

LA CLAUSULA DE LIBRE CIRCULACION Y LA GARANTIA DE LA UNIDAD DEL MERCADO INTERNO EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978¹

Enoch Alberti Rovira

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCION: LA IMPLANTACION DEL ESTADO COMPUESTO Y LA PRESERVACION DE LA UNIDAD ECONOMICA PREEXISTENTE

Cuando España adopta una fórmula compuesta de organización político-territorial en la Constitución de 1978, la unidad económica de su territorio es un hecho y un dato de la realidad. El Estado autonómico no nace como el resultado de un proceso federal de unificación, sino de la descentralización política del Estado unitario preexistente. Y la unidad económica interna, en términos jurídicos, se había conseguido mucho antes, según el patrón más o menos clásico de la implantación del Estado liberal unitario, y no a través de un proceso de fusión política de mercados independientes, protegidos por Estados soberanos.

Como se sabe, en efecto, la constitución de un mercado unitario en el territorio español se produce esencialmente durante la primera mitad del siglo XIX, como resultado de la sustitución de las viejas estructuras del Antiguo Régimen por las propias del Estado liberal: eliminación de aduanas interiores y «puertos secos»²; supresión de la exigencia de

¹ El presente artículo se inscribe en un trabajo de investigación más amplio sobre las dimensiones constitucional y europea de la libertad de circulación y la unidad de mercado, sobre cuyos resultados tuve la oportunidad de impartir un curso en el Centro de Estudios Constitucionales en mayo de 1992. Por razones obvias, las páginas que siguen circunscriben su objeto al examen de algunos de los problemas abordados en dicho curso, quedando fuera especialmente la dimensión comunitaria o europea de la cuestión, que, sin embargo, resulta decisiva también en el tratamiento interno de la misma.

² Prevista en el artículo 354 de la Constitución de Cádiz, pero no realizada efectivamente hasta el fin de la primera guerra carlista, por Ley de 16 de agosto de 1841, para Navarra, y por Decreto de 29 de octubre de 1841, para Vizcaya, Guipúzcoa y Alava.

pasaporte a las personas en sus desplazamientos internos³; extinción de los gremios, aunque a veces no formalmente, con la consiguiente instauración de la libertad de comercio e industria⁴; abolición de los señoríos y reconversión liberal de la propiedad sobre la tierra⁵, que supuso desgajar del título de propiedad de la tierra el conjunto de poderes señoriales a él anudados en el sistema feudal; desamortización de la tierra y de los bienes inmuebles en poder de las «manos muertas»⁶; y, finalmente, adopción de normas comunes sobre el tráfico económico, de carácter civil y, sobre todo, mercantil⁷. Con este vasto y profundo conjunto de medidas a la vez se *creaba* un mercado y éste adquiriría una dimensión *nacional*. Dado el modelo unitario y centralista seguido en la construcción del Estado liberal español, ambas circunstancias se presentan intrínsecamente unidas, y su trabazón no ha sido sino reforzada en el curso de su desarrollo histórico, con algunos, muy escasos, breves y generalmente convulsos paréntesis.

Sin embargo, con el paso en 1978 de un Estado unitario y fuertemente centralista a otro de naturaleza compuesta, la existencia de un único mercado interno y de una dirección unitaria de la economía ha debido establecerse y *garantizarse* según los parámetros que rigen para los Estados federales, o compuestos en general, pues ambos se organizan sobre la base de una pluralidad de centros de gobierno, todos ellos con capacidad para intervenir en la economía, aunque con distinta intensidad. Por ello, los problemas que en esta materia se plantean en el Estado autonómico son de índole análoga a los que se presentan en los Estados federales, y las soluciones no pueden tampoco diferir demasiado de las adoptadas en los mismos. Debido a nuestro particular punto de partida, sin embargo, la finalidad específica y la principal preocupación del constituyente no fue, obviamente, la de lograr la unidad económica, sino la de preservarla, la de evitar que ésta se rompiera, con la consiguiente fragmentación económica del territorio. La entrada en escena de otros poderes territoriales, dotados con capacidad de acción en la esfera económica, inherente a su cualidad de

³ Supresión que no se produciría hasta el Real Decreto de 15 de febrero de 1854, en un proceso magníficamente explicado por el profesor J. M. Castellés Arteché, *El derecho de libre desplazamiento y el pasaporte en España*, Madrid, 1974.

⁴ Establecida sólo definitivamente con la igualmente definitiva implantación del Estado liberal, por dos Reales Decretos de 20 de enero de 1834 y por el Real Decreto de 6 de diciembre de 1836, que restablecían dos Decretos de las Cortes de Cádiz de 8 de junio de 1813.

⁵ Operada por el Decreto de las Cortes de Cádiz de 6 de agosto de 1811, la Ley de 3 de mayo de 1823 y la Ley de 26 de agosto de 1837.

⁶ En un largo proceso que no culminó hasta la Ley desamortizadora de Madoz, de 1 de mayo de 1855.

⁷ Como se sabe, la pretensión codificadora de adoptar unas nuevas leyes comunes inspiradas en los principios racionalistas y universales de liberalismo se expresa ya en la Constitución de Cádiz (art. 258), pero mientras que el Código de Comercio se promulgó en 1829 sin excesivas dificultades, aún bajo el reinado absolutista de Fernando VII, el proceso de codificación civil fue mucho más lento, dificultoso y complejo, y no concluyó, aun provisionalmente, hasta 1889.

entes de gobierno, no debía mermar la unidad económica preexistente, pero ésta, necesariamente, debía concebirse en otros términos, para admitir la diversidad que comportaba la introducción de nuevas instancias territoriales de gobierno. Ello, creo, explica que las técnicas y mecanismos mediante los cuales se pretende garantizar la pervivencia de la unidad económica sean sustancialmente equivalentes a los empleados en los sistemas federales⁸; y, por otra parte, explica también, como se verá, que se pretenda introducir una mayor o más reforzada garantía de la unidad económica, a veces mediante fórmulas y mecanismos (como la propia cláusula del art. 139.2 CE) que actualmente no son utilizados ya en los Estados federales y que hoy pueden parecer meras prevenciones y cautelas generales contra todo riesgo, real o imaginario, de ruptura económica del territorio, constituyendo en gran parte una reiteración de objetivos y garantías que se consiguen ya, incluso más eficazmente, mediante otras disposiciones constitucionales, como se verá más adelante.

El propósito que guía estas páginas es el de intentar determinar el significado y el alcance específicos de la cláusula contenida en el artículo 139.2 CE, por la que *«ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español»*.

La aparente simplicidad de su formulación se desvanece rápidamente a poco que se consideren ciertas circunstancias. En primer lugar, en las Constituciones de los Estados federales actuales no es común encontrar una cláusula de semejante contenido, pero, en cambio, es obvio que la finalidad que ésta persigue de forma inmediata y explícita, el aseguramiento de la libre circulación de personas y bienes en el interior del territorio estatal y, en última instancia, la garantía de la unidad del mercado interno, se alcanza en los mismos mediante otros mecanismos y disposiciones. Curiosamente, sólo algunos Estados

⁸ No podemos detenernos, naturalmente, en el examen de los mecanismos que han sido utilizados en los procesos federales para lograr la unificación económica del territorio. En una muy apretada síntesis, puede concluirse que, a pesar de las especificidades y las diferencias, sustantivas y de ritmos, estos procesos han recurrido en general a cuatro vías esenciales para conseguir dicho objetivo: la desaparición de las fronteras interiores y la consiguiente creación de una unión aduanera frente al exterior; la interdicción del trato desigual en el interior de cada Estado miembro a los ciudadanos de los demás que integran la Federación, comprendiendo, naturalmente, el ejercicio de actividades económicas; la uniformización de las reglas básicas de disciplina de las actividades económicas en todo el territorio federal; y, finalmente, la concesión al poder central de los principales instrumentos de intervención económica, especialmente los necesarios para desarrollar una política económica unitaria, según la concepción y el alcance que tenga la misma en cada momento histórico. En la bibliografía española, el examen más general y completo de las experiencias federales en materia de unificación económica continúa siendo el volumen, dirigido por el profesor García de Enterría, *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, Madrid, 1980, en el que cobra especial relevancia la reflexión realizada por García de Enterría en el «Estudio preliminar» contenido en el mismo.

que responden al modelo compuesto de organización territorial, pero cuyo origen no se encuentra en un proceso de federación sino de descentralización política, sí incluyen un precepto parecido en su Ley fundamental (art. 120 de la Constitución italiana, art. 4 de la Constitución austríaca). En éstos, sin embargo, tal cláusula no ha merecido excesiva atención doctrinal y ha gozado de una más bien escasa, por no decir prácticamente nula, virtualidad. La efectiva garantía de la libre circulación y de la unidad interna del mercado y, más lejos aún, de la dirección unitaria de la economía se produce por otras vías, que relegan la cláusula específica de la libre circulación al papel de una mera garantía repetitiva o de un principio general que condensa, a modo de síntesis, la función que ya realizan otros y muy variados preceptos constitucionales.

La cláusula de libre circulación alcanza su máxima virtualidad, en cambio, en el contexto de los procesos de unificación económica, previos o incluso independientes del eventual objetivo final de la unificación política. Así ocurrió con la *Zollverein* alemana, y así ocurre actualmente con las Comunidades Europeas. En estos casos, y salvando las distancias, el establecimiento firme de un principio de libre circulación de los factores de producción es la palanca con la que se fuerza la creación de un mercado único allí donde existían territorios económicamente independientes, al menos desde un punto de vista jurídico. Pero una vez creado tal espacio económico unitario, o, más precisamente, una vez alcanzado el objetivo final de la unificación política y asentada ésta sobre una base constitucional (caso de Alemania), la libre circulación se convierte en un hecho de la realidad que ya no se sustenta jurídicamente en una disposición que expresamente la prevea, sino en las múltiples normas de naturaleza constitucional que traban la unidad política y económica en su conjunto. Sin embargo, mientras tal objetivo final no sea completamente alcanzado (caso de la CEE, en el supuesto, por ver, que sea éste su punto de destino histórico), la cláusula general de libre circulación continúa desplegando una enorme virtualidad *constructiva*, como instrumento fundamental en la remoción de los obstáculos y las inercias nacionales que se oponen a la consecución de mayores cotas de integración.

