialen Marktwirtschaft in Westdeutschland*, 1945-1949, 1977.

34. La EKD defendía aún en 1991 “la economía social de mercado”: cfr. la memoria “Gemeinwohl und Eigennutz. Soziale Marktwirtschaft als Chance für zukunftsfähiges wirtschaftliches Handeln”. La eficiencia del mercado está aquí valorada positivamente, añadiendo, sin embargo, a los fines clásicos de la economía de mercado (la ocupación plena, la estabilidad de la moneda, el crecimiento económico y la distribución equitativa de la propiedad) aquel nuevo de la “preservación del ambiente natural”. Digna de ser tomada en consideración la declaración sobre las elecciones de la *Volkskammer* del 1990 por parte del Comité unitario de los cristianos-católicos de la RDT de febrero de 1990 (citado en la *Frankfurter Allgemeinezeitung* del 22 de febrero de 1990), según la cual, la doctrina social católica reconoce “que la libre economía de mercado no lleva automáticamente el bienestar a todos, sino requiere necesariamente un sistema estructurado de seguridad social y de ayudas recíprocas como componentes básicos a fin de poder convertirse en una economía social de mercado”.
35. Cfr. entre las voces más recientes, HOPPMANN, E., *Freiheitliche Wirtschaftspolitik un Verfassung, Jenenser Vorträge*, 1992, pp. 7: “Un ordenamiento económico compuesto por individuos

tiempo, son necesarias “fuertes condiciones-cuadro” (mejor dicho, condiciones constitutivas) y controles jurídicos, además “intervenciones” del Estado social para fines de justicia, por ejemplo, en tutela de los más débiles<sup>36</sup>, para asimilar democracia y mercado<sup>37</sup> – el mérito del Estado constitucional democrático consiste precisamente en haber desarrollado gradualmente, en el curso de la historia, la economía de mercado y el Estado social de Derecho en “concordancia práctica”. La sociedad abierta tiene su correspondencia en la apertura y en la libertad de los mercados. La economía social de mercado se ha convertido en el principio constitucional inmanente del modelo del “Estado constitucional”.

### 1.5 Tres límites del principio “mercado y economía de mercado”<sup>38</sup>

A partir de la vertiente de 1989, el modelo del mercado pretende tendencialmente expandirse a ámbitos siempre nuevos. A veces, se verifican algunos excesos, como cuando se habla no sólo de un “mercado” de la opinión pública y del arte, sino además se califica a una entera nación como un supermercado (M. RUTHVEN), mientras el mercado interno de la CEE, unificado desde 1993, parece sobrepasar la Europa de la cultura con aquella prepotencia que es típica de los charlatanes. No obstante ello, es tiempo que la doctrina constitucionalista recuerde claramente algunos límites. El mercado no es la medida de cada cosa y no puede ciertamente convertirse

---

libres [...] comprende dos aspectos: el primero, dado por las reglas de comportamiento que aseguren la libertad, y el segundo, constituido por los procesos concretos de mercado que nacen de tales reglas y que construyen un sistema evolutivo y que se autoregula. Es en tal medida que la libertad y la economía de mercado están recíprocamente vinculado [...]”.

36. Cfr. art. 45, numeral 4, N.º 1, de la Constitución irlandesa: “El Estado se empeña con particular atención en favor de la protección de los intereses económicos de los grupos de las comunidades económicamente más débiles y de la ayuda, allá donde ésta sea necesaria, para el sostenimiento de los enfermos, de las viudas y de los ancianos”. De manera similar, RÖPKE, W. (1950), *Grundtexte*, cit. pp. 49 (60 y ss.), menciona entre los “sectores no económicos”, entre otros “las cuestiones sociales relativas a la corrección de la distribución de la ganancia, a la seguridad y a la protección de los pobres”. ¡Esto sirva para demostrar el paralelismo existente entre los textos clásicos y los textos constitucionales!
37. Sobre todo, los textos sobre la “democracia económica” son fuente de equívocos y no recogen cuanto aquí se ha sostenido. También la congestión económica no es un problema de democracia sino de derechos fundamentales; para este propósito, cfr. HÄBERLE, P., *Grundrechte im Leistungsstaat* (1972), ahora en: *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., pp. 163 y ss.
38. Cfr. en RÖPKE, W. (1950) la posición de las cuestiones relativas a los “límites del mercado” y los sectores no económicos del mercado” (citado en *Grundtexte zur sozialen Marktwirtschaft*, cit., pp. 49 [56 y ss., 60 y ss.]).

