

ARTÍCULO 7

Límites al ejercicio de la libertad de empresa

Shirley Gamboa Alba^{a*}

^a Economista, abogada. Docente investigadora, PhD. En Gestión e Innovación en la Formación Universitaria, por la Universidad de Santiago de Compostela España.

* **Correspondencia del autor:** sgamboa1964@gmail.com

Resumen

El presente artículo surge de los estudios que se vienen realizando en el Programa de Doctorado en Derecho Constitucional, en el que se analiza la libertad de empresa en el marco constitucional boliviano, toda vez que el fenómeno de la globalización económica frente al Estado social que asume Bolivia, generan debate doctrinal respecto a la nueva comprensión de las libertades económicas. Se analiza en concreto la regulación de la Constitución económica, cuyo debate siempre contiene una dimensión social, si se parte del hecho de que la persona es la protagonista principal de toda actividad económica. En base a esta afirmación se estudia el contenido, alcance y los límites a la libertad de empresa, establecidos en la Constitución boliviana, partiendo de la interpretación del artículo 308 que permite afrontar la cuestión de la naturaleza jurídica de la libertad de empresa y sus características. Por la amplitud del tema, solo se presenta una primera parte del estudio, sin profundizar en la libertad de empresa y su relación con otros derechos fundamentales. Aspectos que se irán reflejando en otros artículos.

Palabras clave: Libertad de empresa, Constitución económica, Estado Social, Globalización

Abstract

This article arises from the studies that have been carried out in the Doctorate Program in Constitutional Law, in which the freedom of business in the Bolivian constitutional framework is analyzed, since the phenomenon of economic globalization against the social State that assumes Bolivia, generate doctrinal debate regarding the new understanding of economic freedoms. The regulation of the economic Constitution is analyzed in particular, the debate of which always contains a social dimension, if it starts from the fact that the person is the main protagonist of all economic activity. Based on this statement, the content, scope and limits to the freedom of business, established in the Bolivian Constitution, are studied, based on the interpretation of article 308 that allows to face the question of the legal nature of the freedom of business and its characteristics. . Due to the breadth of the topic, only a first part of the study is presented, without delving into the freedom of business and its relationship with other fundamental rights. Aspects that will be reflected in other articles.

Key words: Business Freedom, Economic Constitution, Social Status, Globalization

1. Introducción

Para nadie es desconocido que la economía en una amplia dimensión, se encuentra siempre presente en la conducta humana y por lo tanto en las sociedades; por esa razón, se puede verificar que los Estados realizan cambios cada vez más sustanciales en su política económica, con el fin de dar respuesta de manera más efectiva a las necesidades de la población. Y es que la cuestión económica, siempre tiene una dimensión social¹ toda vez que las personas son el agente exclusivo y responsable de toda actividad económica, ya sea individualmente o a través de organizaciones, asociaciones, o desde la estructura social que contiene todo espacio geográfico y político.

En el contexto de Bolivia, bajo el impulso del Modelo Económico Social Comunitario Productivo (MESCP), los mercados son objeto de medidas para contrarrestar la liberalización de la economía, dichas medidas han sido especialmente dirigidas para garantizar el funcionamiento de las diferentes organizaciones económicas² que han sido reconocidas en la Constitución boliviana; sin embargo, la libertad de empresa para el sector de la iniciativa privada está siendo fuertemente cuestionada.

La libertad de empresa, cobra dimensiones relevantes para su análisis, principalmente a partir del fenómeno de la globalización, sobre todo en el

ámbito económico³, en los resultados de la aplicación de ciertas políticas y ahora, en el proceso de crisis del Estado Social⁴ que especialmente en los últimos años, ha sido objeto de intensa discusión doctrinal, aunque el tema aún sigue latente para su discusión.

En ese orden de ideas, en el presente artículo se realiza un análisis de la naturaleza jurídica y límites de la libertad de empresa, atendiendo a ciertas afirmaciones que señalan por ejemplo, que “la globalización se opone al Estado Social”; teniendo en cuenta que afirmaciones como ésta sitúan el estudio de la economía en el ámbito del nuevo modelo económico adoptado por Bolivia. Sin embargo, el presente artículo omitirá partir de dicha contraposición y se centra en las distintas funciones del Estado en la economía, partiendo de la categoría del Estado social como marco de referencia para el análisis del artículo 308.II de la Constitución Política del Estado, y de la retórica

1 Al hablar de la dimensión social, nos referimos a la integración de los contenidos materiales que se han dotado a la sociedad, de tal forma que es posible personificar la concepción del constitucionalismo social, donde solo se puede conseguir la efectividad plena del goce de los Derechos Humanos mediante la garantía estatal de condiciones mínimas de existencia material del individuo. R. Aguilera Portales y D.R. Espino Tapia, Fundamentos, garantías y naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del estado social de derecho, en: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N°10, 2006/2007, pp. 134-135.