En estas circunstancias podría pensarse que, en España, una cláusula como la contenida en el artículo 139.2 CE quedaría en un muy discreto segundo plano, cumpliendo una función de mero recordatorio o de síntesis de lo que ya se establece y garantiza a través del conjunto de normas constitucionales que se proyectan sobre la economía y aquellas que diseñan el reparto de poderes entre el Estado y las CC.AA. y su concreta articulación en este ámbito. Sin embargo, la cláusula del artículo 139.2 CE ha estado presente en las disputas competenciales entre ambas instancias desde el primer momento⁹, y ha ido adquiriendo

⁹ La primera vez que el Tribunal Constitucional tuvo que enfrentarse con la cláusula de libre circulación del artículo 139.2 CE fue en el recurso de incons-

una mayor presencia en las alegaciones de las partes y en la propia argumentación del Tribunal Constitucional. En la literatura jurídica, igualmente, el artículo 139.2 CE se ha presentado en ocasiones como la expresión de un eventual principio constitucional de unidad de mercado¹⁰, o incluso como el propio fundamento de la unidad del orden económico en España a partir de la Constitución de 1978¹¹. En todos estos casos, y con sólo algunas excepciones¹², el artículo 139.2 CE se contempla con un carácter inespecífico y con un contenido tan amplio y elástico que se hace prácticamente indeterminado, de suerte que sirve para cualquier finalidad que se mueva en la línea de conseguir una mayor uniformidad del sistema económico, con una fuerza potencialmente ilimitada.

Para examinar el contenido específico y el alcance concreto de la cláusula de libre circulación del artículo 139.2 CE hay que situarla primeramente en su contexto: el de las normas constitucionales que establecen la unidad económica del territorio español. A ello vamos a dedicar el apartado siguiente, que pretende analizar, aun cuando sea sumariamente, el cuadro constitucional sobre el que se asienta tal unidad y los concretos mecanismos que se emplean para este fin.

titucionalidad presentado por el presidente del Gobierno contra la Ley vasca 3/1981, de centros de contratación de cargas, resuelto por STC 37/1981, de 16 de noviembre.

¹⁰ Sobre la existencia implícita en la Constitución de un principio de unidad de mercado, apoyado más o menos directamente en la cláusula de libre circulación del artículo 139.2 CE, entre otros, y desde perspectivas y con matices y alcance diversos, S. Martín-Retortillo, *Derecho Administrativo económico*, I, Madrid, 1988, pp. 117 y ss.; O. de Juan, *La Constitución económica española*, Madrid, 1984, pp. 258 y ss.; J. I. Font Galán, *Constitución económica y derecho de la competencia*, Madrid, 1987, pp. 145 y ss. (en nota); S. Muñoz Machado, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, I, Madrid, 1982, p. 190, y, con J. M. Baño León, «Libertad de empresa y unidad de mercado», en *La empresa en la Constitución española*, Pamplona, 1989, pp. 223 y ss.; R. Martín Mateo, *Derecho Público de la Economía*, Madrid, 1985, pp. 35 y ss.; A. Calonge Velázquez, *Autonomía política y unidad de mercado en la Constitución española de 1978*, Valladolid, 1991, pp. 127 y ss.; V. Santos, «Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución española de 1978», en M. Ramírez (ed.), *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1982, pp. 388 y ss. Igualmente, en otra ocasión he sostenido igualmente esta posición (Aja, Tornos, Font, Perulles y Alberti, *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1985, pp. 90 y ss.).

¹¹ P. Escribano Collado, «El orden económico en la Constitución española de 1978», *REDC*, 14, 1985, p. 107.

¹² Los únicos trabajos, hasta donde conozco, que intentan acotar el artículo 139.2 CE en un ámbito específico son los de C. Viver Pi i Sunyer, «La libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libertad de circulación de bienes (art. 139.2 CE)», en Institut d'Estudis Autonòmics, *La función del artículo 149.1.1 CE en el sistema de distribución de competencias*, Barcelona, 1992, y de A. Font i Ribas, «Liquidacions a preu de saldo: les rebaixes liquidades. Acotacions a la STC 88/1986, d'1 de juliol», *RJCat*, 1987-3, pp. 123 y ss., negando este último la mayor, eso es, la propia existencia de un principio constitucional de unidad de mercado.

2. MECANISMOS CONSTITUCIONALES AL SERVICIO DE LA UNIDAD ECONOMICA

2.1. *La Constitución como fundamento y medida de la unidad económica*

La unidad económica no puede considerarse un *a priori* en un Estado compuesto. Aun cuando la vocación a la unidad, política y también económica, sea consustancial a toda organización estatal, no puede reconocerse la existencia de un principio de unidad (económica, en cuanto es ésta la que aquí interesa) previo a la Constitución, pues nada podría decirse sobre su concreto contenido, sobre la medida en que se exige o prescribe tal unidad. En un Estado compuesto, la medida y, en cierto modo también, el fundamento de la unidad económica debe buscarse en la Constitución, como acto fundacional de tal Estado. Del mismo modo que la medida de la unidad política, su concreta configuración a partir de un determinado equilibrio entre uniformidad y variedad y entre poderes del centro y poderes de las entidades autónomas, se encuentra en las reglas que establece la Constitución, la medida de la unidad económica se halla igualmente establecida en este acto normativo fundamental y primario, de valor fundacional.

La Constitución cumple una función de integración, que se proyecta igualmente sobre el ámbito económico. El principio de unidad económica, así, es una resultante de la Constitución, y no, jurídicamente, algo anterior a ella. La inclusión de normas específicamente económicas en la Constitución, dirigidas en general a regular las conductas económicas de todos los agentes que intervienen en este ámbito, hace aparecer esta función de integración especialmente perceptible: en tanto que la Constitución contiene reglas sobre el orden y el proceso económicos, y en tanto que ésta es única y vincula a todos por igual, la Constitución establece un marco jurídico unitario para la disciplina de la actividad económica.

La función de integración económica de la Constitución no se realiza por referencia a un determinado modelo económico, que se consagre como «modelo económico constitucional», sino mediante el establecimiento del marco jurídico básico de disciplina de las actividades económicas, al que deben someterse todos los poderes públicos cuando pretendan intervenir en este ámbito, y, por otra parte, mediante la fijación de un determinado reparto de competencias entre las diversas instancias, que distribuye las responsabilidades de intervención. Esta afirmación, especialmente en su primera parte, requiere una justificación, que aquí ha de ser no obstante breve y sumaria, pues remite a una cuestión de mucho más calado, como es la relación entre Constitución y economía, o, si se quiere, Constitución y sociedad, que desborda ampliamente los límites de estas páginas.

La inclusión de normas económicas en la Constitución, como se sabe, coincide en general con la introducción del principio social del Estado y es propio del constitucionalismo surgido de la II Guerra Mundial, con el precedente, importante, de algunas Constituciones de entreguerras, y muy significadamente de la de Weimar, en la que se inspiró en parte la española de la II República. Con anterioridad, en el largo período liberal, con todas sus vicisitudes y etapas, puede decirse que sólo se incluía en la Constitución el derecho a la propiedad privada, pues la libertad de actuación económica de los particulares se consideraba implícita en la libertad individual general¹³.

Ello no significa, sin embargo, que las Constituciones liberales se desentendieran de la economía, en el sentido de que no contuvieran o presupusieran un determinado modelo económico, ni que el Estado liberal no interviniera en este ámbito. Muy al contrario, la constitucionalización de la propiedad privada y de la libertad económica tenía como efecto excluir toda intervención de los poderes públicos que pudiera limitar tales derechos (o, al menos, someterla a severas restricciones, tanto formales —mediante ley— como materiales —siempre por motivos de «utilidad pública»—), pero no, en cambio, aquellas otras actuaciones destinadas a favorecerlos o a protegerlos. Sólo así puede comprenderse la pacífica coexistencia de la ideología del *laissez faire* con la amplia intervención pública que tuvo lugar en la economía y la sociedad, dirigida a derribar las viejas estructuras del Antiguo Régimen¹⁴.

¹³ En el constitucionalismo español del siglo XIX, la garantía más común de la libertad de actuación económica de los particulares se fundamentaba esencialmente en el derecho de propiedad privada, incluido en todas las Constituciones, que prevenían igualmente severos límites a la posibilidad de expropiación. Por otro lado, la Constitución de 1812 atribuía a las Cortes la facultad de «promover y fomentar toda especie de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan» (art. 131.21). El establecimiento de la libertad de ejercicio de actividades mercantiles e industriales vino con los dos Decretos de Cortes, de 8 de junio de 1813, que supusieron la práctica abolición de los gremios. La Constitución de 1869 añade a la clásica garantía de la propiedad la libertad de establecimiento de extranjeros para desarrollar una actividad económica en España, siempre que no se exija un título de aptitud expedido por las autoridades españolas (art. 25). Pero no es hasta la Constitución de 1931, «democrática y liberal, de gran contenido social», como destacó L. Jiménez de Asúa, presidente de la Comisión parlamentaria encargada de elaborar el proyecto de Constitución, que se reconoce explícitamente la libertad de industria y comercio, «salvo las limitaciones que, por motivos económicos y sociales de interés general, impongan las leyes» (art. 33). Este explícito reconocimiento (que en los períodos anteriores cabe considerar implícito, pues la libertad de actuación económica se entendía como parte de la libertad individual general) debe explicarse precisamente por la posibilidad que se introduce de limitar tal libertad por motivos sociales. El acento y la trascendencia de esta declaración constitucional está más en el límite que en el reconocimiento del derecho.

¹⁴ Muy significativamente, la masiva intervención estatal que se produjo en materia de abolición de señoríos, desamortización de bienes, desvinculación de mayorazgos, supresión de gremios y, más adelante, en la creación de infraestructuras básicas del transporte (carreteras, caminos y, sobre todo, ferrocarriles). Sobre las intervenciones «ordenadoras» de ciertas actividades económicas que se produjeron también desde los primeros momentos, y su evolución general, vid. S. Martín-Retortillo, «Esbozo histórico sobre la libertad de comercio y la libertad de industria», en *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, 1989, pp. 704 y ss.

El liberalismo no pretendió la abstención económica del Estado en abstracto, sino sólo de aquellas intervenciones que supusieran inmiscuirse en las relaciones económicas y sociales creadas por el mercado, pues tal intervención supondría una limitación a la propiedad y a la libertad económica de los particulares. De este modo, el abstencionismo estatal que propugna el liberalismo significa esencialmente prohibición de limitar la libertad de actuación económica de los particulares, construida sobre la base del derecho «sagrado e inviolable» de propiedad, según la famosa expresión de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Constituyente francesa (art. 17), pero no abstención de intervenir en sentido favorable a tal libertad¹⁵. Puede decirse así que las Constituciones liberales del siglo XIX constitucionalizan en cierto sentido el modelo económico capitalista de libre mercado¹⁶.

