

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

Por Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón,
Consejero Permanente de Estado

1. El objeto de esta disertación es investigar las concordancias o diferencias existentes entre la Constitución española y la normativa europea en torno a cuestión tan importante como la libertad económica es, algo capital en una economía de mercado como aquella en que estamos, vivimos y somos. Y, una vez identificadas tales diferencias y concordancias, analizar su posible integración.

En estos momentos en que todos, poderes públicos y sociedad civil, se encuentran agobiados por una crisis profunda y magnificada, si cabe, por su reflejo mediático, pueden parecer inoportunas las reflexiones de un jurista sobre un problema jurídico. ¿Qué tiene que ver la Constitución con los intereses de la deuda, la procedencia o improcedencia del rescate o cómo puede influir en el dictado de los mercados? Ni siquiera pretendo responder tal pregunta. Solo sé que 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. Costó mucho ponerla en pie, todos somos conscientes que son múltiples los riesgos que la amenazan y, a mi juicio, no es el menor de ellos hacer almoneda de algunos de sus elementos fundamentales creyendo que arrojando lastre es más fácil llegar a puerto. No se trata de paranoia, sino de perspicacia. Porque creo preciso llamar la atención sobre lo peligroso de semejante actitud que se difunde en grandes sectores de la opinión pública, quiero insistir antes Vds. en la necesidad de salvaguardar nuestro capital constitucional. Sé que la crisis es agobiante. Pero, sin caer en ninguna magia constitucional sé también que de otros graves agobios ya olvidados salimos merced a la Constitución.

Aprovecho para ello la ocasión que me brinda participar en la conmemoración del 150 aniversario de la Ley Notarial y esto no es casual. Cuando la consolidación del constitucionalismo supuso la liberalización del mercado, la libertad recién adquirida exigió, para ser efectiva, un plus de seguridad jurídica y el Notariado fue instrumento eficaz para garantizarla. Hoy vivimos en una economía de mercado que desborda nuestras fronteras y, por ello, necesitamos garantizar un plus de seguridad. La seguridad que da el Derecho. Por eso, mi disertación, centrada en la exégesis de la Constitución como Constitución normativa que toda

ella es, es la disertación de un jurista, que pretende servir a su pueblo, buscando el fin del Derecho. Al decir de mi querido maestro Jaime Guasp, su fin de conservación social –la Paz- y su fin de progreso social –la Justicia-.

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, día a día, hacia un modelo de capitalismo pretendidamente más liberal que el tratamiento de la crisis acentúa.

El artículo 38 CE proclama como derecho fundamental la libertad de empresa en una economía de mercado que a la luz del artículo 1.1 CE sitúa el modelo económico de la Constitución entre dos polos irrepetibles, la libertad de empresa y los derechos sociales cuya efectividad requiere una intervención de los poderes públicos, ya como prestadores, ya como garantes.

El Tribunal Constitucional, en su zigzagueante doctrina, no ha dejado de explicitarlo. La primera, la libertad de empresa, cuyo contenido procede de la autonomía de la voluntad personal y patrimonial consagrada en diversos artículos de la Constitución, supone la libertad para crear empresas, establecer sus propios objetivos, dirigir y planificar su actividad en atención a los recursos y condiciones del mercado (STC 225/1993 FJ 3B). Lo segundo, la economía social, exige una corrección, sobre criterios de justicia material, de los costes de la competencia y de la distribución de sus beneficios según el propio mercado.

El mismo Tribunal, a partir de las SS 19/1982 y 83/1984, seguido en este punto por la más acreditada doctrina, considera que el art. 1,1 CE, al definir nuestro Estado como “Social y Democrático de Derecho”, no propugna una organización específica del mismo, sino una determinación de sus fines, que son los previstos en el art. 9,2 de la Constitución. Esto es, hacer efectivas la libertad y la igualdad entre ciudadanos y colectivos, removiendo los obstáculos pertinentes. Y todo ello, a la luz del valor superior de Justicia proclamado en el art. 1,1, CE. El camino ha de ser justo y la meta, el orden social a que se refiere el art. 10, también justo.

Ello se articula a través de los derechos sociales calificados ya como derechos fundamentales, ya como Principios Rectores, contenidos en el título I, de disposiciones relativas a economía y hacienda contenidas en el título VII y de garantías institucionales. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en las Sentencias 18 y 23/1984, entre otras, eso no supone una intervención totalizadora del poder público en la economía, sino una interrelación dialéctica entre tales poderes y la propia sociedad que va, por poner algunos ejemplos, desde la fiscalidad a la autorregulación pasando por la prestación de lo que Forsthooff

denominó “ámbitos vitales efectivos” para compensar la carencia de “ámbitos vitales de dominio”.