2 La Constitución Política del Estado de 2009, reconoce en el artículo 8° las formas de organización económica: estatal, privada, social cooperativa.

3 Pese a la afirmación que la globalización económica puede fomentar el crecimiento económico indispensable para el progreso social, esta no es suficiente por sí misma para asegurar dicho progreso. De acuerdo a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el crecimiento económico debe ir acompañado de un conjunto de normas socio-laborales. Cfr. C. Doumbia-Henry y E. Gravel, *Acuerdos de libre comercio y derechos laborales: Evolución reciente*, en: Revista internacional del trabajo, Vol. 125, N°3, 2006, p. 211.

4 El comienzo de la crisis del Estado social se sitúa en la segunda mitad del siglo XX. Se empieza a utilizar la expresión “déficit de legitimación del Estado social”. Déficit que proviene de la imposibilidad de atender demandas sociales crecientes y de la crisis de representatividad real. La crisis del Estado social no representa solo el fracaso de un modelo político de la economía, que tuvo el mérito histórico de haber permitido la paz social en el régimen capitalista, sino que representa también el riesgo de una gradual descomposición del Estado constitucional que asume la dignidad del hombre como premisa y finalidad de su actuación. El condicionamiento financiero de las políticas públicas redistributivas dirigidas a realizar el proyecto constitucional de la igualdad y de la justicia social y a garantizar la efectividad de los derechos, hace que la crisis del Estado social se manifieste no solo como crisis fiscal del Estado sino también como crisis constitucional, como una verdadera crisis democrática. Silvio Gambino, Estado social y crisis económica. Los nuevos desafíos del constitucionalismo, en ReDCE núm. 28. Junio-Diciembre de 2017.

normativa que nos describe jurídicamente qué es el Estado social para poner de manifiesto las contradicciones que expone la realidad actual.

Ahora bien, si la globalización es sinónimo de la desvinculación política, del control de la economía, de la ruptura del vínculo político del mercado, entonces se puede afirmar que también supone esencialmente una ruptura de los mecanismos e integración del trabajo fundados por el Estado Social⁵. Se debe recordar que los derechos sociales, “expresan el nivel de garantía política de la integración económica”⁶ y consecuentemente, los límites impuestos por el Estado social resultan ser la base del equilibrio entre el capital y el trabajo, de tal manera, que el pleno empleo constituiría un vínculo político económico entre el Estado y el funcionamiento del mercado.

Por otro lado, en el presente trabajo, se entenderá la globalización en el ámbito económico, un proceso continuo y dinámico que hasta la fecha ha desafiado y sometido a contradicciones los ordenamientos jurídicos en relación a la regulación del funcionamiento de empresas y el comportamiento económico de los individuos a nivel internacional, aprovechando irregularidades y debilidades en los sistemas de países con dichos ordenamientos, en especial para aquellos en vías de desarrollo. Según informes del Fondo Monetario Internacional (FMI) en estos países en desarrollo, considera la intervención estatal como perjudicial a los intere-

ses de esas empresas y que además asevera que la idea misma del desarrollo social como meta objetivo del Estado precluye la libertad individual y distorsiona tanto la sociedad como el mercado.

En la Constitución boliviana, la libertad de empresa reconocida en el artículo 308.II, responde a la lógica del Estado social pero a su vez, nos encontramos ante la existencia de un nuevo paradigma que busca corregir la subordinación al mercado, reorganizando y reconstruyendo los elementos sociales del modelo en el nuevo Modelo Económico Social Comunitario y Productivo.

En tal sentido, el objetivo es analizar el reconocimiento constitucional del libre ejercicio de la libertad de empresa en un marco determinado y a su vez, si el Estado está obligado a limitar la libertad de empresa para satisfacer bienes, valores y principios constitucionales, en base al modelo de Estado asumido en el artículo 1° de la Constitución Política del Estado.

2. Metodología

La metodología utilizada parte del análisis de los principios y valores constitucionales a partir de los cuales se establece el significado, alcance y valor de los derechos fundamentales. Ello permitió delimitar el alcance y límites del derecho a la libertad de empresa en la realidad económica del país. Así mismo, el Estado social, se constituye como el marco general para el análisis de la constitución económica, como así también, el análisis crítico de los aportes de la doctrina también fue fundamental para el logro de los objetivos.

5 Cfr. G. Maestro Buelga, “Constitución económica e integración europea”, en: *Revista de Derecho Político*, No. 54, 2002, pp. 74 y ss.

6 Cfr. M.A. García Herrera, *Derechos sociales y Tratados comunitarios: evolución normativa*, en: *La protección de los derechos fundamentales en la UE*, Concurera Atienza, J. (Coord), Dykinson, Madrid, 2002.

