

## LIBERTAD ECONÓMICA, UNIÓN EUROPEA Y CONSTITUCIÓN. ¿HASTA DÓNDE?

De izquierda a derecha: Manuel López Pardiñas, presidente del Consejo General del Notariado; Antonio Bonet, director de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, y Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, consejero Permanente de Estado.



**E**L pasado 17 de octubre el consejero permanente de Estado y “padre” de la Constitución española, Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, pronunció una conferencia en la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando en el marco de los actos conmemorativos del 150 Aniversario de la Ley del Notariado. El objeto de esta disertación fue investigar las concordancias o diferencias existentes entre la Constitución española y la normativa europea en torno a una cuestión tan importante como la libertad económica, algo capital en una economía de mercado. Y, una vez identificadas tales diferencias y concordancias, analizar su posible integración.

### REDACCIÓN

**E**N estos momentos en que todos, poderes públicos y sociedad civil, se encuentran agobiados por una crisis profunda, ¿que tiene que ver la Constitución con los intereses de la deuda, la procedencia o improcedencia del res-

cate, o el dictado de los mercados?”, se preguntó nada más comenzar su disertación Miguel Herrero.

“Nuestro Estado, y la sociedad que late tras sus instituciones, no saldrá de la crisis si no sigue siendo tal Estado, y la Constitución es, nada más y nada menos, que la expresión jurídica de su existencia

política. Todos somos conscientes de que son múltiples los riesgos que la amenazan y no es el menor de ellos hacer almoneda de algunos de sus elementos fundamentales creyendo que arrojando lastre es más fácil llegar a puerto”, aseguró.

“Quiero llamar la atención sobre lo peligroso de semejante acti-



## ‘HAY que integrar el cambio con la continuidad. La libertad con la seguridad y con la Justicia. El Derecho de la Unión con nuestra identidad constitucional’



Otro momento de la conferencia de Miguel Herrero.

tud e insistir en la necesidad de salvaguardar nuestro capital constitucional. Sin caer en ninguna magia constitucional, sé que de otros graves agobios ya olvidados salimos merced a la Constitución. Hay que integrar el cambio con la continuidad. La libertad con la seguridad y con la Justicia. El Derecho de la Unión con nuestra identidad constitucional.

Una identidad constitucional avalada por más de tres décadas de convivencia democrática y progreso social no debe ponerse en juego.”

**La libertad de empresa y los derechos sociales.** Herrero de Miñón recordó en su intervención que “España y la Unión Europea son economías capitalistas y así lo reconocen sus normas fundamentales. Pero mientras la Constitución española de 1978 responde al modelo de capitalismo dominante por aquellas fechas en nuestro entorno europeo, la Unión parece orientarse, cada vez más, hacia un modelo de capitalismo pretendidamente más liberal que el tratamiento de la crisis acentúa”.

Así, señaló que “el artículo 38 de la Constitución Española procla-

ma, como derecho fundamental, “la libertad de empresa en una economía social de mercado”, concepto no exento de ambigüedad, pero que sitúa el modelo económico de la Constitución entre dos polos irrenunciables: la libertad de empresa y los derechos sociales, cuya efectividad requiere una intervención de los poderes públicos, ya como prestadores, ya como garantes. Nuestra Constitución hace efectivas la libertad y la igualdad entre ciudadanos y colectivos. Esto se articula a través de los derechos sociales, calificados, ya como derechos fundamentales ya como principios rectores, de los Colegios Profesionales (art. 36), de la propia noción de mercado (art. 38), del sistema público de seguridad social (art. 51) o de la Fe Pública (art. 149, 1,8).

El Estado Social pretende encuadrar el mercado en regulaciones e instituciones que limitándolo le dan coherencia y solvencia. Así lo dice expresamente el art. 38 de la CE. Es claro que las exigencias inherentes a la colegiación limitan el acceso al mercado; que la Administración Pública del Derecho Privado excluye el ejercicio de la Fe Pública de la libre competen-

cia entre terceros de confianza, juristas o no, y que otro tanto ocurre con un sistema público de seguridad social. No han faltado críticas al sistema”.