Por un lado, el adjetivo de “Social” puede exigir políticas públicas activas y en este sentido la búsqueda del pleno empleo propugnada en el artículo 40, podría recurrir a la iniciativa pública en el campo de la economía prevista en el art. 128 CE. Así lo recomiendan economistas tan prestigiosos como Krugman o Stiglitz y es claro que no toda iniciativa pública tiene que ser tan burda y costosa como el “Plan E” de hace cuatro años.

Por otra parte, es claro que 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 CE. Para volver por vía de ejemplo a las garantías institucionales, es indudable que los Colegios Profesionales (art. 36 CE) condicionan el acceso al mercado, que la Administración Pública del Derecho Privado (art. 149,1,8º CE) excluye el ejercicio de la Fe Pública de la libre competencia entre terceros de confianza, juristas o no, y otro tanto ocurre con un sistema público de seguridad social y como tales no han faltado críticas al sistema. Baste recordar los Informes de la Comisión Nacional de la Competencia.

Pero, 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. Un pacto constitucional que es sintético. El mismo artículo que consagra la Monarquía como forma política del Estado es el que establece el Estado Social de Derecho. Si se reconoce la Monarquía es porque es parlamentaria (art. 1,3); si el Estado es de Derecho, es porque es Social; si se consagra la propiedad también se reconocen los derechos sociales. Y afectar unilateralmente cualquiera de estos elementos pone en juego todo el edificio constitucional, sus instituciones y sus valores. 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 lealtad constitucional.

Muchos de Vds saben que me confieso conservador, tan conservador que creo que lo primero a conservar es la cohesión social de España, fundamento indispensable para la conservación de sus instituciones y, desde Bismark al “One Nation Group” de los “tory” británicos pasando por Eduardo Dato, no faltan precedentes ilustres, cada uno a la altura de su tiempo, de este tipo de conservadurismo. En ello consiste el interés general a cuyo servicio debe de estar la economía según el art. 128 CE.

Ahora bien, sabemos que la pertenencia de España a la Unión Europea ha provocado un cambio en las circunstancias políticas que determinaron el momento

constituyente de 1978 y condicionan la vigencia de la Constitución entonces gestada.

Algunos de estos cambios han llevado a la modificación de la propia Constitución como es el caso de la reforma en el año 2011 del artículo 135 CE en consonancia con las previsiones de contención del déficit y la deuda introducidas a partir del tratado de Maastricht y hoy consolidadas en el vigente tratado de Funcionamiento de la Unión. No es de esta modificación de la que voy a tratar aquí. Porque si es cierto que, hoy por hoy, la efectividad del Estado Social, es decir del Estado prestador, pende de los presupuestos, también lo es que el art. 135 prohíbe el déficit, pero no impone una distribución del gasto y es competencia y responsabilidad de los gobernantes estatales distribuirlo de manera que se mantengan aquellas prestaciones sociales que la condición "Social" exige del Estado y no limitarlas so pretexto de no incurrir en déficit, en lugar de restringir otras partidas o allegar más recursos. En España lo que es muy inferior a la media europea son los ingresos públicos y, sin duda, para controlar el déficit hay alternativas más imaginativas y eficaces que reducir el número de los inspectores de hacienda. Con Unión o sin Unión, el Estado Social ha de ser racional, sus prestaciones no pueden ni deben ser dispendiosas ni siquiera lujosas. Si no puede ser un "Estado de bienestar" opulento, basta con que sea un "Estado de solidaridad" justo. 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. Lo que desde Jellinek conocemos como mutaciones constitucionales y que en España ha analizado brillantemente Muñoz Machado. Algunas de estas mutaciones han afectado o pueden llegar a afectar a nuestra constitución económica, esto es, a los fundamentos constitucionales del derecho de la economía entendido en su sentido más amplio, el que determina el modelo económico de nuestra sociedad y concretamente erosionando con ello al Estado Social de Derecho.