3. Marco Teórico

Estructura constitucional de la libertad de empresa en Bolivia

Constitución económica y libertad de empresa

Sin entrar a profundizar en las diferentes acepciones de Constitución económica, resumiremos diciendo que ésta surge prácticamente, cuando se deja de considerar al orden estatal y al orden económico como dos sistemas de funcionamiento independientes, cada uno con fines propios y operados mediante leyes de distinta naturaleza, lo que se logra al introducir las medidas políticas sociales y económicas a la Constitución alemana de Weimar⁷.

Precisamente, el objetivo de las normas constitucionales que regulan esta actividad, es constituir los principios ordenadores del ámbito económico que desarrollan los ciudadanos y los poderes públicos, en virtud del marco de relaciones del constitucionalismo de dicho periodo y frente a las transformaciones de la estructura estatal se lleva a cabo los cambios de la Constitución, se trata de un momento de ampliación en el contenido de la Constitución, en el que aparece el Derecho Constitucional económico o el conjunto de preceptos que regulan la intervención del Estado en el orden económico; en donde se prevé una existencia digna para todos, garantizada por el ordenamiento de la vida económica y dentro de los límites de salvaguardia de la libertad económica del individuo.

De lo manifestado, se puede concluir que la idea de la intervención del Estado en la economía, comienza mediante la regulación de manifestaciones propias de las distintas actividades económicas que se llevan a cabo entre los ciudadanos y a tra-

vés de normas jurídicas de rango constitucional.

Ahora bien, para Martín Retortillo y Arroyo Jiménez, la Constitución económica no es neutral en cuanto configura de manera general al sistema económico, ya que establece un marco que vincula a los Poderes Públicos y por ello limita su margen de actuación.

En el caso de Bolivia, la Constitución reconoce el libre ejercicio de la libertad de empresa en un marco determinado pero lo que se trata de investigar es en qué medida la propia Constitución, establece al mismo tiempo y de manera estricta las fronteras de actuación del Estado frente a las actividades económicas que ejercen los particulares, obligando a limitar esa libertad de empresa para satisfacer los valores y principios constitucionales.

En tal sentido, se realiza el análisis de dos sistemas de organización social y económica: liberal y socialista, que son contrapuestos entre sí. El primero, referido a un modelo de economía de mercado dirigido por la soberanía de los consumidores, donde convergen la libre competencia, libertad de precios, libre decisión empresarial, etc., basados en la propiedad privada de los medios de producción; en cambio el sistema de economía socialista, se refiere a la de un Estado que interviene en el orden económico, dirigiendo y ordenando el desarrollo, realizando entre otras, actividades inversoras en sectores económicos concretos, o interviniendo directamente en el orden social, prestando servicios y desarrollando actividades sociales. De la misma manera, se puede pensar en un Estado cuya intervención incide en la productividad, de forma que realiza inversiones de capital constante en actividades que son necesarias para la acumulación del capital, como transporte, infraestructura, investigación, tecnología e inversiones que contribuyen a la reproducción y a la cualificación de la fuerza de trabajo. Sin embargo, esta razón que es propia del Estado social, no lo es necesariamente de una economía socialista

⁷ La Constitución de Weimar constituye un hito en la historia del constitucionalismo porque es uno de los primeros textos que reconoció derechos sociales, además de ser la primera Constitución verdaderamente democrática de la historia de Alemania, en su primera República.

en que la acumulación de capital está únicamente en manos del Estado.

El orden económico de Bolivia se encuentra establecido en la Constitución de 2009, aspecto que es necesario para “dar a la vida económica la certidumbre que le es imprescindible”⁸; así también lo expresa Juan Asenjo, cuando manifiesta que se debe definir con precisión una Constitución económica, sobre todo porque la economía no puede funcionar al margen de la Constitución, ya que todo sistema debe estar basado en un conjunto de “reglas aceptadas por los agentes económicos”, porque de lo contrario, “la alternativa, sería un caos”⁹.

En así, que la Constitución económica representa una manifestación del marco y principios jurídicos de la ley fundamental que regulan el funcionamiento de la actividad económica desarrollada por los individuos y por el mismo Estado, en ella se encuentran sus libertades, derechos, deberes y responsabilidades, así como también, se concretan las reglas y principios que definen dicho sistema económico, determinando sus metas y por tanto, en ella se integran los derechos fundamentales de carácter social y contenido económico¹⁰.

En el texto constitucional boliviano, encontramos derechos fundamentales de libertad que sustentan la democracia al sistema de libre mercado como el de libre empresa, y por otro lado, preceptos que habilitan la intervención pública en el proceso de desarrollo de aquellas libertades, como es en el caso del artículo 316. De tal forma, que se intenta articular un modelo mixto que respeta la libertad de empresa y la propiedad privada, permitiendo

la intervención pública para la satisfacción de los intereses generales con el fin de alcanzar el principio fundamental del vivir bien, establecido en el artículo 8.1. y los valores del artículo 8.II¹¹, de la Constitución boliviana.