Es precisamente la quiebra de este modelo lo que lleva a introducir reglas de contenido económico en la Constitución, primero en Weimar, como pacto o fórmula de compromiso que intentaba conciliar posiciones sociales antagónicas, y después, con carácter general, a partir de la Gran Depresión de 1929 y el constitucionalismo surgido de la II Guerra Mundial, más bien como fórmulas correctoras del sistema capitalista liberal. Efectivamente, la necesidad de intervención pública en la economía y en las relaciones sociales que marca el nuevo papel que se asigna al Estado, activo en lo económico y beligerante en lo social, es lo que da lugar a la incorporación de normas económicas en la Constitución, en la medida en que la intervención pública que se prevé comporta una limitación de la propiedad y de la libertad de actuación económica de los individuos, bien directamente (fórmulas de planificación, nacionalización o socialización, reconocimiento de la iniciativa económica pública) o bien indirectamente (reconocimiento de derechos sociales, que establecen mandatos a la acción pública que no es posible cumplir sin limitar tales derechos y libertades). En esta nueva fase del constitucionalismo se continúan reconociendo los derechos a la propiedad y a la libre iniciativa económica, de acuerdo con la tradición liberal en la que hunde sus raíces, pero en la medida en que las nuevas facultades de intervención que se conceden al Estado limitan tales derechos, se hace necesario que la Constitución las habilite o autorice.

Pero, precisamente por este motivo, deja de existir un modelo económico en la Constitución: junto al reconocimiento de la libertad de actuación económica de los particulares, que, autorregulada o dirigida

¹⁵ Un panorama general en Europa de este tipo de intervenciones, en M. Bassols, *Constitución y sistema económico*, Madrid, 1988 (2.ª ed.), pp. 26 y ss. Esta afirmación general debe, sin embargo, matizarse, pues el liberalismo también conoció ciertas intervenciones públicas destinadas a corregir algunas de las consecuencias del sistema y a paliar las situaciones sociales más graves a las que condujo la absoluta libertad del mercado (vid., al respecto, L. López Guerra, «Las dimensiones del Estado social de Derecho», *Sistema*, 38-39, 1980, pp. 171 y ss.).

¹⁶ Dicho sea un tanto esquemáticamente. De forma más matizada, por ejemplo, Bassols habla de una «función económica implícita» del constitucionalismo liberal (*op. cit.*, p. 21).

por la competencia entre ellos, conforma un modelo «puro» de economía de mercado o concurrencial, se yuxtaponen poderes de intervención pública, de signo diverso, que *únicamente se habilitan o autorizan*. De este modo se desconstitucionaliza propiamente el modelo económico de la comunidad, que dependerá, en su concreta configuración, del uso que hagan los poderes constituidos de las facultades de intervención que les reconoce la Constitución, uso que puede tener un alcance y una intensidad muy diversas, según las fuerzas gobernantes y las circunstancias de cada momento.

En este contexto de desconstitucionalización del modelo económico concurrente o de libre mercado, en estado más o menos puro, que abre posibilidades para su transformación o, al menos, para una intervención pública de signo aún incierto, aparece el concepto de «Constitución económica», originariamente como un intento para mantener la garantía del modelo económico de libre mercado, cuando menos en sus trazos básicos.

En efecto, el concepto de «Constitución económica», utilizado durante mucho tiempo por los economistas como sinónimo de «orden económico», «sistema económico» o «modelo económico», sin connotaciones jurídicas¹⁷, fue acuñado para el Derecho por la escuela neoliberal de Friburg de W. Eucken y F. Böhm, como «decisión global sobre el orden de la vida económica de una comunidad»¹⁸, siendo utilizado después de la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn para sostener que ésta había constitucionalizado un determinado sistema económico, que coincidía en general con la economía de mercado, aunque con algunas correcciones sociales. La consecuencia de tal constitucionalización era obvia: tal modelo se convertía en parámetro desde el que valorar la legitimidad jurídico-constitucional de las intervenciones públicas en la economía. Y es frente a tal consecuencia que reaccionó tempranamente el Tribunal Constitucional Federal alemán, afirmando el principio de «neutralidad económica de la Constitución»¹⁹, pero sin que quepa en absoluto identificarla o confundirla con una defensa de las posturas abstencionistas, sino que claramente significa que «el constituyente no se ha decidido expresamente por ningún sistema económico»²⁰. Neutralidad equivale a apertura a todas las posibilidades (aunque dentro de ciertos límites, como se verá), no a pasividad, abstencionismo o no intervención.

La conclusión a la que conduce la constitucionalización de un determinado modelo económico no resulta aceptable, no sólo por la inse-

¹⁷ F. Rittner, *Wirtschaftsrecht*, Heidelberg, Karlsruhe, 1979, p. 23.

¹⁸ W. Eucken, *Die Grundlagen der National-Ökonomie*, 1940, en cita de Rittner, *op. cit.*, p. 23.

¹⁹ Desde la famosa Sentencia sobre la Ley de ayudas a la inversión, *Investitionshilfegesetz*, de 20 de julio de 1954 (BVerfGE, 4, 7), hasta la de 1 de marzo de 1979, sobre la Ley de coparticipación en las empresas, *Mitbestimmungsgesetz* (BVerfGE, 50, 290), pasando por la Sentencia sobre las farmacias (*Apoteken Urteil*, BVerfGE, 7, 377).

²⁰ BVerfGE, 4, 7, 17.

guridad jurídica intrínseca que conlleva la conversión de los «modelos económicos», construidos en ámbitos extraños al Derecho y necesariamente vagos, generales e imprecisos, en parámetro de enjuiciamiento jurídico, sino, además y principalmente, porque coarta apriorística y arbitrariamente las posibilidades de ejercicio de los poderes de intervención económica que la Constitución reconoce al Estado, sin que ésta fije, en principio, límites materiales a los mismos.

Frente a esta consecuencia rechazable adquiere todo su sentido el principio de neutralidad económica de la Constitución, tal como ha sido entendido por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Si ningún sistema ha sido garantizado por la Constitución, resulta irrelevante desde el punto de vista jurídico-constitucional si una determinada medida económica pública es conforme o no al mercado²¹. La Constitución permite, pues, la actuación económica de los poderes públicos sin sujetarse al orden existente o a los modelos preestablecidos, con el único —y obvio— límite del respeto a la propia Constitución, y en especial a los derechos fundamentales²². Esta afirmación, desde luego, no resuelve todos los problemas, pero tiene al menos la virtud de situarlos en el mismo plano que el resto de las actuaciones públicas y su control: el de la interpretación constitucional, en sentido estricto, sin introducir parámetros extraños y ajenos a la propia Constitución²³.

²¹ BVerfGE, 4, 7, 17.

²² BVerfGE, 7, 377, 400. Un análisis de los límites que oponen los derechos fundamentales a la actuación pública en la economía, en M. Ronellenfitsch, «Wirtschaftliche Betätigung des Staates», en Isensee-Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts. III Das Handeln des Staates*, Heidelberg, 1988, pp. 1190 y ss., y R. Stober, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1987 (5.ª ed.), pp. 131 y ss.

²³ En España, fundamentalmente, se sigue un concepto eminentemente formal de «Constitución económica», que la identifica con aquel conjunto de disposiciones constitucionales «destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica», en definición contenida en la STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1, que reproduce en términos idénticos el voto particular de Díez Picazo a la STC 37/1981, de 16 de noviembre, y que claramente se inspira en la ofrecida por García Pelayo («Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, p. 31), que recoge, a su vez, en lo fundamental el concepto formal de «Constitución económica» adoptado por el Tribunal Constitucional Federal alemán, como conjunto de normas de la Ley Fundamental que hacen referencia al proceso económico (BVerfGE, 4, 7). Sin embargo, las posiciones doctrinales abarcan un amplio espectro de alternativas y matices en cuanto a la inclusión o garantía de un determinado modelo económico en la Constitución, siendo común, en todo caso, salvo alguna excepción (significativamente, G. Ariño, «La empresa pública», en F. Garrido Falla, dir., *El modelo económico en la Constitución española*, Madrid, 1981, II, p. 95 y, además, pp. 92 y 208), el reconocimiento del carácter abierto de la Constitución en este campo, que posibilita actuaciones y opciones diversas (inclinándose matizadamente por la inclusión de un modelo económico en la Constitución A. Rojo, A. Menéndez, J. Duque, J. I. Font Galán, entre otros; con el acento en el carácter abierto y flexible de la Constitución al respecto, en cambio, García Pelayo, M. Bassols, A. Garrorena, García Cotarelo, O. de Juan, Escribano Collado y Muñoz Machado, entre otros). Un examen más detallado del estado doctrinal español en esta materia, en mi otro trabajo *Libertad de circulación y unidad de mercado: dimensión constitucional y europea*, de próxima publicación.

El hecho decisivo no está en la supuesta existencia de una «Constitución económica», entendida en términos materiales o sustantivos, sino que reside en que la Constitución, como un todo, se proyecta efectivamente sobre la economía y la sociedad, y contiene, además, normas específicas que versan sobre la actividad y el proceso económico. Sólo de este hecho cabe deducir consecuencias jurídicas, sin que sea necesario, ni lícito, acudir a un sistema de conceptos externo a la propia Constitución, nacido, además, en ciencias extrañas al Derecho y para finalidades no jurídicas.

La inclusión de cláusulas de contenido o trascendencia económica en la Constitución tiene un indudable, aunque diverso, valor jurídico, que no es, sin embargo, como se ha dicho, el de juridificar un determinado modelo económico. Al incluir tales cláusulas, la Constitución establece los distintos elementos que disciplinan jurídicamente, con carácter general, la actividad económica de la comunidad. La Constitución, en efecto, al disponer reglas generales sobre la posición de los ciudadanos frente a todos los poderes públicos (como, p. ej., arts. 33 y 38) y reglas igualmente generales sobre la intervención de éstos en el ámbito económico (p. ej., arts. 128.2 y 131), diseña el marco jurídico unitario en el que puede desenvolverse la actividad económica de todos los agentes, públicos y privados. En este sentido, puede decirse que la Constitución establece una *garantía estructural* de la unidad económica, en la medida en que todos los poderes públicos deben respetar las mismas reglas generales en su actuación económica y de que todos los particulares se encuentran frente a éstos en las mismas condiciones básicas para desarrollar sus actividades. Esta función de integración resulta aún más evidente cuando, como ocurre entre nosotros, la Constitución no contiene sólo reglas formales o procedimentales de intervención²⁴, sino que incorpora, además, normas sustantivas que, de distintos modos y con eficacia diversa, deben orientar tal intervención²⁵.