Por ello, “sin entrar a valorar ahora sus méritos o deméritos, no debe olvidarse que tanto la iniciativa pública en la economía como la seguridad social pública son, entre otros, elementos fundamentales del pacto constitucional.

No cabe una lectura selectiva de la Constitución en la que unos artículos se consideran vigentes y otros obsoletos, y quien así lo haga no está legitimado para reclamar a los demás lealtad constitucional”.

### **Contradicciones entre la Constitución y las normas europeas.**

Para Miguel Herrero “la pertenencia de España a la Unión Europea ha provocado un cambio en las circunstancias políticas que determinaron el momento constituyente de 1978.

Algunos de estos cambios han llevado a la modificación de la propia Constitución, como es el caso de la reforma en el 2011 del artículo 135 CE en consonancia con las previsiones de contención del déficit y la deuda introducidas por el Tratado de Maastricht y hoy consolidadas en el vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión”.

“Con Unión o sin Unión –señalaba– el Estado Social ha de ser racional, sus prestaciones no pueden ni deben ser dispendiosas. Si no puede ser un ‘Estado de bienestar’, basta con que sea un ‘Estado de solidaridad’. Pero la Unión no puede ser excusa para que el Estado deje de ser Social. Si así fuera, sobraría la Unión. Otra cosa son las modificaciones que el Derecho comunitario puede llegar a provocar en nuestra Constitución sin alterar su texto. Algunas de estas mutaciones han afectado o pueden llegar a afectar a los fundamentos constitucionales, erosionando el Estado Social de Derecho.”

En su opinión, aunque “la Unión Europea, desde el Tratado de



## Las garantías constitucionales

EN su conferencia ante cerca de un centenar de personas, Miguel Herrero señaló que “entre las diferentes garantías institucionales contenidas en nuestra Constitución hay tres con especial incidencia en la caracterización de una economía social de mercado, objeto, a su vez de una garantía institucional: la seguridad social pública (art. 41); los colegios profesionales (art. 36), y la Fe Pública (art. 149,1,8). Son instrumentos de valores constitucionales tan relevantes como la igualdad asegurada mediante la suficiencia de la asistencia y prestaciones sociales en el primer caso; el derecho de los consumidores de servicios profesionales en el segundo, y la seguridad jurídica en el tercero.

A la hora de garantizar el “sistema público de la seguridad social” que prevé el artículo 41 de la Constitución Española, cuya privatización tantas apetencias suscita, sería conveniente atender a la distinción que la jurisprudencia constitucional francesa y alemana han hecho entre servicios públicos ordinarios y constitucionales. Y no solo porque supongan funciones de soberanía –como también sería el caso de la Fe Pública– sino porque a través de ello se hacen efectivos valores substantivos del pacto constitucional como ese el valor superior de igualdad consagrado en el art. 1,1 de la CE.

Por su relieve en la Constitución se trata de algo que el Derecho de la Unión no puede desplazar. Los negociadores españoles en Bruselas deberían tener estas garantías institucionales muy en cuenta, y los juzgadores españoles tomarlas tan en serio como el resto de la norma fundamental y seguir el criterio de nuestros más importantes socios europeos. La Constitución podrá ser, en su caso, reformada por los



Los asistentes a la conferencia realizaron previamente una visita guiada por Fernando García de Cortázar, su comisario, a la exposición “Comparece: España. Una historia a través del Notariado”, abierta al público en la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando hasta el 13 de enero (ver reportaje en páginas 74 a 78 de este número).

Lisboa del 2007, también ha asumido la idea de la “economía social de mercado”, desde los Tratados fundacionales hasta las más recientes Directivas, enfatiza la idea de libre competencia sobre todo lo demás. Se trata de un modelo de economía de mercado neoliberal en el que los poderes públicos se limitan a crear un orden jurídico objetivo para la acción económica privada sin intervenir en el mismo. En consecuencia, la normativa europea, cuando menos, tiende a contradecir aquellas normas constitucionales españolas que excluyen de la competencia sectores de la economía (v.gr. art. 128) o que condicionan y limitan el acceso al mercado (v.gr. art. 36)”.