en el principal metro de valoración del hombre. No es posible regular y valorar toda la convivencia humana desde el punto de vista del mercado. En el Estado constitucional, se requiere recordar constantemente la naturaleza *instrumental* del mercado que emerge de los textos constitucionales (pensemos en los principios que ponen la “economía al servicio del hombre”, del bien común, de la dignidad del hombre, del gradual aumento del bienestar, de la justicia social, etc.). Desde un punto de vista funcional, los límites del mercado y de la economía de mercado pueden reconstruirse en los siguientes términos de un lado, el modelo de mercado *no es aplicable* a determinados ámbitos *culturales* como el de la educación, de la instrucción y de la formación; como tampoco, al menos en parte, a aquél de la investigación y de la familia; asimismo, a sectores sociales como aquellos más esenciales del derecho del trabajo. El Estado constitucional debe establecer, con asidua y activa sensibilidad, si cada sector social está o no listo para el mercado, o si esto sea verdaderamente necesario para ellos, teniendo presente que, en el curso del desarrollo histórico, se podrán verificar cambios (en Alemania, al lado de la televisión pública encontramos a la televisión privada, el derecho social al arrendamiento, la sanidad estatal y el monopolio estatal de la intermediación del trabajo, etc.). De otro lado, es indispensable, al interior de cada óptica de orden liberal, imponer la “interdependencia de los ordenamientos” o la indivisibilidad de la libertad política y económica, la apertura del proceso democrático de formación de la voluntad<sup>39</sup> (entendida como parte de la constitución del pluralismo). Sirven a tal fin el postulado constitucional de la “subordinación del poder del mercado a la soberanía democrática del Estado” (Art. 80.º de la Constitución de Portugal)<sup>40</sup> y la prohibición de todo abuso de la libertad económica (“en particular, a favor de la concentración del poder monopólico y de la fuerza política”: Art. 39.º, numeral 1, de la Constitución de Assia; en el mismo sentido, el Art. 81.º de la Constitución portuguesa). Finalmente, la libertad económica del individuo encuentra su propio *límite* “en el respeto de los otros y de las exigencias morales del bien común” (Art. 151.º, numeral 2, de la Constitución de Baviera; en el mismo sentido, el Art. 52.º, numeral 2, de la Constitución de Renania-Palatinado)<sup>41</sup>. Aquí está el espacio para los

---

39. Para tal propósito, HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der BR Deutschland*, 1991, par. 22.

40. Véase también el art. 38, numeral 4 de la Constitución de Portugal: “El Estado garantiza la libertad y la independencia de los medios de comunicación de masas frente al poder político y al poder económico”.

41. DAHRENDORF, R. es provocador, en *Der Spiegel*, N.º 3 del 18 de enero de 1993, pp. 21 (23): “La democracia y la economía de mercado se revelan como proyectos fríos, helados [...] Es

mínimos éticos de la cultura juscivilista<sup>42</sup> (de la cláusula general de “buena fe” a aquella de “honestidad comercial”), cuya falta es dolorosamente visible ahora que se intenta crear un ordenamiento económico liberal al interior de las sociedades postcomunistas de la Europa del Este<sup>43</sup>.