Esta garantía estructural, sin embargo, no es suficiente en un Estado compuesto para asegurar la unidad económica. En la medida en que este tipo de reglas establecen sólo un marco jurídico general, en cuyo interior pueden moverse con gran discrecionalidad los poderes públicos en sus actuaciones económicas, es preciso que la Constitución decida igualmente quién y en qué medida dispone de las facultades de intervención. Si la Constitución no establece un modelo económico determinado, sino únicamente un marco general en el que caben muchos (aunque no todos, pues este marco tiene, entre otras, la virtualidad

²⁴ Como la habilitación para planificar —art. 131—, para ejercer la iniciativa económica, nacionalizar e intervenir empresas —art. 128.2—, para expropiar —art. 33—, o como las reservas de ley para llevar a cabo ciertas actuaciones: artículos 33, 128, 131.

²⁵ Como, p. ej., el artículo 40 y, en general, todos los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I y, además, los artículos 129, 130 y 131, entre otros.

de dibujar los límites externos y extremos de las diversas alternativas y opciones legítimas), la concreta determinación del modelo económico dependerá del uso que hagan los poderes constituidos de las facultades de intervención que les reconoce la Constitución. Junto a la garantía estructural que se deriva de la existencia de este marco jurídico-constitucional general, la Constitución establece igualmente lo que podríamos llamar una *garantía dinámica* de la unidad económica, al atribuir, como se verá, a las instancias centrales de gobierno las principales facultades de intervención, aquellas cuyo uso determina el concreto modelo económico existente. Estas reglas de distribución de los poderes de intervención son precisamente las que acaban de dar la medida exacta, el concreto contenido de la unidad económica en un Estado compuesto. Marco jurídico-constitucional de la actividad económica y distribución de poderes de intervención pública entre las diversas instancias son, pues, los dos grandes mecanismos mediante los cuales la Constitución cumple con la función de integración económica, garantizando, en una medida determinada por estos mismos elementos, la unidad económica del territorio.

2.2. El marco estructural unitario de disciplina de las actividades económicas: habilitaciones, fines y derechos

La introducción de normas de contenido o alcance económico en la Constitución significa, desde luego, juridificar aquellas materias sobre las que recaen, aquellas conductas y sectores de la realidad social sobre las que se proyectan. En la actualidad resulta ya una obviedad notar el valor normativo de toda la Constitución, sin que sea posible desgajar alguna de sus partes para negarle tal valor o la fuerza que de él se desprende. Pero también es cierto, y asimismo se notó tempranamente en nuestra doctrina, que no todas las normas constitucionales presentan la misma naturaleza, el mismo carácter y estructura, y que, consiguientemente, pueden o, mejor, deben diferenciarse en cuanto a su eficacia jurídica, a su aplicabilidad y al alcance de los efectos y consecuencias jurídicas que se les anudan²⁶.

La Constitución, pues, juridifica conductas económicas, pero lo

²⁶ Sobre el valor normativo de la Constitución, por todos, el ya clásico trabajo de E. García de Enterría, «La Constitución como norma jurídica», publicado por primera vez en el *Anuario de Derecho Civil*, 1979. La heterogeneidad de las normas jurídico-constitucionales fue resaltada ya por Rubio Llorente en 1979 («La Constitución como fuente del Derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Madrid, 1979, I, especialmente pp. 62 y ss.). Sobre la diversidad de las normas en cuanto a su eficacia jurídica, destruyendo la incorrecta ecuación entre «norma jurídica» y «aplicación directa y control jurisdiccional», advirtieron también tempranamente L. Prieto Sanchis («Dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuestiones constitucionales», *REDC*, I, 1981, pp. 207 y ss. —continuado en los n.ºs 2, pp. 215 y ss., y 3, pp. 191 y ss.) y, sobre todo, A. Nieto, en su trabajo «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *RAP*, 100-102, 1983, pp. 371 y ss.

hace con un alcance y un sentido diversos, en función de las distintas clases de normas que proyecta sobre este ámbito. Excede de los límites de este trabajo el examen pormenorizado de las diversas categorías de normas constitucionales que se proyectan sobre la economía, su caracterización técnica y su respectiva eficacia jurídica, pero a los efectos que aquí interesa sí creo que es posible distinguir al menos entre *valores* (libertad, justicia, igualdad —art. 1.1 CE—, dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad —art. 10 CE—); *principios* (de diversa índole: Estado social y democrático de Derecho —art. 1.1—, principios rectores de la política social y económica —Capítulo III del Título I—, sujeción de la riqueza del país al interés general —art. 128.1 CE—, igualdad —arts. 14 y 139.1 CE, entre otros—); *derechos* (de diversa configuración y alcance, entre los que sobresalen, en el ámbito económico, la propiedad privada —art. 33— y la libertad de empresa —art. 38—, pero a los que cabe añadir muchos más, de honda significación en este ámbito, como la libertad de circulación y residencia —art. 19—, el derecho a la sindicación y a la huelga —art. 28—, la libertad de trabajo —art. 35—, la libre elección de profesión u oficio —art. 35—, el derecho a la negociación colectiva —art. 37.1— y el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo —art. 37.2—, entre otros); *mandatos finalistas* que la Constitución dirige al conjunto de los poderes públicos, expresa o implícitamente, a través de normas de diversa especie (como los contenidos en la cláusula general del artículo 9.2 o el amplio elenco de los integrados en el Capítulo III del Título I, como principios rectores de la política social y económica, o algunos otros, a lo largo de todo el texto constitucional, como los que representan los artículos 129.1, 130 ó 138.1); *habilitaciones* expresas a la intervención pública en la economía (como las contenidas en los artículos 131.1 —planificación general— y 128.2 —iniciativa pública económica, reserva al sector público e intervención de empresas—), o bien implícitas en aquellas otras normas que asignan fines y objetivos a los poderes públicos; y, finalmente, *reglas de distribución de competencias* entre los diversos niveles de gobierno, que delimitan las posibilidades de intervención de cada uno de ellos, y a las que se hará referencia en el apartado siguiente.

La mera enumeración, no exhaustiva, de este conjunto de normas sirve para poner de manifiesto la diversidad de elementos que la Constitución utiliza para disciplinar la economía. Al objeto que aquí interesa, creo que puede deducirse la conclusión de que, esencialmente, pueden reducirse a tres las categorías operantes, aunque, a veces, en mayor o menor medida, aparecen mezcladas en los mismos preceptos constitucionales: por una parte, normas que confieren *derechos subjetivos* que protegen un determinado ámbito de la libertad individual y, de forma irreductible, hasta donde llega su «contenido esencial»; por otra, normas que, con mayor o menor grado de precisión o concreción, establecen *fines y orientaciones* a la acción estatal (contenidos o derivados de valores, principios, mandatos finalistas e incluso de habilitacio-

nes); y, en tercer lugar, *habilitaciones* para actuar, expresadas directamente como tales o desprendidas e implícitas en mandatos finalistas, así como, aunque con un grado mucho mayor de generalidad y abstracción, en parte también en valores y principios. Finalmente, para completar este cuadro de disposiciones, y como se ha dicho ya, la Constitución contiene igualmente reglas de distribución de competencias y funciones (en sus dimensiones vertical y horizontal) entre los diversos poderes públicos e instancias de gobierno, destinadas a delimitar las concretas facultades de acción de cada una de ellas.

La combinación entre estos cuatro elementos básicos da lugar a una determinada estructura del marco jurídico de disciplina económica que diseña la Constitución, que creo puede expresarse en estos términos: *los poderes públicos, en la medida de sus competencias, pueden hacer uso de las habilitaciones establecidas en su favor por la Constitución, para la consecución de los fines indicados por la misma, hasta el límite que supone el contenido esencial de los derechos reconocidos por la propia Constitución*, en el Capítulo Segundo del Título I. Esta proposición puede verse igualmente desde el lado opuesto, desde el punto de vista de los particulares: *la libertad de actuación económica de los particulares sólo puede limitarse por una intervención pública, realizada en ejercicio de una habilitación contenida en la Constitución, que persiga alguno de los fines por ella indicados, que, en todo caso, tendrá como límite infranqueable el contenido esencial de los derechos reconocidos en la misma*.

La función de las normas de habilitación, en sentido amplio, sería la de determinar los instrumentos de intervención de los poderes públicos; la de las normas finalistas, proporcionar la justificación de tal intervención, confiriéndole legitimidad; y la de los derechos, establecer el ámbito irreductible de libertad reconocido a los particulares, los límites infranqueables de la intervención pública. Entiendo que la proposición indicada ofrece un criterio suficiente y adecuado para valorar la legitimidad general de las intervenciones públicas en la economía, sin necesidad de recurrir a su confrontación con modelos económicos materiales o sustantivos de ninguna clase²⁷.

²⁷ El punto nodal de la aplicación de esta proposición a un supuesto concreto se hallaría, probablemente, en la exacta determinación del «contenido esencial» de los derechos implicados. No es éste, sin duda, el lugar para tratar la cuestión, aunque sí es preciso notar cómo tal «contenido esencial» se presenta, en una recepción un tanto mecánica de la doctrina alemana sobre el artículo 19 GG, como el «límite de los límites» que la ley (como principal instrumento de intervención en la materia) puede establecer a los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I CE. Sobre esta cuestión resultan especialmente interesantes en la doctrina española los trabajos de I. de Otto («La regulación del ejercicio de los derechos y las libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en L. Martín-Retortillo e I. de Otto, *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988) y de Pedro Cruz (ponencia en López Pina, ed., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia, Italia*, Madrid, 1991, pp. 125 y ss.).

2.3. *La distribución de poderes de intervención económica*

Con el criterio expuesto más arriba, creo que se está en condiciones de valorar la legitimidad jurídico-constitucional de una determinada actuación pública en materia económica, con carácter general, pero nada se dice acerca de quién puede o debe realizar tal actuación. Para medir su legitimidad bajo la perspectiva del Estado compuesto habrá que estar, efectivamente, a las reglas del reparto de poderes entre el Estado y las CC.AA. que dimanen del bloque de la constitucionalidad. No se trata ahora de realizar el examen de tales reglas, de una notable complejidad, sino que simplemente interesa poner de relieve una doble circunstancia: la necesidad, en primer lugar y obviamente, de introducir este nuevo criterio en el proceso de enjuiciamiento jurídico-constitucional de las medidas públicas de intervención económica; y, en segundo, el hecho de que, bien sea por vía de reserva positiva o de interpretación jurisprudencial, se han reservado al Estado los elementos suficientes para mantener la unidad económica del territorio y la existencia de un único mercado interior.