¿Hay límites a las mutaciones constitucionales? La cuestión ha hecho correr ríos de tinta desde Laband y Jellinek hasta la fecha. Pero baste ahora señalar que una concepción integradora del derecho constitucional como la incoada por Smend y desarrollada en este punto por Hesse (1) puede concluir que la mutación constitucional tiene dos límites. Por un lado, la normatividad de la propia Constitución que debe excluir la mutación por normas inconstitucionales. De otro, la finalidad –el "telos" decía Löwenstein- de dicha normatividad que no es otro que la integración política de la comunidad estatal. Si hay alguna disposición de nuestra Constitución que así lo exprese es la definición de nuestro Estado como "social y democrático de derecho" y lo que de ello se deriva. La mutación encuentra ahí su límite infranqueable.

La Unión Europea, desde el Tratado de Lisboa de 2007, tras la polémica suscitada por el Tratado Constitucional de 2004 y su subsiguiente frustración, también ha asumido la idea de la "economía social de mercado" (art. 3,3) y ha abundado en declaraciones concordantes con ella. Pero, desde los Tratados fundacionales hasta las más recientes Directivas para hacer efectivo el mercado único, acentúa la idea de libre competencia sobre todo lo demás y las normas e instituciones se orientan no a la corrección de la mecánica del mercado sino a su liberación. Se trata de un modelo de economía de mercado en la que los poderes públicos se limitan a crear un orden jurídico objetivo para la acción económica privada sin intervenir en el mismo para orientarlo ni, menos aun, para corregirlo, sino, antes bien, para imponerlo. Baste a tales efectos recordar la deriva desde el Informe Monti a la Directiva de Servicios de 23/2006. Gráficamente se ha podido afirmar que se ha construido mercado, positivamente a golpe de norma y, negativamente, a golpe de sentencia.

Sirva como ejemplo de lo que quiero decir la Sentencia del TJUE de 22 de Noviembre de 2005 sobre el asunto Mangold. La normativa alemana, para paliar las dificultades laborales de los mayores, introdujo medidas de fomento a la contratación de mayores de 52 años y a su amparo se celebró un contrato de trabajo a tiempo parcial con el Sr. Mangold, de 56 años de edad. El TJUE lo consideró incompatible con la Directiva 2000/78 CE que establecía condiciones generales de igualdad en la contratación. La diferencia entre dos concepciones del mercado queda ahí bien clara.

2. 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 condicionen y en consecuencia limiten el acceso al mercado (v.gr. art. 36).

El problema está en determinar las consecuencias de esta contradicción atendiendo a dos extremos. De un lado, la primacía del derecho comunitario y de otra la identidad constitucional y la consiguiente autonomía institucional de los Estados miembros cuya norma suprema es la propia Constitución.

En efecto, sabido es que 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, primacía sobre toda norma estatal incluso las de derecho constitucional. Tal es la doctrina iniciada en el asunto Costa/ENEL de 1964 y culminada en los asuntos Handelgesellschaft de 1970 y Politi de 1971. Que doctrinalmente los efectos de dicha primacía se califiquen de desplazamiento y no de derogación es irrelevante, porque el resultado es la aplicación de la norma comunitaria y no de la estatal. Lo importante es que dicha doctrina somete la Constitución estatal, no solo al derecho originario de la Unión, sino al derivado, de manera que una norma comunitaria del mínimo rango, algo

difícil de determinar en un ordenamiento que no siempre responde al principio de jerarquía, podría convertir en irrelevante, no derogándola, pero sí desplazándola, una norma o una institución constitucional.

Como después expondré, esta doctrina, verdadero golpe de estado judicial, al decir de europeísta tan distinguido como Pescatore, ha sido y es contestada por la mayoría de las jurisdicciones constitucionales europeas, ha tratado de imponerse en el frustrado Tratado Constitucional de Roma de 2004 (art. 1-6), para poner unilateralmente fin a la polémica, y se ha pretendido reintroducirla en el Tratado de Lisboa, por vía de Declaración que, como tal no forma parte del Tratado (art. 51 a contrario) y que se limita a copiar un Dictamen del servicio jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007, un dictamen que reitera los términos de la jurisprudencia citada (Declaración nº 17).

Ahora bien, también es sabido que la Unión respeta la identidad de sus miembros entendiendo por tal "las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos" (art 4,2 TUE) y, en consecuencia, garantiza su autonomía institucional, noción que ya no se explicita en los últimos tratados sin que falte quien vea en ello un exponente del expansionismo competencial de la Unión ya demostrado, si necesario fuera, en el campo procesal (v.gr. STJUE de 18 de Julio de 2007).