### 1.6 La economía social de mercado como “tercera vía” entre capitalismo y socialismo: las prestaciones culturales del Estado constitucional

En el ámbito del Estado constitucional, la controversia entre “capitalismo o socialismo” no tiene sentido: esto en cuanto el Estado constitucional ha integrado plenamente, en el curso de la larga evolución de los niveles de texto, sea bajo la perspectiva ideal que real, la economía social de mercado como tal, mediante la creación del Derecho social y del Derecho del trabajo en el contexto del Derecho social de la economía. La economía social de mercado constituye la tan frecuentemente evocada “tercera vía” (SCHLECHT)<sup>44</sup> y representa un relevante resultado en términos culturales. En particular, después de la caída del socialismo, sobre todo, en la Europa del Este, sería errado señalar al “sistema capitalista”<sup>45</sup> como el vencedor. “Vencedor” es el *modelo* del Estado constitucional y no sólo porque éste haya logrado individualizar soluciones *justas* en relación a la cuestión social. Ciertamente, las soluciones al problema del modo en el cual la justicia social

---

erróneo intentar ideologizar la democracia o la economía de mercado, haciéndoles hervir la sangre. Ambas ofrecen mecanismos para superar los conflictos sin la fuerza, pero nada más”.

42. Cfr. RÖPKE, W., *Ethik und Wirtschaftsleben* (1955), citado en *Grundtexte*, cit. pp. 439 (449): “Si definimos tal ordenamiento como ‘civil’, en el sentido más amplio del término, individualizamos el fundamento sobre el cual debe basarse el *ethos* de la economía”. Véase también K. H. BIEDENKOPF, *Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht*, 1965.
43. Junto con esta ética “indirecta” de la economía, emerge hoy una lucha por la ética económica en general. RICH, A., *Wirtschaftsethik*, 1984; véase también KOSLOWSKI, P., *Gesellschaftliche Koordination. Eine ontologische, kulturwissenschaftliche Theorie der Marktwirtschaft*, 1991; ROTHSCCHILD, K.W., *Ethik und Wirtschaftstheorie*, 1992; NUTZINGER, H.G., *Das system der natürlichen Freiheit* bei SMITH, A. und seine ethischen Grundlagen, en *Ökonomie und Gesellschaft*, 9 (1991), pp. 79 y ss. Desde un punto de vista teórico y sistemático, ésta constituye una forma propia de la limitación de la libertad económica y una parte de la constitucionalización del mercado en el Estado constitucional.
44. Cfr. SCHLECHT, O., *Grundlagen und Perspektiven der sozialen Marktwirtschaft*, 1990.
45. Para la literatura más reciente en materia de reconciliación o de condena del “espíritu del capitalismo democrático”, véase: NOVAK, M., *Der Geist des demokratischen Kapitalismus*, 1992; o también H. ASSMANN-F.J. HINKELAMMERT, *Götze Markt*, 1992.

deba ser realizada, a través de la economía o eventualmente contra ésta, pueden ser muy diversas: si se piensa, por ejemplo, en la confrontación entre Estados Unidos de Norteamérica y Alemania (si se considera la “renta dinámica” y el derecho de “cogestión”, *cfr.* Trib. Const. Fed., E 50, 290). Sin embargo, tendencialmente, el “capitalismo” no ha sobrevivido en ningún Estado constitucional europeo. Allí donde éste parece re-emergir en su forma originaria, por ejemplo, en el curso de la actual fase de transformación de algunas sociedades post-comunistas, como en Rusia, éste muestra un rostro espantosamente fiero y, precisamente de este contraste, se entiende en qué medida la vida económica del Estado constitucional se haya alejado del “capitalismo”. También allí donde la economía social de mercado no constituye una finalidad constitucional expresa, del mismo modo, la garantía de su existencia está objetivamente asegurada por “piezas de mosaico”, tales como las libertades económicas, sociales y culturales, o el derecho constitucional en materia social y del trabajo. Los derechos fundamentales “del” trabajo, por ejemplo, la protección frente al despido, el derecho a condiciones de trabajo respetuosas de la dignidad humana, la seguridad social (y, es decir, la “política social”) transforman la economía de mercado en la “economía social de mercado” y confieren así al Estado constitucional una parte esencial de su legitimación. El mercado se convierte en un espacio *social y cultural*, al interior del cual la dignidad del hombre no es solamente postulada sino también practicada. El Estado constitucional indica la “tercera vía” entre “el rechazo del Estado” y el “rechazo del mercado” (por decirlo con frases ya conocidas) en las estructuras desarrolladas por el “propio” mercado y, es decir, en las funciones positivas que deja que se realicen mediante una eficiente economía de mercado y en las correcciones que debe siempre aportar a través de principios jurídicos sustanciales o procesales. El nuevo balance de los intereses de los empleadores y de los trabajadores, individualizado en aquel instrumento de la autonomía tarifaria que constantemente es puesto en discusión, constituye un fundamento de la economía “social” de mercado. Sería necesario recibir con mayor vigor la idea anglosajona de *caring, sharing society*.