No obstante, se considera que la base fundamental para garantizar uno de los valores supremos como es la igualdad de oportunidades, se mide por las condiciones que se establezcan mediante el derecho de la competencia, aspecto que se ve socavado de acuerdo a las características del modelo económico plural instaurado. Sin embargo, es importante destacar lo expresado en el artículo 306.I. de la Constitución, que señala que el modelo económico boliviano está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos. Por lo que, uno de los grandes desafíos del Estado boliviano es lograr la coexistencia de las formas de organización económica, sin vulnerar los derechos económicos individuales.

Así mismo, es fundamental referir, que la Constitución boliviana, proclama diversos principios en materia económica, como el derecho al trabajo, a elegir libremente una profesión u oficio, el derecho a la propiedad privada, entre otros; sin embargo, el que se analiza en este trabajo es el de la libertad de empresa y el “marco” de actuación de dicha libertad en el ordenamiento jurídico boliviano.

3.1. Noción de libertad de empresa

Se parte definiendo lo que se entiende por “empresa”: una organización compuesta de una persona ya sea física o jurídica, que dispone de capital a riesgo para llevar a cabo un proyecto comercial o industrial que requiere mano de obra, materias primas, personal, servicios, tecnología, entre

8 Cfr. R. Entrena Cuesta, “El Principio de la Libertad de Empresa”, en: F. Garrido Falla (coord.): *El Modelo Económico en la Constitución Española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pp. 106-165.

9 Cfr. O. de Juan Asenjo, *La Constitución Económica Española, iniciativa económica pública versus iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p.63

10 Cfr. A. E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 188.

11 El artículo 8.I., de la Constitución boliviana asume y promueve como principios fundamentales, entre otros, el vivir bien y el artículo 8.II. los valores de igualdad, inclusión, dignidad, solidaridad, igualdad de oportunidades, equidad social, bienestar común, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

otros, mediante los cuales se utiliza para obtener un producto o servicio que ofrece al mercado y que además es titular de responsabilidades económicas a cumplir con su patrimonio.

Para llevar a cabo sus intereses, una empresa requiere de “libertad”, la misma que es aquella que permite a la empresa una esfera de autonomía alrededor de la misma, en donde posee amplias facultades de decisión, como por ejemplo: libertad de contratación de personal, el giro que la misma posee o el destino para el cual ha sido creada, entre otras. Eso implica, que estas libertades deben ir de la mano de otras libertades, en donde los beneficiados son la mayoría de los ciudadanos; ejemplo: el respeto a las garantías mínimas como trabajadores de una empresa, condiciones de contratación, igualdad de oportunidades y la armonía en la que se desenvuelva una empresa con respecto al medio ambiente.

La empresa, es reconocida como la manifestación más trascendente de la iniciativa económica privada y determinar el ámbito en el que se desarrolla la libertad de empresa es una labor que no solo demanda identificar al sujeto y al objeto del derecho en cuestión, sino que a la vez requiere una distinción en el término de “empresa” que alude al objeto y a la vez al empresario, que es considerado como el sujeto; en virtud de que la noción jurídica de empresa, aborda no solo el problema del contenido del derecho, sino también del propio sujeto.

Al reconocerse a la empresa como la base del desarrollo de la libertad de empresa, se alude a toda la diversidad de asociaciones económicas que contempla el Derecho privado, pero también a cualquier otra forma que como actividad comercial, suponga el interés de incorporarse al mercado ofertando un bien o servicio con el fin de obtener un beneficio. En tal sentido, para la realidad económica, la empresa es un sistema u organización en la que se ejercitan las libertades económicas de producción e intermediación de bienes y servicios para el mercado. Desde un punto de vista econó-

mico, se concibe como una unidad de producción en la que se combinan los precios del capital y del trabajo con la finalidad de suministrar dichos bienes o servicios¹²

Por lo expuesto, la libertad de empresa que reconoce el artículo 308.I y II de la Constitución boliviana, se refiere a una actividad económica organizada y dirigida a la producción de bienes y servicios destinados a ser dispuestos en el mercado, por lo que, es posible identificar el sujeto y el objeto de la libertad de empresa como derecho constitucional; de manera que el sujeto activo o titular es una persona ya sea física o jurídica a quien le corresponden las facultades y obligaciones que emanan del ejercicio de dicha libertad, y quien recibe el nombre de empresario; por su parte, el objeto es la realidad sobre la que recae el poder del titular que es la empresa como objeto propiamente dicho; y en todo caso, el mercado, es el objeto mediato hacia el cual va dirigida la actividad que ejerce el titular de la libertad de empresa.