La doctrina española, al hilo del euroentusiasmo dominante, no ha dudado en poner el acento en el primero de estos extremos, la primacía del derecho comunitario, y someter, sin escándalo ni reticencia alguna, la Constitución al derecho de la Unión cualesquiera que fueran los efectos de ello. No en balde la eurofilia española, a diferencia de lo que ocurre en el resto de los grandes Estados de la Unión, se caracteriza por ser acrítica e ingenua. Una vez más, al denunciar durante los últimos diez años los riesgos que para nuestro sistema político suponía semejante situación, he sido voz que clama en el desierto, con algún eco, me honra señalarlo, en la doctrina legal y en las Memorias del Consejo de Estado (2). Y el tenor de tan complaciente doctrina ha influido en la jurisprudencia constitucional. Baste señalar el contraste entre la Decisiones 1/1992 y 1/2004 del Tribunal Constitucional, relativa la primera al Tratado de Maastricht y la segunda al frustrado Tratado Constitucional de Roma. Mientras en aquella el Tribunal afirmó la indisponibilidad de la Constitución por vía de tratado, en la segunda, señaló, mas allá de su utilidad orgánico procedimental, una sustancia integracionista en el art. 93 CE y solamente reconoció una hipotética posibilidad de contradicción entre la Constitución y el derecho de la Unión.

No ha sido ni es así entre los más importantes Estados miembros de la Unión Europea. Si 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 supremacía de la propia Constitución estatal

sobre la normativa europea, tanto el derecho originario como el derivado. Rodríguez Iglesias, de cuyo más solvente europeísmo no cabe dudar, en 1993 y yo mismo en el 2005 (3) señalamos esta larga evolución que ahora cabe sintetizar desde el “mientras que” de la doctrina “Solange”, afirmada por el Tribunal Constitucional alemán en 1974, hasta el “si salvo que” de las resoluciones del Conseil Constitutionnel francés a partir de 2004, pasando por las Sentencias italianas de 1973 (Frontini), 1984 (Granital) y 1989 (Fragd) donde se afirman los límites constitucionales a la integración mediante la reserva hipotética de constitucionalidad sobre la normativa comunitaria y, sobre todo, por las reiteradas Sentencias polacas, desde la de 27 de Mayo del 2003 (K 11/03) hasta la de 11 de Mayo de 2005 (K 16/04), donde se afirma rotundamente la supremacía de la Constitución y el consiguiente control de la jurisdicción nacional sobre la constitucionalidad del derecho internacional o comunitario. La más reciente Sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el tratado de Lisboa confirma esta evolución.

En 1974 El Tribunal alemán afirmó la primacía de la Ley Fundamental y su consiguiente control sobre las normas comunitarias mientras que éstas no ofreciesen garantías dogmáticas y orgánicas análogas a las de aquella, algo que se reitero en 1979 (Vielleicht), y en 1983, matizando sus consecuencias prácticas (Solange II) y se acentuó a partir de 1993 (Maastricht) y sobre todo en el 2010 (Tratado de Lisboa).

Por su parte, el Consejo Constitucional francés, a través de una larga evolución, cuyos antecedentes están en la doctrina Matter sobre la relación ley-tratado internacional, formulada por el Consejo de Estado, allá en 1931, ha afirmado el imperativo constitucional de incorporar el derecho europeo, “salvo” que, como señaló en 1970 contradiga “las condiciones esenciales al ejercicio de la soberanía nacional”, concretadas mucho después, en 1991, en “el deber general del Estado de garantizar el respeto a las instituciones de la República, la continuidad de la vida de la nación y la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos” para, más adelante, en 2004, referirse como causa de excepción a “las leyes fundamentales de la Republica”, “ una disposición expresa de la constitución”, “disposición específica de la constitución” o, en el 2006, que atente “a reglas o principios inherentes a la identidad constitucional de Francia”, incluyendo en ella los valores consagrados en el Preámbulo de la Constitución de 1946 a la que se refiere la de 1958, expresiones en las que la doctrina ha señalado una creciente amplitud y simultanea flexibilidad de los límites con lo que ello supone de mayor margen a la interpretación jurisdiccional.

En resumen, según los más autorizados exponentes de la jurisprudencia constitucional comparada, si por opciones políticas legítimas se quiere hacer compatible la Constitución con normas que le son discrepantes, la Constitución puede y debe ser reformada, como se hizo en la República federal en el caso

relativo al servicio militar de la mujer; pero no puede prescindirse de ella en tanto esté en vigor ni revisarla sin atenerse al procedimiento formal de reforma y hacerlo con un consenso, político, social e institucional, tan amplio o mayor como el que presidió su génesis.