### 1.7 Las consecuencias político-constitucionales: ¿la “economía social de mercado” como fin constitucional o la constitucionalización de sus principios individuales?

Es necesario traducir en la práctica las adquisiciones de la teoría constitucional, es decir, logrando concretas decisiones en el plano político-constitucional. Esto vale también para el mercado y para la economía de mercado. Una vez que ellos sean revelados, en las estructuras

normativas y en las funciones positivas, como elemento constitutivo integrante de la sociedad pluralista del Estado constitucional en el grado actual de desarrollo (también en la “relación hacia el exterior”) y una vez que los límites relativos (en tutela “del otro” y del proceso político) sean evidentes, se coloca la cuestión de cómo los constituyentes deben hoy afrontar tal tema. Los espacios de elaboración y la libertad de acción de cada una de las naciones y de los pueblos tienen diverso tamaño, según la historia y el “temperamento”, la posición geográfica y las culturas constitucionales individuales; de cualquier modo, es posible mencionar algunas máximas de “buena política constitucional” en materia de mercado y de economía de mercado: sea sobre la base del material empírico ofrecido por los textos hasta ahora adoptados como a la luz de los derechos fundamentales o de las teorías del Estado constitucional.

La pregunta esencial es si la “economía social de mercado”, entendida como fin fundamental constitucional, debe figurar en vía preliminar en el preámbulo de la Constitución (como en la Constitución húngara de 1989) o en la lista de los principios fundamentales de la Constitución, junto a los otros “fines del Estado”, tales como la democracia, el Estado de derecho y la protección del ambiente. Además, se considera también la forma que se va a atribuir a la cláusula general sobre el pluralismo, teniendo como objeto la economía (así el proyecto de la Constitución de Ucrania, 1992). Por amplios que puedan ser los posibles desarrollos de la “economía social de mercado” en cuanto tal y por cuanto a lo social deba ser “dado un contenido” desde el Derecho del trabajo, desde el Derecho social, o desde el Derecho del ambiente, estimo que muchos elementos juegan a favor de un anclaje del principio, mediante una suerte de cláusula general, en los documentos constitucionales. De cualquier modo, esto vale para los Estados de la Europa “reformada”, para los cuales el mercado y la competencia y sus potencialidades representan una gran esperanza: la “otra orilla”. Para el resto, sea para tales países o para los países en vías de desarrollo del Tercer mundo, se recomienda la introducción de algunos elementos (añadidos) de la “constitución mixta de la economía” (HUBER)<sup>46</sup>; por ejemplo, bajo la for-