Por otra parte, empresa protegida constitucionalmente, sería aquella actividad que constituye un medio de vida, siendo oportuno hacer mención a lo relacionado con qué actividades es lícito ejercer relaciones económicas de tipo empresarial, ya que pese a la libertad que incluye el derecho de los particulares de elegir la actividad objeto de su empresa, no cabe dudas que ha de negarse esa protección constitucional al desarrollo de actividades ilícitas y con claras contradicciones a los valores constitucionales al ser nocivas a la sociedad en términos genéricos.

La libertad de empresa y los demás derechos individuales que poseen la estructura de libertades, tiene su fundamento en el de asegurar a los individuos una esfera de actuación libre de injerencias estatales, entendiendo que se trata de garantizar la independencia de los particulares,

12 Cfr. F. Sánchez Calero y J. Sánchez Calero Guilarte, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Navarra, Thomson Aranzandi, 2007, p.97.

en tanto, les permite “ganarse la vida” de forma autónoma respecto del Estado, de manera que los particulares ostenten la libre elección de sus fines vitales y de los medios para alcanzarlos, sin que el Estado pueda imponerles sus propios modos o fines vitales.

En ese orden de ideas, cabe preguntarse de dónde surgen los límites que contiene una Constitución económica, de hecho, se dice que devienen de los derechos fundamentales; sin embargo, es necesario hacer notar que la interpretación de éstos, no requiere la base de un modelo concreto para su protección, por lo tanto, ostentar la calidad de derecho fundamental no puede ser el único motivo que revista de una necesaria limitación al derecho a la libertad de empresa.

3.2. La libertad de empresa como un derecho constitucional

Dentro del análisis de la naturaleza jurídica del derecho objeto de estudio, éste podría ser catalogado como derecho fundamental. Para Pérez Luño, los derechos fundamentales poseen un carácter estricto y preciso y que sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidas y garantizadas por el derecho positivo¹³.

La libertad de empresa como derecho fundamental, se encuentra en la misma Constitución, en su artículo 109, el cual dispone que todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección. De la misma manera, el artículo 9 señala entre fines y funciones esenciales del Estado garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

De lo anterior, se puede perfilar la idea de derechos fundamentales haciendo referencia así mismo, a los preceptos generales que protegen

la dignidad humana, establecido como valor supremo en el artículo 8.II y el libre desarrollo de la personalidad con la libertad de actuación que tienen los particulares en el ámbito económico, en virtud de que cada individuo posee el derecho de elegir libremente cómo ganarse la vida, al establecer en el artículo 47.I., que toda persona tiene derecho a dedicarse al comercio, industria o cualquier otra actividad económica lícita.

De estas ideas se puede derivar un principio general de libertad, que para la doctrina preside el ordenamiento jurídico y es la de afirmar que “todo lo que no está prohibido u ordenado está permitido”¹⁴, que es una idea esencialmente liberal, y que sin embargo merece protección jurídica en los ámbitos de libertad generales y que asegura a los particulares que los podrá hacer valer frente a quien pretenda introducir deberes de forma unilateral.

De las diversas calificaciones de los derechos fundamentales, se concluye que la libertad de empresa es un tipo de derecho fundamental de “libertad”, debido a que garantiza el pleno desarrollo humano mediante la delimitación de un ámbito de autonomía individual que no puede ser perturbado ni por el poder ni por los individuos o grupos, y que es necesario para el desarrollo de las posibilidades vitales de sus titulares o como dice la Constitución, para el vivir bien.

Por lo tanto, la libertad de empresa ha de considerarse un derecho fundamental, en tanto que su protección y ejercicio son exigibles frente al legislador, a los poderes públicos, y a los demás particulares; ello en consecuencia, de su concepción de iniciativa económica privada, ya que es preciso tener en cuenta que es un derecho con limitaciones y no solo porque el precepto que lo establezca lo diga, sino que además existen limitaciones a la libertad de empresa exigidas por su conexión con otros preceptos constitucionales,

13 Cfr. A.E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos 2004, p.47

14 Cfr. Díez-Picazo, L., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2003. p. 66

éstas son limitaciones que la Constitución exige que se encuentren reguladas por ley y que no infrinjan el contenido esencial del derecho. Aspecto que será analizado a continuación.

El contenido esencial en la libertad de empresa

De acuerdo a lo establecido en el artículo 308.II, la libertad de empresa, como cualquier otro derecho, requiere de una regulación para su ejercicio y protección, debiendo entenderse que dicha regulación debe darse siempre y cuando el legislador no lesione el contenido esencial de la libertad de empresa. Se entiende por contenido esencial de un derecho fundamental, lo referido a aquellos casos en los que los derechos fundamentales pueden verse restringidos por ley, de manera que atribuye al legislador en su función de desarrollar el ejercicio del derecho fundamental, la facultad de limitar el mismo¹⁵.