3. La argumentación que latía tras dicha tesis es la siguiente. La Constitución es, expresa o tácitamente; la norma suprema del Estado; es en su virtud, como el Estado se integra en la Unión; en consecuencia dicha integración no puede derogar la Constitución o, lo que es lo mismo a efectos prácticos, desplazar sus normas. La integración supranacional no permite disponer de la Constitución estatal. Esta fue la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en la decisión 1/1992, desafortunadamente aguada, frente a toda la experiencia comparada, en la Decisión 1/2004. Y, lo que me parece de importancia capital, la supremacía de la Constitución no se deduce de una mera posición jerárquica afirmada en la misma que el poder constituyente constituido, esto es la revisión constitucional podría modificar, sino porque la Constitución expresa la infungible identidad de un pueblo soberano. Tal es la doctrina expresamente formulada por los Tribunales Constitucionales alemán desde 1993 y polaco desde 2005 entre otros –influidos todos ellos entre sí- y reiterada con énfasis que ha escandalizado a tantos euroentusiastas, en la Sentencia de 6 de julio de 2010 sobre el Tratado de Lisboa. Cuando un pueblo deja de tener conciencia de su propia identidad soberana y prefiere que sus problemas se resuelvan desde el exterior cae en lo que desde 1940 puede llamarse “síndrome de Vichy”.

Sería deseable la más profunda incorporación de nuestro supremo intérprete de la Constitución a este fecundo “diálogo entre los jueces” que debe ser horizontal y no solo con la Corte de Justicia de la Unión, atendiendo a lo que Pescatore denominó la articulación constitucional del poder de integración, tarea esta que tan solo cabe esbozar aquí a través de las siguientes tesis.

a) El artículo 93 CE es el fundamento de la participación de España en la UE. En consecuencia, el poder de integración allí configurado no puede ir más allá de atribuir el ejercicio, como tal revocable, de determinadas y como tal limitadas competencias, a la Unión. Tesis que concuerda perfectamente con el principio de atribución y la revocabilidad de la Unión reconocidos en los Tratados de la misma y que fue expresamente mantenida, primero por la Cámara de los Lores, y, después por el Tribunal Constitucional alemán en la S. de 8 de Abril de 1987 (caso Koppenburg), precisamente muy favorable al derecho comunitario.

b) Esta atribución realizada mediante Ley Orgánica no puede exceder las propias competencias del legislador orgánico al que el art. 93 citado habilita para autorizar dichas atribuciones competenciales. Es decir, no puede reformar la propia Constitución, algo solo factible mediante los procedimientos previstos en el título X de la misma, ni afectar al contenido esencial de los derechos fundamentales, ni

derogar la imagen social identificadora de aquellas instituciones garantizadas por lo que la doctrina y la jurisprudencia conoce como, perdón por la redundancia, garantías institucionales.

c) La Constitución, sistemáticamente interpretada, obliga al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la pertenencia de España a la UE, entre otras, a la incorporación del derecho derivado. Un derecho derivado cuya compatibilidad con la Constitución estatal no viene garantizada por la conformidad del derecho primario y la propia Constitución y que, por tanto, debiera ser sometido a un control de constitucionalidad regido por una voluntad integradora, esto es lo que cabría denominar un prejuicio favorable y, a la vez, un respeto no solo formal sino substancial, a la supremacía de la Constitución afirmada en el art. 9 de la misma y tantas veces reiterada en foro legislativo, jurisdiccional, doctrinal y político. Un control que se facilitaría, si, como señaló el Consejo de Estado en su Informe del año 2006 sobre la Reforma Constitucional, se constitucionalizase expresamente la pertenencia a la Unión, algo a mi juicio excesivo o, mas simplemente, como en su día propusimos el ilustre González Campos y yo mismo, mediante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para incorporar el derecho comunitario al bloque de constitucionalidad e interpretarlo así a la luz de la propia Constitución.

d) Dicho control debiera distinguir, en nuestra constitución económica, tres tipos de disposiciones. Por una parte, aquellas previsiones cuya puesta en práctica parece condicionada por la normativa comunitaria. Otras, cuyas condiciones de ejercicio han sido alteradas por la pertenencia de España a la Unión. En fin, una serie de normas e instituciones que, a más de su incidencia en la vida económica, forman parte de la estructura constitucional del Estado.