---

46. Cfr. la reciente entrevista sobre la *Zeit* de GALBRAITH, J.K.: “Ein gemischtes Wirtschaftssystem ist auf Dauer unausweichlich”, en *Die Zeit*, N.º 17 del 23 de abril de 1993, pp. 34, caracterizado por pasajes como: las enormes dificultades encontradas por la ex-Unión Soviética en el camino que llevaba del socialismo real a la economía de mercado, si bien no a un capitalismo puro — aquél no lo tenemos ni siquiera nosotros — sino a una economía pragmáticamente mixta...”; o: “[...] en la medida en que la aproximación neoclásica deja todo al mercado y no prevé ningún rol — ni siquiera mínimo — para el Estado, esto está claramente muerto. Una cosa sabemos sobre el capitalismo moderno: que funciona sólo gracias a una vinculación pragmática entre acción del Estado y solicitud del mercado”; finalmente: “[...] siempre he estado convencido del hecho que una economía mixta sea inevitable”.

ma de un pluralismo de los tipos de propiedad. Bajo esta perspectiva, se dice que la Constitución portuguesa (Art. 80-95) ha introducido en el texto constitucional *muchas* disposiciones en materia de economía (el concepto de "democracia económica" que, para el Art. 2.º, es discutible) mientras la Ley Fundamental alemana ha previsto muy *pocas*<sup>47</sup>.

En cada caso, es irrenunciable una disciplina de los *elementos* constitutivos del principio constitucional del "mercado", tales como, de un lado, las libertades económicas (por ejemplo, la propiedad, la libertad contractual, sindical y de empresa), los derechos fundamentales del trabajo y de la seguridad social (por ejemplo, el derecho de huelga, la garantía de la dignidad del hombre para los trabajadores, la protección del despido) y, del otro, las disposiciones dirigidas a la protección del ambiente. Como problema constitucional, también debe tomar en consideración al mercado en lo que concierne a los derechos fundamentales (comprendidos los "límites" para prevenir eventuales abusos) y, por ello, referido a los fines del Estado (en materia de trabajo, de sociedad y de ambiente), y la disciplina correspondiente debe ser introducida en los textos constitucionales. Cada legislador constitucional debería estar abierto a las innovaciones (*cf.*, por ejemplo, el Art. 80.º, literal a, de la Constitución de Portugal: subordinación de la fuerza económica al poder democrático del Estado; el Art. 12.º de la Constitución de Brema: "El hombre es puesto en posición más elevada respecto a la técnica y a las máquinas"; el Art. 24.º de la Constitución de la Renania del Nor-Wesfalia. "El bien del hombre es puesto al centro de la vida económica"; el Art. 124.º de la Constitución del Perú\*:

"[...] El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades").

Quizá la teoría constitucional del mercado puede ser parcialmente introducida en la lista de las finalidades educativas: ello ocurre ya, indirectamente, en la medida que cada una de las constituciones de los *Länder* alemanes ha recogido últimamente el principio de la "plena conciencia de la responsabilidad frente a la naturaleza y al ambiente" (*cf.* el Art. 33.º de la Constitución de la Renania-Palatinado, el Art. 131.º, numeral 2, de la Constitución de Baviera, el Art. 28.º de la Constitución de Brandeburgo). Asimismo, fines educativos que pueden aparecer como pasados de moda ayudan a forjar el derecho constitucional en materia de mercado: cuando se

---

47. *Cf.* mi solicitud de incluir la economía social de mercado en la Ley Fundamental modificada como constitución de la Alemania unida. A propósito, *cf.* JZ 1990, pp. 358 (361).

\* Se refiere a la Constitución Política del Perú de 1979, derogada por el texto constitucional de 1993. (Nota del traductor).

emplean fórmulas que exaltan “el comportamiento civil y la capacidad profesional” (Art. 33.º de la Constitución de Renania-Palatinado), o el rol ejemplar de los “grandes benefactores de la humanidad, del desarrollo del Estado, de la economía, de la civilización y de la cultura” (Art. 56.º, numeral 5, de la Constitución de Assia), la “legalidad y verdad” (Art. 56.º, numeral 4 de la anterior) o, más recientemente, los derechos humanos (Art. 72.º de la Constitución de Guatemala). El *ethos* de los derechos humanos no debería detenerse frente a la vida económica. La cultura económica del Estado constitucional presupone un mínimo ético, entendido como principio de reciprocidad, el cual se ha afirmado en la cultura jurídica civilista (por ejemplo, en las cláusulas generales sobre la moral y la buena fe) así como en la previsión de los delitos económicos. Es necesario ser “educados” para todo esto y ello refuerza la tesis del mercado como parte del *status civilis culturalis*.