Existe un amplio elenco de competencias directamente reservadas al Estado por la Constitución²⁸, que versan sobre el *status de los diversos agentes económicos* (legislación mercantil, laboral, civil —con especialidades en los territorios con un derecho civil propio, aunque fragmentario—, propiedad intelectual e industrial y titulaciones académicas), sobre *infraestructuras y provisión de bienes y servicios de interés general o de alcance supraautonómico* (principales puertos y aeropuertos, ferrocarriles, correos, telecomunicaciones, cables y radiocomunicación, aguas y energía eléctrica cuando afecten a varias CC.AA., obras públicas de interés general) y sobre *política económica*, tanto desde una perspectiva *sectorial* (comercio exterior, crédito, banca y seguros, pesca marítima, transporte, montes y aprovechamientos forestales, minas y energía, armas y explosivos...) como también *instrumental* (régimen aduanero y arancelario, sistema monetario, hacienda general, deuda del Estado...). A estos títulos debe añadirse el que establece el artículo 149.1.13 CE, sobre «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica», que ha mostrado, como se verá, una extraordinaria capacidad expansiva. En todos estos casos, y a pesar de que la intensidad de los poderes reservados al Estado es variable (con la consiguiente posibilidad de intervención autonómica en los mismos ámbitos, también variables), en todos ellos se garantiza al menos un papel directivo al nivel estatal de gobierno, que permite establecer, como mínimo, una uniformidad básica en estos sectores.

²⁸ La base de la clasificación que sigue es la realizada por E. Malaret (*Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Madrid, 1991, pp. 125 y ss.), que distingue entre competencias estatales referidas al *status* de los diferentes agentes económicos; a instrumentos de política económica; a sectores de la economía; a infraestructuras y provisión de bienes y servicios, y a planificación general de la economía.

Pero ocurre igualmente que, junto a estos poderes expresamente reservados, el Tribunal Constitucional ha reforzado enormemente la función estatal de dirección de la economía, en un proceso que puede calificarse perfectamente como de *reconstrucción de las competencias estatales en materia de política económica*, que ha acabado por recomponer el heterogéneo y a veces fragmentario orden de competencias estatales en un conjunto de facultades que permiten al poder central diseñar y ejecutar una política económica unitaria para todo el territorio²⁹.

Dos son los hitos fundamentales en este proceso de reconstrucción de las competencias estatales en materia de política económica, con el objetivo de asegurar la conducción unitaria de la economía: en primer lugar, una interpretación extensiva y material de la competencia del Estado para fijar las «bases» (especialmente donde este título opera sobre actividades económicas, como los artículos 149.1.11 y 149.1.13 CE), para que dentro de las mismas cupieran las principales decisiones en materia de política económica³⁰; y, en segundo lugar, la interpretación del artículo 149.1.13 CE como título que concede al Estado una competencia de *ordenación general de la economía*, que debe entenderse en realidad, como ha explicitado el Alto Tribunal en el desarrollo de esta jurisprudencia, como una competencia general de *dirección de la economía*³¹. En este sentido, es altamente significativa la STC 186/1988, de 17 de octubre: «*la competencia estatal en cuanto a la ordenación general de la economía (...) abarca la definición de las líneas de actuación tendentes a alcanzar los objetivos de política general o sectorial fijados por la propia Constitución, así como las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos*» (FJ 2).

La afirmación de esta competencia estatal permite articular sobre unas bases relativamente claras las diversas intervenciones del Estado y las CC.AA. en el ámbito económico: corresponde al Estado establecer

²⁹ Sobre las lagunas, problemas y disfunciones del sistema de distribución de competencias en materia económica que pueden dificultar una conducción unitaria de la economía, como causa principal de este proceso de reconstrucción del sistema emprendido por el Tribunal Constitucional, mi trabajo *Libertad de circulación y unidad de mercado...*, cit.

³⁰ El primer y decisivo paso en este sentido fue la STC 1/1982, de 28 de enero, sobre el título del artículo 149.1.11 CE. J. Tornos ha puesto de relieve la trascendencia que ha tenido en la construcción jurisprudencial de la doctrina sobre las «bases» el hecho de que los primeros casos que resolvió el Tribunal Constitucional versaran sobre materias económicas («Règim especial de les competències econòmiques», en AA.VV., *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, II, Barcelona, 1988, pp. 456 y ss.).

³¹ Explícitamente en estos términos la STC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 3. La creación del título estatal sobre la «ordenación general de la economía» se produce esencialmente en la STC 29/1986, de 20 de febrero, aunque había habido ya algunos precedentes (SSTC 96/1984, 80/1985, 87/1985 y 179/1985, entre otras), y en la jurisprudencia posterior este título va deslizándose hacia una inteligencia que lo identifica con poderes generales de dirección económica (SSTC 95/1986, 152/1988, 186/1988, 14/1989, 145/1989, 96/1990, 177/1990, entre otras). Sobre los orígenes y el primer significado de este título, vid. J. García Torres, «La "ordenación general de la economía", título sustantivo de competencia estatal», *REDC*, 17, 1986, pp. 241 y ss.

la política económica general, mientras que las CC.AA. pueden ejercer sus respectivos poderes en la materia respetando o sin interferir las decisiones de política económica adoptadas por el Estado. Esta competencia estatal presenta así una doble dimensión: como título habilitante, por una parte, y como límite a las posibilidades de ejercicio de los poderes autonómicos, por otra, de forma que su reconocimiento no implica un vaciamiento de las competencias económicas asignadas a las CC.AA. por sus Estatutos, sino esencialmente un límite o un constreñimiento del ejercicio de las mismas³². En todo caso, y sea cual sea el modelo de articulación de las competencias económicas de las diversas instancias de gobierno, resulta claro que por vía jurisprudencial se han reconocido al Estado facultades suficientes para realizar una conducción unitaria de la economía.

3. LA CLAUSULA DE LIBRE CIRCULACION DEL ARTICULO 139.2 CE

3.1. *La libre circulación ex artículo 139.2 CE en su contexto*

Establecer adecuadamente el contexto, aunque ello sea largo, contribuye decisivamente a situar correctamente la cláusula de libre circulación contenida en el artículo 139.2 CE. Esta no puede entenderse, visto lo anterior, como el fundamento constitucional de la unidad del orden económico, ni aun como la principal expresión y garantía de la unidad del mercado interno. La unidad económica (que incluye la unidad de mercado y la libre circulación de los diversos factores de producción como elementos inherentes, como su resultado natural) se realiza, como se ha apuntado, con una determinada configuración, a través de otros mecanismos, y el artículo 139.2 CE es sólo una pieza más en este dispositivo constitucional, y acaso no el más importante o significativo.

Del mismo modo, la cláusula del artículo 139.2 CE tampoco puede contemplarse como la garantía única o principal de la libre circulación de personas y bienes en el territorio español. Ello me parece obvio si se tiene en cuenta que tal libertad se presenta como una consecuencia inherente a la consagración constitucional de determinados derechos,

³² Es importante señalar el valor negativo, como límite, que presenta el título de ordenación general de la economía, pues permite mantener en la esfera autonómica todas aquellas intervenciones que no afecten a la política económica general. En esta línea, especialmente, la STC 14/1989, de 26 de enero, FJ 3: «(...) quedando reservada a la Comunidad Autónoma, dentro del marco de estas directrices generales (de política económica, establecidas por el Estado), todas aquellas medidas que no resulten contrarias a las mismas, sino complementarias, concurrentes o neutras, de tal forma que (...) no supongan interferencia negativa o distorsión de la ordenación general de la economía establecida por el Estado...». Sobre las diversas dimensiones de este título (como síntesis, cláusula habilitante y límite) me remito a mi trabajo *Libertad de circulación y unidad de mercado...*, cit.

que cuentan con un régimen unitario básico en todo el territorio en virtud de la garantía de su contenido esencial y de las reglas de distribución de poderes entre el Estado y las CC.AA. para su eventual normativa posterior (en especial, art. 149.1.1 CE). Sin duda, el derecho fundamental a la libre circulación de personas y al libre establecimiento de la residencia (art. 19 CE), el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE), la libertad de empresa (art. 38 CE), el derecho de propiedad (art. 33) y aun el derecho a acceder en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos (art. 23 CE), entre otros, junto a las reglas competenciales sobre estas y otras materias conexas, así como el principio de igualdad y, específicamente, la prohibición de discriminación por motivos de conexión territorial (arts. 14 y 139.1 CE), configuran un régimen común y unitario de las actividades económicas que comporta, a veces de forma explícita y a veces de forma implícita, pero siempre necesariamente, la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales en todo el territorio español. Por ello, la libre circulación es el resultado natural de este conjunto de disposiciones constitucionales, y no un efecto específico y directo del artículo 139.2 CE.

Establecer adecuadamente su contexto es tarea imprescindible para intentar determinar el específico contenido jurídico constitucional de la cláusula del artículo 139.2 CE, a efectos de conocer las consecuencias jurídicas que, específica y autónomamente, puedan en su caso desprenderse de la misma. Este es el propósito de este último apartado.

3.2. El artículo 139.2 CE como cláusula de prohibición

Habiendo desdramatizado el artículo 139.2 CE, descargándole de la responsabilidad de asegurar la unidad económica, la unidad de mercado o incluso la libre circulación, la cláusula contenida en este precepto constitucional se sitúa, a mi entender, en sus justos términos, como una garantía última de la libre circulación de personas y, sobre todo, de cosas por todo el territorio español, como una cautela adicional establecida por el constituyente frente al riesgo eventual de fragmentación del mercado único preexistente en un proceso que en 1978 se presentaba aún cargado de incógnitas e incertidumbres; en última instancia, como una norma de cierre que evite que la actuación de las CC.AA., que necesariamente ha de proyectarse sobre el mercado, diversificando sus condiciones, comporte su ruptura.

Desde esta perspectiva, entiendo que el artículo 139.2 CE aparece como un límite frente a las posibilidades de intervención de los poderes públicos, y en especial de las CC.AA., y no como el fundamento de la atribución al Estado de nuevos poderes, no asignados ya explícitamente por el bloque de constitucionalidad. Con esta caracterización básica, que rechaza la consideración del artículo 139.2 CE como un título

competencial, aparece reiteradamente el artículo 139.2 CE en la doctrina del Tribunal Constitucional³³.

En efecto, el TC considera la cláusula del artículo 139.2 CE como límite al ejercicio de las competencias autonómicas³⁴. No por incidir en la libre circulación la competencia para actuar debe trasladarse al Estado, sino que, en virtud de esta cláusula constitucional, las CC.AA. no podrán, en el ejercicio de sus poderes, adoptar medidas que supongan un obstáculo para la libre circulación. El artículo 139.2 CE, así, encierra una *cláusula de prohibición* que actúa como límite al ejercicio de las competencias de los poderes públicos, y especialmente de los autonómicos, estableciendo una frontera que no podrá ser traspasada sin incurrir en inconstitucionalidad.