Respecto de lo primero, baste señalar la eventual mutación del artículo 128 CE. Su párrafo segundo –“mediante ley se podrán reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio”- era, al momento de su redacción, perfectamente compatible con el entonces vigente art. 222 del tratado CEE y con la noción de derechos especiales exclusivos que permitía a los Estados establecer el monopolio de los servicios de interés económico general (art. 90 del mismo tratado). Ahora bien, la interpretación de este artículo se invierte a partir de la S. del TJUE de 19 de mayo de 1991, por obra de la Comisión y de la jurisprudencia comunitaria al considerar los “derechos especiales exclusivos” contradictorios con el mercado único a justificar en cada caso por el Estado afectado. La situación, es cierto, se moduló a partir de la Sentencia Corbeau de 1993 y las modificaciones del tratado de Ámsterdam han culminado en el de Lisboa. Pero, aparte del marasmo normativo señalado por la doctrina y la *ciboga* mantenida sobre la cuestión por el Parlamento Europeo y la propia Comisión, no se ha relajado el condicionamiento de la decisión estatal a los procedimientos comunitarios.

A la hora de garantizar el "sistema público de la seguridad social" que prevé el artículo 41 CE y 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, esto es que "tengan su fundamento en disposiciones constitucionales". Y no solo porque supongan funciones de soberanía –como también sería el caso de la Fe Pública en la que más adelante abundaré- sino porque a través de ello se hacen efectivos valores substantivos del pacto constitucional como es el valor superior de igualdad consagrado en el art. 1,1 CE.

En cuanto a lo segundo, no puede mantenerse, como ha pretendido algún autor, más docto en estructura económica que en análisis jurídico, que nuestra constitución económica ha sido derogada de facto. Como parte integrante y sustancial del pacto constitucional sería muy peligroso considerarla obsoleta. Mejor sería inspirarse en lo que el Tribunal Constitucional alemán afirmó en las dos sentencias Solange de 1974 y 1983. "En tanto que" las instituciones y políticas europeas permitan cumplir los objetivos de determinados Principios Rectores no se deroga ni desplaza la norma constitucional, tan solo se muta su técnica de aplicación. Así, por ejemplo, las previsiones del art.130 CE serían ahora servidas por la PAC y la PPC. Cual sea el éxito de tales instrumentos dependerá de su gestión política como lo sería su articulación legislativa y reglamentaria por normas internas. De la misma manera que el juzgador debiera controlar estas si contradijesen unos principios cuyo "reconocimiento, respeto y protección... informaran la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos" (art. 53,3), también el juzgador español debiera controlar en qué medida el derecho derivado relativo a estas materias es conforme con dichos principios y en general con las exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho.

En tercer lugar encontramos las garantías institucionales, esto es, aquellas normas que persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas, identificadas a través de un concepto, cuyo mantenimiento no engendra derechos subjetivos, pero cuya erosión viciaría de inconstitucionalidad la norma que atenta contra ellas. No es esta la ocasión de analizar la genealogía doctrinal y despliegue comparatista de las garantías institucionales y baste decir que nuestra jurisprudencia constitucional las conoce desde la STC 32/1981.

¿Cuáles son los criterios que permiten identificarlas? Como, siguiendo la doctrina alemana ha señalado entre nosotros el pfr. Jiménez Blanco (4), la finalidad protectora y su referencia a una institución. En efecto, la garantía institucional proporciona una protección reforzada, originada en la propia voluntad del constituyente, para tutelar un bien referido a los valores constitucionales substantiales que se actualizan en una institución determinada. A mi juicio, la principal de todas ellas prácticamente consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, el sistema público de seguridad social garantizado en el art. 41 CE que

responde al valor superior de igualdad (art.1 CE), asegurado mediante la suficiencia de la asistencia y prestaciones sociales. No hay Estado social sin esa "procura existencial" (Forsthoff)

4. Ahora bien, dicho todo lo anterior y en honor a la efemérides que aquí nos convoca, el 150 aniversario de la Ley Notarial, quiero hacer cumplida referencia a otras dos garantías institucionales que también contribuyen, desde sus respectivos ángulos, a ahormar el mercado, evitando su deriva hacia el rastro: los Colegios Profesionales (art. 36 CE) y la Administración Pública de Derecho Privado (art. 149,1,8º CE), instrumentos de valores constitucionales tan relevantes como el derecho de los consumidores de servicios profesionales en el primer caso (art. 52 CE) y la seguridad jurídica en el segundo (art 9,3 CE), seguridad jurídica instrumentada mediante el control de legalidad propio del Notariado. Por su entidad axiológica material y su relieve formal en la Constitución se trata de algo que el derecho de la Unión no puede desplazar. Los negociadores españoles en Bruselas debieran tenerlas 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 procedimientos en ella previstos y con las condiciones de consenso que presidieron felizmente su factura, pero, mientras esté en vigor, no puede ser desplazada (5).