Sin ánimo de detenernos en el análisis de la naturaleza del contenido esencial de los derechos fundamentales, sino por el contrario, encontrar éste en el derecho a la libertad de empresa, es necesario referir a la existencia de dos teorías que explican éste límite del contenido esencial: la teoría relativa y la absoluta, la primera de ellas sostiene que cualquier restricción a los derechos fundamentales debe encontrarse justificada¹⁶, es decir, realizar un análisis que evalúe si la intrusión del legislador limitando el derecho, se encuentra justificada y éste juicio se sustenta en lo que la doctrina alemana ha denominado como “principio de proporcionalidad en sentido amplio”, cuyos elementos son: examinar si la medida

limitante se adecua al bien que se ha pretendido proteger y el principio de proporcionalidad en un sentido estricto, que valora si la lesión causada es proporcional al fin que se persigue con ella.

Por su parte, la teoría absoluta identifica en cada derecho núcleo, el llamado contenido esencial, y otra parte accesorio, que es la que el legislador puede limitar, dejando el contenido esencial, como un ámbito mínimo inmune de la intervención del Estado.

Para Ariño Ortiz (1999), es necesario plantearse de qué forma es posible determinar el “contenido esencial” de la libertad de empresa, es decir, qué elementos o facultades concretas, propias del empresario, constituyen su núcleo fijo e indestructible. En caso contrario, si no es posible establecer ese “núcleo duro, que ni siquiera el legislador puede traspasar, podría llegarse a un punto en el que, a base de sucesivas limitaciones, la libertad de empresa resultase sencillamente irreconocible”¹⁷.

Por su parte, el profesor Fritz Ossenbühl¹⁸, ha propuesto un esquema de análisis, del contenido esencial de la libertad de empresa, en donde encontramos que los ámbitos esenciales de la libertad de empresa son: La libertad de creación de empresas y acceso al mercado; libertad de organización: elección de nombre, de emplazamiento, de forma de organización y de composición de los órganos de dirección; libertad de dirección: de producción, de inversión, de política comercial, de precios, de competencia leal y de contratación.

Modelo Económico de Bolivia

Dentro del conjunto de nuevas bases y principios normativos que en el año 2009 se realizó, la cons-

15 La Constitución Alemana, en su artículo 19 determina en sus incisos 1 y 2: Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitativa al caso individual. Además deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia.

16 Martínez-Pujalte, A.-L., La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p.20

17 Ariño Ortiz, G., Principios del Derecho Público Económico, (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica), Comares, Granada, 1999, p.217

18 Cfr. F. Ossenbühl, Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn, en: Revista Española de Derecho Constitucional número 32, 1991, p.9 y ss. Á. Rojo, Actividad económica pública y privada, Revista Española de Derecho Mercantil, No. 169-170 p. 325 y ss.

titucionalización de los sectores de la economía boliviana es un hecho fundamental. Esta forma de organización económica, consideradas como tendencias francamente sociales, que establecen también el principio de la economía mixta, configura el marco constitucional económico vigente.

En el artículo 306 de la Constitución de Bolivia, se establece que el modelo económico es plural y “está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos”. La economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa, y que la economía plural se articula sobre los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia; además que la economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo. Así mismo, reconoce como máximo valor al ser humano y asegurará el desarrollo mediante la redistribución equitativa de los excedentes económicos.¹⁹

De ahí que, el surgimiento y constitucionalización de los derechos fundamentales económicos, resulta clave para el crecimiento de las tres formas de organización económica, para que los individuos puedan constituir, desarrollar, explotar y beneficiarse de los vehículos jurídicos que hoy conocemos como empresas. En este sentido, resulta muy interesante la tesis de Grimm de que los derechos fundamentales no se refieren ya unilateralmente al Estado, sino que se vuelven normativos para el

orden social, desvinculándose de la función unilateral de protección y por ende se erigen también como fundamento de los deberes de actuación estatal.²⁰ En efecto, dichos individuos, pueden requerir al Estado, que en materia económica lleve una actividad de fomento a la actividad empresarial y de mayor competitividad para los ciudadanos-empresarios.

En la Constitución, se fijan los propósitos y la sujeción jurídica de los tres sectores (cuatro formas de organización económica) al principio de legalidad. El artículo 307, establece que la forma de organización comunitaria comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida social, que se fundan en los principios y visión propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. El artículo 308, reconoce, respeta y protege la iniciativa privada. El artículo 309, refiere a la organización económica estatal y el artículo 310, reconoce y protege las cooperativas como formas de trabajo solidario y de cooperación, sin fines de lucro. Reconociendo a su vez, en el artículo 311, la igualdad jurídica ante la ley de todas las formas de organización económica establecidas en la Constitución.