Esta cláusula no prohíbe toda medida autonómica que incida en la libertad del tráfico (lo que la convertiría de hecho en regla competencial, al desapoderar a las CC.AA. para actuar si su acción se proyectase o afectara a la libre circulación), sino sólo aquellas que puedan constituir *obstáculo* para tal libertad³⁵. Habrá que establecer, pues, qué criterios deben emplearse para calificar una determinada medida autonómica como un «obstáculo» de los prohibidos por el artículo 139.2 CE.

3.3. *Las diversas dimensiones de la libre circulación de personas y de bienes en la Constitución*

La libre circulación puede contemplarse desde tres perspectivas jurídico-constitucionales diversas.

En primer lugar, la libre circulación de personas y la libre elección de residencia se consagran en el texto constitucional como un derecho fundamental de todos los ciudadanos españoles (art. 19 CE). Las libertades de circulación y de residencia no se circunscriben así a una funcionalidad económica, como ocurre en el ámbito de la Comunidad Europea, al menos en su punto de partida, sino que constituyen verdaderos derechos individuales, que se reconocen a los ciudadanos en tanto que personas, y no sólo en su calidad potencial de agentes económicos, y que les permiten moverse sin traba por todo el territorio nacional y fijar su residencia, legal y de hecho, en cualquier punto del mismo³⁶.

³³ Explícitamente rechazando el artículo 139.2 CE como título competencial, SSTC 95/1984, de 18 de octubre; 52/1988, de 24 de marzo; 14/1989, de 26 de enero; 66/1991, de 22 de marzo; 100/1991, de 13 de mayo, y 236/1991, de 12 de diciembre.

³⁴ Explícitamente así en las SSTC 71/1982, de 30 de noviembre; 52/1988, de 24 de marzo, y 66/1991, de 22 de marzo.

³⁵ STC 37/1981, de 16 de noviembre, en afirmación muy temprana del Tribunal Constitucional, que después ha ido recordando sistemáticamente.

³⁶ Sobre el régimen del artículo 19 CE, vid. en general P. J. González-Trevijano Sánchez, *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Madrid, 1991, y J. A. Santamaría Pastor, «Comentario al artículo 19», en F. Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980.

El ámbito personal de aplicación del artículo 139.2 es más amplio, sin embargo, que el del artículo 19 CE: mientras el primero se refiere a las personas en general, el segundo sólo confiere la titularidad del derecho en él reconocido a los ciudadanos españoles. Para determinar las posibilidades de circulación y residencia de los extranjeros habrá que estar, pues, al régimen de extranjería vigente, cuyo establecimiento legal corresponde al Estado (art. 149.1.2 CE), que deberá ordenarlo en el marco de las previsiones constitucionales (art. 13, fundamentalmente) y de las obligaciones internacionales contraídas por España, y muy en especial de las derivadas del derecho comunitario. De este modo, una obstaculización ilegítima a la libre circulación de los españoles constituiría, en primer lugar y principalmente, un atentado contra el derecho fundamental reconocido en el artículo 19 CE (y no contra la regla prohibitiva del art. 139.2 CE), pues en esta libertad de movimiento consiste precisamente el contenido esencial de tal derecho fundamental³⁷.

El derecho a la libre circulación y residencia, sin embargo, no es absoluto e ilimitado, como no lo es en general ningún otro derecho. Existen, desde luego, límites derivados de la concurrencia con otros derechos³⁸, e igualmente restricciones legítimas que, justificadas por la protección de otros bienes jurídicamente amparables, pueden oponerse a su pleno y absoluto ejercicio, bien sea con carácter individual o colectivo, particular o general, para un círculo determinado de personas o por la producción de ciertas circunstancias objetivas³⁹. No interesa aquí hacer un examen pormenorizado de los límites y de las posibles causas que justifiquen una restricción, general o singular, del derecho reconocido en el artículo 19 CE, sino sólo poner de relieve que las

³⁷ Vid. González-Trevijano, *op. cit.*, pp. 117 y ss., con el examen de la posición del Tribunal Constitucional en la materia, contenida fundamentalmente en Autos.

³⁸ P. ej., el de propiedad, que puede vedar el acceso de las personas a ciertas zonas; o la misma inviolabilidad del domicilio, que, por así decirlo, cierra la posibilidad del libre movimiento de las personas en los lugares que constituyan domicilios ajenos.

³⁹ Así, las restricciones que legítimamente pueden oponerse a la libre circulación y residencia de las personas pueden provenir de la *suspensión del propio derecho* (autorizada por el artículo 55 CE y regulada en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio); de la *privación de libertad* de los individuos, por vía gubernativa —detención— o judicial —prisión preventiva o imposición de penas, pudiendo éstas consistir directa y específicamente en una restricción de la libertad de movimiento y residencia de las personas: destierro, confinamiento y extrañamiento—; de la *situación de sujeción especial* en que se encuentran ciertas personas respecto de la Administración, derivadas del carácter de su puesto y servicio (militares y, con otra intensidad, policías y otros funcionarios, también jueces y, en general, quienes están sometidos a un deber de residencia en determinado lugar); del *cumplimiento de ciertos deberes y obligaciones* (como los de carácter militar y algunos de prestación personal, así como las derivadas de las regulaciones del tráfico de vehículos o de normas de policía sanitaria); del *ejercicio de otros derechos constitucionales* (como el de manifestación, p. ej. —STC 59/1990, de 29 de marzo—, o el de huelga); o incluso, en el seno de las *relaciones laborales*, por exigencias de la productividad o por sanción (Auto del TC 408/1986, de 7 de mayo). Sobre las limitaciones o restricciones a la libertad de circulación y residencia, vid., en general, J. A. Santamaría Pastor, *op. cit.*, pp. 250 y ss., y González-Trevijano, *op. cit.*, pp. 90 y ss.

eventuales limitaciones (prohibiciones, restricciones o condicionamientos) de la libre circulación de los ciudadanos españoles deberán ser analizadas a la luz del artículo 19 CE y según las reglas comunes de ponderación de los derechos fundamentales, sin que prácticamente para nada entre en juego la cláusula prohibitiva del artículo 139.2 CE. Una restricción a la libre circulación y residencia de los españoles podrá constituir, en su caso, un atentado contra el artículo 19 CE, pero no un «obstáculo» en el sentido del artículo 139.2 CE, o, al menos, no a la vez.

Por su parte, la libre circulación y la libre elección de residencia de los extranjeros deberá medirse según el régimen de extranjería que se encuentre vigente⁴⁰, que deberá respetar, como se ha dicho ya, el artículo 13 CE y las obligaciones contraídas por España en el plano internacional, entre las que figura, en primerísimo lugar, la aceptación como propio del derecho comunitario europeo, muy amplio y significativo en esta materia⁴¹.

De este modo, la garantía constitucional de la libertad de movimiento y residencia de las personas se sitúa bajo la órbita del artículo 19 CE, del derecho comunitario europeo o del régimen de extranjería, por lo que prácticamente no queda espacio al artículo 139.2 CE, que contiene una garantía mucho más débil y, a mi juicio, plenamente subsumida, en este ámbito, en la primera.

Desde una segunda perspectiva, la libertad de circulación de las personas y de los bienes puede contemplarse como una regla general de ordenación económica, en virtud de la cual se exige un mercado libre que, con plena movilidad de los factores de producción, se regule a sí mismo por la concurrencia de la oferta y de la demanda. Esta dimensión de la libre circulación está incluida ya en las reglas constitucionales de disciplina de la economía, y muy especialmente, con carácter general, en el reconocimiento de la «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38 CE), pero también en otras disposiciones de proyección económica que, directa o indirectamente, garantizan la libertad de actuación de los diversos agentes económicos (como el art. 35, libertad de trabajo). La libertad de mercado —que

⁴⁰ En la actualidad, fundamentalmente contenido en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y, para quienes puedan ostentar la condición de asilados o refugiados, la Ley Orgánica 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

⁴¹ Y que ha culminado con un reconocimiento general de la libertad de desplazamiento y residencia de los ciudadanos comunitarios en cualquier Estado miembro, con la introducción, por el Tratado de la Unión Europea, del nuevo artículo 8A al Tratado de Roma, que instituye la ciudadanía de la Unión Europea, desvinculando ya estos derechos de la funcionalidad económica que cumplían (y a la que se circunscribían) en los Tratados originarios, aunque posteriormente el derecho derivado fue ampliando su ámbito (especialmente significativas en este proceso las tres Directivas aprobadas por el Consejo el día 28 de junio de 1990: 90/364/CEE, relativa al derecho de residencia; 90/365/CEE, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad; y 90/366/CEE, relativa al derecho de residencia de estudiantes).

necesariamente comprende la libre circulación de los diversos factores de producción—, así como las posibilidades de intervención legítima de los poderes públicos, que tendrán en general efectos restrictivos sobre la misma, vienen establecidas de este modo por las reglas de disciplina de la economía que contiene la Constitución, cuyo sistema ha sido tratado ya más arriba.

Así, para fundamentar la libertad de mercado y para valorar la legitimidad de la intervención pública (del Estado, de las CC.AA. y de los entes locales) en el mismo no es preciso recurrir al artículo 139.2 CE. En él no se contiene una regla económica general por la que se garantice la libertad de ejercicio de las actividades económicas, sino, en todo caso, una garantía de otra especie, que presupone la previa existencia de la libertad de mercado —establecida por otras normas constitucionales según una determinada medida— y a partir de la cual debe construirse.

La cláusula del artículo 139.2 CE no es, pues, ni una norma que fundamente la libertad de circulación y residencia de las personas ni una regla constitucional económica que establezca la libertad de mercado. El artículo 139.2 CE no encierra ni un derecho, ni un principio económico, ni, como se ha dicho también, una competencia. Su significado específico, de acuerdo con su ubicación sistemática, viene dado en el contexto de la organización territorial del Estado. Desde una tercera perspectiva, efectivamente, la libertad de circulación se presenta como garantía de la existencia de un mercado único en el conjunto del territorio de un Estado compuesto o, en general, de una estructura compuesta de poder, entendido como espacio económico unitario en el que pueden moverse sin traba los diversos factores de producción (personas, bienes, servicios y capitales). En este sentido, la libre circulación cobra su máxima virtualidad cuando se establece como instrumento para *conseguir* tal unidad de mercado, eso es, para integrar, unificar o fusionar espacios económicos hasta el momento independientes o no integrados. Esta es precisamente la función primordial que se ha otorgado a esta libertad en el ámbito de la Comunidad Europea, donde se ha utilizado como pieza esencial de la estrategia de la integración económica, cuyo primer escalón es precisamente la unificación de los mercados de los Estados miembros⁴².