Parece que la ola liberalizadora encontraba, por ahora, un límite en 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 (S. 17 de febrero de 1972) "una fracción de la soberanía" y así lo ha reconocido la normativa comunitaria (art. 2,2.1/ de la Directiva, de acuerdo con el art. 51 del Tratado de funcionamiento). Sin embargo, el TJUE el año 2011 mantuvo un criterio contrario poniendo en tela de juicio este carácter del Notariado y el propio TS español en S. de 19 de junio de 2012, con argumentos de derecho privado, se apartó un tanto de esta concepción soberanista de la Fe Pública que, curioso es señalarlo, recalca en Sentencia de la misma fecha respecto de su propio Notariado el Tribunal Constitucional alemán. Por ello, es muy oportuna y positiva la reciente declaración del Ministro español de Justicia comprometiéndose a defender en Bruselas la índole funcional del Notariado.

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. Ciertamente que se ha abusado de la figura colegial. En épocas autoritarias para hacer de ellos cauces de representación política, en épocas democráticas para crear profesiones tituladas con fines claramente maltusianos. Del Colegio de titulados se pasaba así a los titulados por pertenecer a un Colegio. La deformación de la institución es evidente y ello no ha redundado en su solidez. La

doctrina ha distinguido por ello los Colegios propios de los impropios y en algún voto particular a los dictámenes del Consejo de Estado he señalado la necesidad de restringir a los primeros la garantía institucional del artículo 36, precisamente para fortalecerla.

La finalidad de los Colegios, lo que justifica su garantía institucional es, en expresión del Tribunal Constitucional, asegurar "que el ejercicio de la profesión, que constituye un servicio al común, se ajusta a las normas o reglas que aseguran tanto la eficacia como la eventual responsabilidad del ejercicio" (STC 8971989 fj 5º). Se trata de un supuesto de autorregulación en beneficio de los consumidores de los servicios profesionales y no de los profesionales mismos que, por ello, no tiene sentido cuando los profesionales están ligados por una relación de supremacía especial a su único cliente, la administración (STC 76/2003).

Sin duda la institución colegial propia es un límite al libre mercado en cuanto que condiciona el libre acceso al mismo, por más que conceptualmente pueda y deba distinguirse entre la libertad de trabajo del art. 35 y su condicionamiento mediante la titulación y colegiación prevista en el artículo 36. Pero es un límite que se justifica por criterios que, parafraseando el famoso título de Röpcke, se encuentran "Mas allá de la oferta y la demanda", cuando la colegiación sirve para proteger los derechos del consumidor garantizándole la calidad de sus consumos y la equidad del precio que por ellos paga y la disciplina de profesiones. Especialmente de aquellas que coadyuvan a la gestión de bienes públicos como es el caso de los notarios por las razones ya apuntadas, de los abogados respecto de la administración de justicia o de los médicos, farmacéuticos, veterinarios, enfermeras, etc. respecto de la sanidad. Pero también de aquellas otras profesiones liberales cuya alta cualificación profesional que la disciplina colegial debe garantizar tanto como el título académico, es parte muy importante de nuestro capital humano que sería irresponsable disolver en un mercado de supuesta competencia perfecta. Pero es esa calidad una de las mejores bazas de nuestra anhelada competitividad y su garantía colegial ha de ser fuente de seguridad para el consumidor, indispensables condiciones ambas, competitividad y seguridad, del crecimiento económico.

La garantía institucional despliega en tres líneas su protección: la dirección, la intensidad y la temporalidad. Esto es frente a quien protege, que protege, desde y hasta cuando protege.

En cuanto a la primera, la protección funciona frente al legislador, cualquiera que este sea y, claro está, frente al poder reglamentario. Pero también *inter privatos*, puesto que, como ha señalado la jurisprudencia comparada, existe un paralelismo en el alcance horizontal de la vigencia de las garantías institucionales y los derechos fundamentales que, por ello, no son solo oponibles ante el poder público. Extremo este especialmente importante en relación a los Colegios

Profesionales y la Administración Pública de Derecho Privado porque es preciso asegurar tanto la no disolución de los primeros, ya por obra del legislador ya por las consecuencias del principio de no colegiación obligatoria, como la eficacia de la segunda al servicio de la seguridad jurídica impidiendo su privatización formal y su colonización al servicio de las partes más poderosas en el tráfico. Las últimas reformas del reglamento Notarial son ejemplares al efecto.