## 1.8 Perspectivas

El mercado y la economía de mercado constituyen actualmente un tema central “interno”, del derecho constitucional. Los textos de los clásicos, de SMITH a POPPER, aquí entendidos como textos constitucionales en sentido lato<sup>48</sup>, y los grados de evolución en sentido restringido (en relación a aquellos clásicos a los que van a menudo unidos), no proveen sólo simples indicaciones problemáticas. Ellos muestran —en su conjunto— que en la vida económica están en juego tanto una parte de la libertad cultural como también el bienestar general y la justicia. Demuestran, después, cómo el Estado constitucional no crea espacios “naturales”, pero constituye ámbitos culturales. En otros términos: la sociedad pluralista se reconstituye constantemente también por el modo en el cual ella crea, con el consenso ético-jurídico (que es también parte de la “ética económica”), normas-cuadro e institutos jurídicos para la economía y los traduce seriamente en la legislación ordinaria, y cómo hace efectivo el principio del Estado social (por ejemplo, en el derecho del trabajo y en el derecho social), de modo tal que la economía de mercado se pueda convertir, como aspecto del bien común, en economía *social* de mercado. El mercado y la competencia significan mucho, pero no es todo, para la “sociedad abierta”. El *homo oeconomicus* es sólo una verdad parcial. La apertura del proceso democrático de formación de la voluntad no puede ser falseada por el abuso del poder económico.

48. A este propósito, HÄBERLE, P., *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981.

Las estructuras de división de poderes, trasladadas del Estado a la economía (por ejemplo, las leyes antitrust y las leyes sobre la concentración de la prensa), deben ser funcionales a aquel proceso. En estos términos, la política de la competencia se convierte en "política democrática" y, al mismo tiempo, en un servicio para la economía social de mercado.

La teoría constitucional del mercado debe confrontarse hoy, no obstante cuanto hasta ahora se ha realizado, con nuevos desafíos: la ecología debe transformarse en economía dentro de una relación de "concordancia práctica", tal como ha sido indicado programáticamente desde algunas previsiones normativas sobre los fines del Estado (véase el último proyecto de Constitución de Turingia de abril de 1993, donde en el Art. 38.º se dispone que: "El ordenamiento de la vida económica debe corresponder a los principios fundamentales de una economía social de mercado vinculada al respecto de la ecología"). Además, la democracia pluralista puede sobrevivir solamente si sabe colocarse, de modo responsable, frente a los desarrollos que se llevan a cabo en los nacientes Estados constitucionales de la Europa del Este, ayudando a los procesos de transformación<sup>49</sup>. La teoría constitucional del mercado, atemperada por los deberes sociales y por la obligación del respeto del ambiente, debería convertirse en *praxis* constitucional "vivida" en el mundo entero. Así, el modelo euro-atlántico del Estado constitucional habría demostrado una vez más que éste asume el valor de la dignidad del hombre como base cultural y antropológica, que comprende la democracia pluralista como consecuencia organizativa de tal dignidad y que actúa —a favor de la justicia y del bien común— por el "bienestar de las naciones", sin caer jamás en el "economicismo". El que, de otro lado, puede ser evitado gracias a la moralidad y a la idealización que caracterizan la convivencia republicana de los ciudadanos en (y en virtud de) un Estado constitucional. Por el contrario, el economicismo desprecia también aquello que los hombres de la Europa del Este han tentado en las (generalmente pacíficas) revoluciones de 1989, habiendo quizá ya en mente una perspectiva cosmopolita pero, en todo caso, con consecuencias para toda la sociedad mundial.

---

49. Véase mi *Verfassungsentwicklungen in Osteuropa* cit., pp. 169 y ss.