Sin embargo, su virtualidad en un mercado ya unificado e integrado es mucho menor, reduciéndose de hecho a garantizar el mantenimiento de tal unidad, preexistente y ya lograda, frente a eventuales riesgos de fragmentación. La garantía que puede prestar una cláusula de libre circulación en este contexto, no obstante, no resulta imprescindible para asegurar la unidad del espacio económico estatal ni, en su caso, constituye la garantía única o principal de su conservación. Como se ha

⁴² Esta funcionalidad del principio de libre circulación en el ámbito comunitario ha sido ampliamente tratada en mi trabajo *Libertad de circulación y unidad de mercado...*, cit.

dicho ya, la mayoría de los Estados federales en la actualidad no incluyen una semejante cláusula en su Constitución, sino que, directamente y de forma exclusiva, confían conseguir y mantener la unidad de su espacio económico mediante un conjunto de cláusulas competenciales que otorgan a la instancia central de gobierno los poderes necesarios para ello. Por otro lado, y como también se ha indicado, en nuestra Constitución, que sí incluye la cláusula, la libre circulación de personas y cosas encuentra su fundamento general y directo en determinados derechos constitucionales, que la incluyen como contenido propio (arts. 19, 38, 35), y, de otra parte, se cumplen las condiciones que la posibilitan mediante el sistema de reparto de competencias, que asigna al Estado los poderes necesarios para crear el contexto que tal libertad precisa para ser efectiva (especialmente, regulación uniforme, al menos en sus aspectos básicos, de las actividades económicas o con trascendencia en el tráfico económico).

De este modo, la cláusula de libre circulación, en un Estado compuesto, con un mercado único preexistente, sólo puede jugar específicamente como garantía última de que la pluralidad de intervenciones públicas en el mercado no rompa o fragmente su unidad, a través de actuaciones que, aislada y singularmente consideradas, resultan legítimas desde los diversos criterios de valoración que pueden utilizarse. Es, pues, una *garantía adicional*, cuya función específica es la de añadir una *posibilidad más de enjuiciamiento* de las medidas adoptadas por los poderes públicos respecto de un último criterio, que las sujeta a una última condición material de validez: la de no constituir un obstáculo para la libre circulación del tráfico en el ámbito estatal, que quiebre la unidad del espacio económico en este mismo ámbito. Así, el objetivo específico del artículo 139.2 CE no es sino el de establecer un último parámetro de valoración material de las actuaciones de los poderes públicos, que permita eliminar medidas que, siendo legítimas desde otros criterios jurídico-constitucionales (competencial, de adecuación a las reglas económicas, de respeto a los derechos fundamentales y a la igualdad), puedan suponer, aun así, un obstáculo para la libre circulación. Se comprenderá así que tal garantía pueda ser calificada como subsidiaria y residual, que su ámbito de aplicación sea muy restringido y que su virtualidad, por todo ello, resulte más bien escasa.

3.4. *El objeto de la prohibición: criterios de calificación de una medida como «obstáculo» prohibido por el artículo 139.2 CE*

En los casos en que el Tribunal Constitucional se ha enfrentado con la aplicación del artículo 139.2 CE⁴³, ha valorado la legitimidad de las

⁴³ Ya desde la STC 37/1981, cit., que contiene los criterios esenciales que serán utilizados por el Alto Tribunal en su jurisprudencia posterior (SSTC 88/1986, 87/1987,

medidas impugnadas acudiendo a diversos criterios que examinan sucesivamente el título competencial en que se apoya la medida, su adecuación a la finalidad perseguida (previamente averiguada y considerada legítima), la proporcionalidad del grado de diversidad que introduce tal medida respecto de su fin (en lo que es un juicio verdaderamente diabólico) y, finalmente, controla el Tribunal si queda a salvo la igualdad básica de derechos y obligaciones de todos los españoles. Este, desde luego, no es un test específico para la aplicación del artículo 139.2 CE, sino que, dada la acumulación de criterios de enjuiciamiento que en él se produce, sirve para valorar la legitimidad general de prácticamente cualquier medida o actuación. Además, el único «paso» en este test que puede presentarse como valoración específica desde la perspectiva del artículo 139.2 CE, el juicio de proporcionalidad de la diversidad, resulta en extremo difícil, pues exige el previo establecimiento de un parámetro de comparación que sirva para medir tal grado de diversidad, lo cual en un Estado compuesto puede resultar sencillamente imposible⁴⁴.

Para que pueda valorarse si una determinada medida constituye un obstáculo de los específicamente prohibidos por el artículo 139.2 CE, esta medida debe cumplir, a mi entender, al menos dos condiciones previas: en primer lugar, que resulte legítima desde los otros criterios de enjuiciamiento constitucional (competencial, reglas económicas, respeto de los derechos fundamentales y, como se dirá, también del principio de igualdad), pues de lo contrario el artículo 139.2 CE perdería toda especificidad como criterio de valoración; y, en segundo lugar, que afecte al tráfico intercomunitario o estatal, pues sólo si presenta tal conexión estará en condiciones de constituir un «obstáculo» a la libre circulación en el marco del mercado estatal unitario.

En relación con el principio de igualdad, cabe señalar que el tráfico estatal puede ser restringido por medidas que introduzcan un trato discriminatorio, desigual y más gravoso, a las personas originarias o a los bienes producidos en un determinado territorio con respecto a los propios. De hecho, ésta es una de las hipótesis más claras y directas de oposición de obstáculos a la libre circulación, con el efecto de lesionar la unidad de mercado, y sobre ella, precisamente, la Comisión de las Comunidades Europeas ha construido su doctrina de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a los intercambios comerciales⁴⁵. Una forma semejante de actuación resulta, desde luego,

52/1988, 66/1991, entre otras). Para un análisis de esta jurisprudencia, coincidente sustancialmente con el que aquí se hace, vid. C. Viver Pi-Sunyer, «La libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libertad de circulación de bienes (art. 139.2 CE)», en IFA, *La función del artículo 149.1.1 CE en el sistema de distribución de competencias*, cit., pp. 57 y ss.

⁴⁴ En este sentido, C. Viver, *op. cit.*, p. 62.

⁴⁵ Contenida fundamentalmente en la Directiva 70/50 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1969. Un tratamiento más extenso de esta doctrina y el debate suscitado, en mi trabajo *Libertad de circulación y unidad de mercado...*, cit. Recientemente han aparecido en castellano dos excelentes monografías con un amplio examen de la

prohibida también por la Constitución española, pero, a mi entender, no por el artículo 139.2, sino por el 139.1, interpretado, como lo hizo ya el profesor Ignacio de Otto, como regla de interdicción de la discriminación en el interior de cada ordenamiento autonómico⁴⁶, al igual que se incorpora un principio semejante en todos los Estados compuestos, y como hacía igualmente el artículo 17 de la Constitución de la II República.

Por todo ello, cabe concluir que el ámbito objetivo de aplicación del artículo 139.2 CE es el de las medidas indistintamente aplicables, en terminología comunitaria⁴⁷, que, siendo legítimas en general desde otros criterios, sean susceptibles de obstaculizar la libre circulación en el tráfico estatal.

Delimitado así el ámbito de aplicación de la prohibición contenida en el artículo 139.2, la pregunta a realizar puede expresarse en estos términos: ¿cómo puede este tipo de medidas oponer un obstáculo a la libre circulación que no suponga ya la vulneración de otras normas constitucionales?; o, en otras palabras, ¿bajo qué condiciones puede ser considerada como un obstáculo a la libre circulación una medida que ha sido valorada ya como legítima desde el punto de vista competencial, de las reglas constitucionales de intervención pública en la economía, de los derechos fundamentales y del principio de igualdad? La cuestión no es simple, y creo que incluso podría concluirse razonablemente que no puede exigirse ninguna otra condición de legitimidad a una medida que ha sido adoptada con competencia suficiente, que se justifique debidamente en las reglas de intervención económica y que respete de forma escrupulosa los derechos fundamentales y el principio de igualdad de trato. Creo, sin embargo, que la prohibición del artículo 139.2 sí tiene un sentido específico, aunque muy restringido y con un estrecho ámbito de aplicación.

Pasadas por sucesivos filtros jurídico-constitucionales, en cuyas mallas se quedarán ya la mayor parte de las medidas que representen un obstáculo a la libre circulación, entiendo que pueden constituir un «obstáculo» de los específicamente prohibidos por el artículo 139.2 CE aquellas medidas que provoquen un efecto restrictivo o, en general, perturbador del tráfico estatal que no guarde proporción con el fin legítimo que tales medidas persiguen. Deberá establecerse, pues, en primer lugar, que la medida provoca consecuencias restrictivas para el tráfico estatal⁴⁸ y, en segundo lugar, que tales consecuencias no se

cuestión: A. Mattera, *El mercado único europeo. Sus reglas. Su funcionamiento*, Madrid, 1991, y P. Oliver, *Libre circulación de mercancías en la CEE*, Madrid, 1990.

⁴⁶ En su trabajo «Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *RVAP*, 1, 1981. En este mismo sentido, más recientemente, J. Pemán Gavin, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Madrid, 1992, pp. 135 y ss.

⁴⁷ Como medidas no directamente discriminatorias que, sin embargo, suponen una restricción o una perturbación objetiva a los intercambios. Vid. nota 45.

⁴⁸ No parece que pueda tener excesiva trascendencia la distinción entre obstáculos *directos* e *indirectos* que realiza el artículo 139.2 CE, pues en todo caso habrá que estar

justifican por la finalidad que se persigue en la concreta actuación, finalidad que habrá sido valorada ya como legítima.

Esta última condición sólo puede medirse acudiendo al *criterio de la sustituibilidad*, eso es, examinando si tal efecto restrictivo es indispensable para lograr el fin legítimo propuesto, o bien si la medida puede ser sustituida por otra que comporte consecuencias menos gravosas para la libre circulación.

En este punto se produce lo que, a mi entender, es el juicio esencial del artículo 139.2 CE: no basta que la medida cause un efecto perturbador en tráfico estatal (en general, cualquier prohibición, restricción o condicionamiento, o incluso la propia diversidad de normas y actuaciones, consustancial al Estado autonómico, producirán objetivamente tal consecuencia), sino que, para condenar la medida a la ilegitimidad, tal efecto no debe estar justificado en el fin que legítimamente se persigue, por no resultar adecuado y, sobre todo, proporcional al mismo.