Respecto de lo segundo, el Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina y la jurisprudencia alemana, ha dejado claro que la garantía institucional no protege un contenido inmutable, sino una determinada imagen social que hace reconocible la institución. Parafraseando a Windscheid, puede afirmarse que cada palabra del legislador, es tributaria de su tiempo y el tiempo es forma de edad. Por ello, cuando el constituyente se refirió a los Colegios Profesionales lo hizo teniendo presente lo que eran y son, no un mero nombre vacío y otro tanto puede decirse cuando mencionó los instrumentos y registros públicos. Los trabajos constituyentes especialmente en el Senado así lo revelan.

Ello nos lleva a explicitar en dos direcciones, pasado y futuro, la dimensión temporal de la protección atrás mencionada.

En la génesis de la garantía institucional, Carl Schmitt señaló cómo las instituciones fruto de la evolución histórica llegan a un punto de cristalización de su propia imagen. Una imagen socialmente reconocible cuya preservación es fundamental a la institución, pero que proporciona seguridad a quien ha de usar de ella, como integrante de un paisaje jurídico conocido. Es a esa imagen a la que hay que atender. Por ejemplo en el caso del Notariado no a la de los escribanos del Antiguo Régimen o al sistema anglosajón de una acreditación más privada que pública, garantizada a través de costosos seguros también privados, sino a la acuñada por la ley de 1862 cuyo ciento cincuenta aniversario festejamos

Pero la preservación de la imagen no puede suponer la fosilización de la institución. Precisamente porque lo que justifica la protección no es tanto la institución protegida sino los valores que dicha institución sirve y es claro que los cambios sociales y económicos exigen que los mismos valores se sirvan en cada momento histórico con fórmulas y técnica a la altura del tiempo. Cuando el tráfico económico-mercantil se realiza "on line", la seguridad jurídica ha de garantizarse también públicamente, sin patrimonialización alguna, "on line", sin perder de vista que la seguridad jurídica excede con mucho la seguridad de las comunicaciones. Se refiere a la certeza de lo comunicado. Por eso mismo, la ley de Colegios profesionales de 1974 se modificó en 1978 y clama hoy por su adecuación a las necesidades del presente. Lo que se *petrofacta*, se *putrefacta*.

Y termino como empecé. ¿Supone esta ya larga intervención una orgía jurídica que juega con los conceptos y olvida la apremiante realidad política y

económica? No sería la primera vez que se me acusara de ello, sin que ciertamente la experiencia avalara la crítica. Porque el derecho sirve para racionalizar, encauzar y poder manejar, con lo que Hegel denominaba pasión de hielo, esas tan apremiantes realidades. Intenta y cuando los juristas son jurisprudentes consigue, transformar los conflictos de intereses, afectos y aun pasiones en interpretaciones que permiten integrar lo distinto. 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 mas de tres décadas de convivencia democrática y progreso social que no debe poner en juego lo que cabría llamar, parafraseando a mi crítico de antaño, orgía de siglas y de magnitudes macroeconómicas, de muy discutible fiabilidad a la luz de las más recientes experiencias.

NOTAS

1. Cf. Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. esp. Madrid (CEC9 1983, p. 65 s.
2. Vd. en especial *Constitución Española y Constitución Europea*, Madrid (Instituto de España), 2004; *Riesgos colaterales de la Constitución Europea*, Oviedo (Aula Magna), 2005; “Europeización de la Constitución Española (Contribución a la reforma constitucional)” en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LVIII, nº 83, 2006, p. 385 ss.
3. Cf. Rodríguez Iglesias, “Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario” en *Hacia un nuevo un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Pfr. Díez de Velasco*, Madrid (Tecnos), 1993, p. 1175 ss y mi nota en *Revista Española de Derecho Internacional*, LVII, (2005), 1, p. 89 ss.
4. Cf. *Homenaje al pfr. García de Enterría*, Madrid (Civitas), 1991, II, p635 ss.
5. He abundado en ambos extremos en mi libro *El Valor de la Constitución*, Barcelona (Crítica), 2003, p. 191 ss y 347 ss.