Bajo la interpretación literal del artículo 311 de la Constitución boliviana, todas las formas de organización económica gozarán de igualdad jurídica y el respeto a la iniciativa empresarial y la seguridad jurídica. Por lo que, el Estado debe garantizar que el desarrollo sea integral, que fortalezca la soberanía nacional y su régimen democrático. Lo anterior implica que dentro de la ordenación gubernamental de la economía, la Constitución pretende armonizar: la rectoría gubernamental con el crecimiento económico, el goce y disfrute del derecho fundamental a diseñar, instrumentar y realizar sus iniciativas económicas, con los derechos sociales consagrados por la propia Constitución. De igual forma, para los sectores económicos constitucionales se establece un imperativo

19 A partir de lo establecido en el marco constitucional, se establece el Modelo Económico Social Comunitario Productivo, que postuló el cambio de la matriz productiva primario exportadora del país hacia la producción con mayor valor agregado a tiempo de satisfacer primeramente el consumo interno y luego la exportación. Se estableció la transferencia de recursos económicos del sector estratégico generador de excedentes hacia el sector que promueve ingresos y empleo, así como la redistribución directa de los excedentes hacia la población boliviana para la erradicación de la extrema pobreza. (Plan de Desarrollo Económico y Social en el marco de Desarrollo Integral para Vivir Bien 2016-2020. <http://www.planificacion.gob.bo/pdes/pdes2016-2020.pdf>)

20 Grimm, p. 156.

de que “toda actividad económica debe contribuir al fortalecimiento de la soberanía económica del país; la obligación de generar trabajo digno y contribuir a la reducción de las desigualdades y la erradicación de la pobreza, como así también, la obligación de proteger el medio ambiente”.²¹

De la misma manera, el artículo 316 entre una de sus funciones señala que el Estado y su función en la economía es de participar impulsando su desarrollo, mediante el incentivo y la producción de bienes y servicios económicos y sociales para promover la equidad económica y social, como así también el de promover la integración de las diferentes formas económicas de producción, con el objeto de lograr el desarrollo económico y social.

Por lo que, si bien existe una amplia función del derecho fundamental de libre empresa en el caso de Bolivia, de la misma manera se amplía la estructura y el extenso contorno que abarca la participación del Estado, al configurar distintos niveles de actuación a su cargo.²²

3.3. Marco Constitucional de la libertad de empresa.

Luego del análisis de la Constitución económica, se puede aseverar que los principios y valores de máxima eficacia de los derechos y libertades, se encuentran recogidas en normas constitucionales como el artículo 1 de la Constitución, que constituye el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario (...) democrático (...). Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo (...) económico (...), normas que son cimiento de unidad constitucional, política, económica y social.

De la misma manera, el artículo 14. III., señala

21 Artículo 312 de la Constitución boliviana.

22 El artículo 316 de la Constitución boliviana, establece las múltiples funciones del Estado en la economía, que van desde la conducción del proceso de planificación económica y social, pasando por la dirección y regulación de la economía conforme con los principios establecidos en la Constitución, los procesos de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios.

que el Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos y el artículo 109 que establece que todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección.

En la Constitución del Estado democrático y social de derecho las garantías de los derechos y libertades se pueden deducir de la naturaleza y función de los mismos y en el presente artículo se analizó como garantía de la libertad de empresa “su contenido esencial”, factor fundamental para poder establecer los límites a la libertad de empresa.

Ahora bien, es importante señalar que existen límites constitucionales que son inmediatamente aplicables y son aquellos basados en la protección de la seguridad, igualdad, la libertad y la dignidad humana. Se trata de los valores que se encuentran garantizados por la misma constitución y que pueden hacerse valer directamente ante el juez.

3.4. Límites de la libertad de empresa

Los derechos constitucionales encuentran limitaciones por la vinculación que existe entre ellos y la configuración que de los mismos realiza el legislador. Por su parte, en lo que respecta a la libertad de empresa, una vez analizado como derecho constitucional, se procederá a establecer las restricciones que se reconocen a la libertad de empresa, señalando además que éstas plantean el problema de su reconocimiento, no sólo por la formulación jurídica de la misma en la Constitución, sino por la interpretación de la misma; ya que cuando una norma que enuncia un derecho o libertad es introducida al ámbito constitucional, la fuente jurídica de las limitaciones del derecho deriva, para comenzar, de la propia Constitución, al mismo tiempo que se establecen los límites que supone la coexistencia entre los distintos derechos, logrando un balance entre los valores, bie-

nes, principios e instituciones, contenidos en la Constitución, sin olvidar que es precisamente esa la razón por la cual son eficaces todos frente a todos.