Hay que notar que no se trata aquí de medir la necesaria adecuación y proporcionalidad que debe guardar la actuación pública en sí con el fin (legítimo) que persiga, sino de contrastar específicamente *el efecto perturbador* que cause la misma con tal finalidad, determinando si tal efecto es insoslayable para conseguir el fin que se propone la medida. Aunque a veces pueden coincidir ambas cosas, conviene diferenciarlas. Lo primero (la relación medida-fin) debe ser objeto de enjuiciamiento desde otros criterios (fundamentalmente, las reglas constitucionales sobre la economía), y lo que específicamente aporta el artículo 139.2 es el parámetro para enjuiciar los *efectos* restrictivos provocados por la medida *en el tráfico estatal* con respecto al fin que tal medida legítimamente persigue.

Un ejemplo puede servir para aclarar esta diferencia. Si una Comunidad Autónoma adopta una normativa que obligue a que un determinado producto se presente en su mercado con un tamaño determinado (p. ej., la longitud de las camas, dada la talla media especial de su población, por poner un caso neutro y de producción improbable), tal normativa puede ser examinada desde varios criterios de valoración: competencial (si la Comunidad Autónoma tiene título suficiente para adoptarla), jurídico-económico (si tal normativa resulta habilitada por el juego de las reglas de intervención pública en la economía⁴⁹) y del principio de igualdad (si obliga por igual a los fabricantes de la propia

al *efecto restrictivo o perturbador* que *objetivamente* produzca la medida que se analiza. Y, desde luego, en plena coincidencia con la apreciación de C. Viver (*op. cit.*, p. 59), no creo que esta distinción pueda utilizarse para diferenciar, a su vez, entre medidas que intencionadamente persigan la oposición de obstáculos y medidas que objetivamente produzcan tal resultado, como parece deducirse de la STC 37/1981. La calificación de una medida como obstáculo dependerá, en todo caso, de los efectos restrictivos que de ella objetivamente se deriven para la libre circulación, sin que importe la voluntad o la intención de quien la adoptó.

⁴⁹ En este caso, y sin mayores complicaciones, supongamos que la restricción de la libertad de empresa que conlleva esta medida se justifica por la protección de los derechos de los consumidores.

Comunidad y a los del «exterior», eso es, si realmente es una medida indistintamente aplicable). Desde estas consideraciones, puede resultar perfectamente que la medida esté justificada por el fin (legítimo) que persigue —la protección de los consumidores— y que, además, sea proporcional al mismo, eso es, constituya un medio idóneo y no excesivo para lograr tal fin. Pero no cabe duda de que tal medida, en cuanto exige que todas las camas que se comercializan en el territorio de la Comunidad Autónoma presenten unas determinadas características de tamaño, provoca un efecto restrictivo en el *tráfico estatal* de este producto, pues los fabricantes de otras CC.AA., quizá sometidos a otras prescripciones, deberán ajustar su producción a estas normas. La medida, aisladamente considerada, puede resultar legítima, pero para calificarla definitivamente como tal habrá que examinarla desde el punto de vista de sus efectos sobre el tráfico estatal, y para ello tendrá que pasar aún por el criterio de valoración del artículo 139.2 CE: ¿es proporcional el *efecto restrictivo* que provoca con el fin que persigue la medida? Habrá que ver, por tanto, si este efecto restrictivo guarda la necesaria relación de proporcionalidad con el fin legítimo de la normativa, la protección de los consumidores.

Esta valoración, como se ha dicho, sólo puede llevarse a cabo recurriendo al *criterio de la sustituibilidad*, eso es, examinando si tal efecto restrictivo es indispensable para lograr el fin legítimo perseguido, o bien si la medida puede ser sustituida por otra que, cumpliendo igualmente la legítima finalidad que se persigue, comporte una consecuencia menos gravosa para la libre circulación.

Este criterio presenta dificultades innegables como parámetro *jurídico* de valoración, pero no por ello debe ser rechazado como tal, como muestra su utilización por el TJCEE⁵⁰. La dificultad principal reside en que puede obligar a los tribunales a indagar sobre posibles medidas positivas alternativas que conlleven efectos menos perniciosos, lo que, sin duda, no sólo escapa de su competencia técnica y de sus posibilidades materiales, sino también, y aún más importante, de su función jurisdiccional. Un juez o un tribunal, en efecto, no está generalmente en condiciones técnicas de proponer mejores medidas⁵¹ que las ya adoptadas por el legislador o la Administración, y si lo hiciera, en el mejor de los casos, tal propuesta carecería de todo valor vinculante, siendo muy probable, además, que el tribunal se hubiera excedido del ámbito del ejercicio legítimo de su función. El razonamiento estrictamente jurídico, que es lo que presta legitimidad a las decisiones jurisdiccionales, no alcanza para un juicio de idoneidad material ni, menos aún, para la indagación y proposición de medidas positivas mejores o más adecuadas para el logro de determinados objetivos.

⁵⁰ Un examen de la utilización de este criterio por parte del TJCEE, en las obras citadas en la nota 45.

⁵¹ Desde el punto de vista de su *idoneidad* a los objetivos que se proponen, como señala C. Viver, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

Esta dificultad, sin embargo, que es insalvable desde la perspectiva del razonamiento jurídico, no basta para excluir el criterio de la sustituibilidad como parámetro de enjuiciamiento. La misma puede obviarse —sin por ello convertir en fácil su aplicación— si las propias partes delimitan el campo de las alternativas posibles, ofreciendo al tribunal los argumentos fácticos sobre los que puedan operar ya los de carácter jurídico. Esto es, si quien impugna una medida por este motivo demuestra que el mismo fin puede conseguirse con otras, de efectos menos perturbadores, a lo que podrá oponerse el demandado contraargumentando que su actuación, con el efecto restrictivo que comporta, resulta indispensable para el fin legítimo que se propone. Así las cosas, situadas las medidas alternativas en el plano de las alegaciones de las partes y de la prueba, la cuestión se resuelve mediante el convencimiento del tribunal de que la sustitución es o no es posible.

En el ejemplo anterior, se trataría de examinar si el mismo fin de protección de los consumidores puede lograrse a través de otras medidas, de efectos menos restrictivos. Y podría seguramente llegarse a la conclusión de que tal objetivo puede lograrse de forma igualmente satisfactoria mediante una correcta información al consumidor⁵².

La posibilidad de sustitución por otra medida que consiga sin merma el mismo objetivo ha servido, pues, para tachar como ilegítima una determinada actuación pública. Y el enjuiciamiento específico de tal actuación se ha movido exclusivamente en el orden de los efectos que provocaban sobre el tráfico estatal ésta y su posible alternativa.

Resulta, pues, factible operar jurídicamente con el criterio de la sustituibilidad, a condición de que el tribunal se mueva, en cuanto a la búsqueda de las alternativas posibles, en un terreno previamente delimitado por las partes en litigio. Si ello no ocurre, o bien las alegaciones del recurrente no llevan al ánimo del tribunal el convencimiento de que la sustitución es posible, éste deberá declarar conforme la medida impugnada en base al artículo 139.2 CE, sin que sea lícito que el propio tribunal indague por su cuenta sobre las posibilidades de sustitución. Si una medida ha sido considerada legítima desde los otros criterios de valoración, y no ha sido probado que los efectos restrictivos son desproporcionados respecto del fin legítimo que persigue, la medida no podrá ser calificada como «obstáculo» prohibido por el artículo 139.2 CE.

Por todo lo visto, es preciso concluir que el ámbito propio y la función específica del artículo 139.2 CE son notablemente restringidos. Al reducir su ámbito objetivo de aplicación a las medidas inicialmente

⁵² Si, en lugar de referirse a la presentación de un determinado producto, la norma autonómica exigiera ciertas condiciones en su composición, a efectos de protección de la salud, por ejemplo (por incidir de forma específica en la salud de los habitantes de una determinada zona, dados sus hábitos de consumo, alguna particularidad en su dieta o cualquier otra peculiaridad), quizá la conclusión de este examen sería distinta, pues la única forma de preservar a esta población contra tales riesgos consistiría precisamente en evitar el consumo o la utilización de esta sustancia.

legítimas que provoquen un efecto perturbador del tráfico estatal, se eliminan ya previamente la mayor parte de los obstáculos reales que pueden derivarse de la actuación de los poderes públicos, que serán declarados ilegítimos en virtud de otros parámetros jurídico-constitucionales. De este modo, parece claro que el criterio de valoración que se desprende específicamente del artículo 139.2 CE se presenta con carácter subsidiario respecto de los otros que sirvan para medir la legitimidad constitucional de la acción de los poderes públicos.

Y, por otra parte, no deben despreciarse las dificultades que comporta la concreta y rigurosa aplicación del criterio de valoración que se desprende del artículo 139.2 CE, y que pueden conducir a que en muchos casos no resulte fácil, o a veces incluso posible, examinar la medida eventualmente obstaculizadora desde el punto de vista de la sustituibilidad. Por todo ello, el límite jurídico-constitucional que el artículo 139.2 CE opone a la actuación de los poderes públicos tiene un carácter muy complejo, subsidiario y quizá residual.

Sin embargo, ni su ámbito objetivo reducido ni las dificultades en su aplicación jurídica específica eliminan el artículo 139.2 CE como parámetro de enjuiciamiento jurídico-constitucional. Una medida que resulte legítima aislada y singularmente considerada puede dejar de serlo si se la examina desde el punto de vista de sus efectos sobre el tráfico estatal. Ello es así, en última instancia, porque los diversos poderes públicos que actúan lo hacen en el contexto de una unidad superior, política y económica, y *de tal inserción en el conjunto estatal se derivan obligaciones y deberes específicos* que todos los poderes públicos deben respetar y que no tendrían de no formar parte del mismo. Entre ellos, el de medir las consecuencias de sus actuaciones sobre el tráfico estatal, para evitar que éste resulte entorpecido o dañado en su unidad. Si ello ocurre, se está vulnerando una obligación jurídico-constitucional que subyace en la prohibición del artículo 139.2 CE, y la propia Constitución dispone los remedios para repararla.

Formulada en términos positivos, esta obligación, relacionada de algún modo con el deber general de lealtad constitucional, consistiría en que todos los poderes públicos deben buscar, en la persecución de los fines que les son propios, aquellos medios que resulten menos perjudiciales para la libre circulación de personas y cosas en el tráfico estatal. Ante la posibilidad de recurrir a varios tipos de actuación (todos ellos legítimos, en principio) para lograr una determinada finalidad, este deber constitucional *obliga* a elegir aquel que cause menor distorsión en el tráfico estatal. En esta *posibilidad ideal de elección*, y en la *restricción jurídica de la misma que se deriva de tal deber*, se sustenta en última instancia la utilización del criterio de la *sustituibilidad* para medir la legitimidad de las actuaciones públicas que incidan en la libre circulación. Este criterio aparece así como el medio específico de control del cumplimiento de esta obligación constitucional.