“El problema –a su juicio– está en determinar las consecuencias de esta contradicción atendiendo a dos extremos: de un lado, la primacía del Derecho comunitario y, de otro, la identidad constitucional y la consiguiente autonomía institucional de los Estados miembros cuya norma suprema es la propia Constitución. La jurisprudencia del TJU ha decantado dos caracteres fundamentales de la normativa europea: su efecto directo y su primacía sobre el Derecho de los Estados miembros. Dicha doctrina somete la Constitución estatal, no solo al Derecho originario de la Unión, sino al derivado. Esta doctrina, verdadero



‘ A doctrina española, al hilo del *euroentusiasmo* dominante, no ha dudado en someter la Constitución al Derecho de la Unión’



‘**S**i se quiere hacer compatible la Constitución con normas que le son discrepantes, esta puede y debe ser reformada pero con un consenso tan amplio o mayor como el que presidió su génesis’

golpe de estado judicial, ha sido y es contestada por la mayoría de las jurisdicciones constitucionales europeas. Sin embargo, la doctrina española, al hilo del euroentusiasmo dominante, no ha dudado en poner el acento en el primero de estos extremos y someter, sin escándalo ni reticencia alguna, la Constitución al Derecho de la Unión cualesquiera que fueran los efectos de ello. A diferencia de lo que ocurre en el resto de los grandes Estados de la Unión donde, aunque sus jurisdicciones constitucionales no han tenido reparo alguno en reconocer la primacía del Derecho europeo sobre las normas de rango legal e infralegal, también han afirmado la su-

premacía de la propia Constitución estatal sobre la normativa europea. La doctrina del Tribunal Constitucional alemán, del polaco y del Consejo Constitucional francés, entre otros, es determinante al efecto”.

En resumen: “si por opciones políticas legítimas se quiere hacer compatible la Constitución española con normas que le son discrepantes, la Constitución puede y debe ser reformada pero no puede prescindirse de ella en tanto esté en vigor, ni revisarla sin atenerse al procedimiento formal de reforma. De hacerlo, debe ser con un consenso, político, social e institucional tan amplio o mayor como el que presidió su génesis.” ■

procedimientos en ella previstos y con las condiciones de consenso que presidieron felizmente su factura, pero, mientras esté en vigor, no puede ser desplazada.

Por ahora, parece que la ola liberalizadora encuentra un límite en el sistema público de seguridad social, y así lo reconoce el Derecho de la Unión. Y otro tanto ocurre con nuestro sistema de Fe Pública, organizado en la Administración Pública de Derecho Privado a cargo de notarios y registradores de la Propiedad y Mercantiles que, como funcionarios públicos, ejercen en expresión del Tribunal Supremo “una fracción de la soberanía” y así lo ha reconocido la normativa comunitaria (art. 2,2.I/ de la Directiva, de acuerdo con el art. 51 del Tratado de funcionamiento).

No ocurre lo mismo con los Colegios Profesionales, objeto de la garantía institucional del art. 36 CE, que tanta alarma producen en pagos comunitarios e incluso ministeriales.

Sin duda la institución colegial propia y su correlato de colegiación obligatoria es un límite al libre mercado en cuanto que condiciona el libre acceso al mismo. Pero es un límite que se justifica por criterios como son la protección de los derechos del consumidor garantizándole la calidad de sus consumos; la equidad del precio que por ellos paga, y la disciplina de profesiones que coadyuvan a la gestión de bienes públicos, como es el caso de los abogados respecto de la Administración de Justicia, o de los médicos, farmacéuticos, veterinarios, enfermeras, ect., respecto de la Sanidad.

La doctrina constitucional propia del Estado Social tiene especial relieve en este supuesto de autorregulación que la experiencia demuestra más eficaz que cualquier otro para garantizar la calidad del ejercicio profesional. Una eficacia que a medio y largo plazo resulta económicamente beneficiosa.