Se busca alcanzar interpretaciones que permitan la máxima efectividad de las normas constitucionales, a través de la unidad constitucional de todos los derechos y de cada derecho fundamental, y en tal medida, la restricción del mismo que vaya más acorde con el ideal de justicia que es concebido para cada caso general o particular. De esta forma, se tiene tres categorías para individualizar las limitaciones de un derecho a partir de las normas constitucionales, en primer lugar, la norma que consagra el derecho, en segundo lugar, aquellas relacionadas con los elementos que estructuran dicho derecho, y finalmente, las demás normas constitucionales²³.

Ahora bien, nos interesa el análisis de la libertad de empresa y concretar el problema de su limitación, apelando a otras normas de la Constitución. Así tenemos por ejemplo, a los trabajadores, que se encuentran protegidos por el art. 46 y 47 de la Constitución, los intereses de los consumidores, el medio ambiente, artículos 75 y 33 respectivamente y así todos aquellos que pueden verse relacionados directamente con el desarrollo de la actividad empresarial, involucrando a los demás titulares de la libertad de empresa.

Asimismo, existen otras limitaciones a la libertad de empresa recogidas en la misma Constitución, pero de forma más amplia, que contribuya al desarrollo económico, social y fortalezca la independencia económica del país, establecida en el artículo 308.I, contribuir al fortalecimiento de la soberanía económica del país, artículo 312.I, como algunos ejemplos.

Los principios rectores de la política social y económica, constituyen el origen de los límites al

ejercicio de la libertad de empresa, que es precisamente el motivo por el cual se le da la importancia a la labor del legislador en la delimitación del contenido de este derecho.

La concepción de límites a un derecho puede tener dos connotaciones, por una parte, la determinación del contenido material del derecho, por otra parte, la imposición de restricciones al derecho. De esa forma, dependiendo de la connotación utilizada, el concepto limitación consiste en establecer fronteras o fijar el alcance de una acción.

De este breve análisis, es posible deducir que la libertad de empresa presenta dificultades cuando se trata de estudiar los límites de la misma, sobre todo cuando no se ven únicamente como un control al poder, sino como un objeto de limitación jurídica; aunando a estas ideas, encontramos que es un derecho constitucional con función individual y a la vez social, es al mismo tiempo una herramienta del sistema económico, que encuentra apoyo en el concepto de justicia de Estado social. Tiene una inequívoca condición de derecho que implica el ejercicio del mismo, que de igual forma presenta consecuencias producto de su relación con otros derechos, libertades y bienes jurídicos, más allá de los presupuestos enunciados que determinan su contenido.

No obstante, las dimensiones del análisis de los límites a la libertad de empresa, está claro que su contenido constitucional no se puede establecer sin incorporar los elementos de igualdad y libertad de la idea de orden económico constitucional, como una superposición que ayuda a construir la noción de actuar en el mercado de forma “empresarialmente libre”²⁴ y en ese mismo sentido apreciar las limitaciones de dicha actuación.

Asimismo recordamos que la Constitución boliviana ha incorporado un concepto amplio que integra la garantía de la libertad de empresa, con el significado de la expresión “Toda actividad

23 Cfr. Correa Henao M., *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 606

24 Ibidem. p. 615

económica debe contribuir al fortalecimiento de la soberanía económica del país”, que no se puede delimitar por una interpretación jurídica, sino económica, sobre todo porque nos remite a objetivos económicos y sociales, como el crecimiento económico, disminución de los niveles de desempleo, o niveles bajos de inflación, entre otros.

No obstante, las decisiones no pueden delegarse a un poder político, ya que se trata de situaciones constitucionalmente protegidas, como la libertad, seguridad, dignidad humana, y no hay espacio para la discrecionalidad política, sino únicamente para aquellos límites necesarios, que son aplicados inmediatamente por la misma Constitución.

Por otro lado, es importante referir que también se puede limitar la libertad de empresa a través de otras disposiciones legales, como son las propias leyes, reglamentos referidos al tema, como así también los propios estatutos autonómicos que dotan a las comunidades autónomas de atribuciones con consecuencias directas en la intervención pública de la economía, ya que se trata de normas competenciales, como aquellas señaladas en los artículos 297, 298, 299, 300 y 304 de la Constitución boliviana. Lo que quiere decir, que la legislación autonómica contribuye a la configuración y ejercicio de la libertad de empresa, exigiendo autorizaciones administrativas para dar inicio a determinados proyectos, como las licencias comerciales, o bien estableciendo deberes que condicionan el desarrollo de las actividades económicas, como ejemplo, los horarios establecidos de apertura a ciertas actividades comerciales.

De la misma manera, en los artículos 309, 349, 351, 355, 359, 378, se excluye del ámbito de participación de la iniciativa privada ciertas áreas e industrias que son fundamentales para el Estado Plurinacional de Bolivia y por lo tanto de intervención única y excluyente para el sector público, en el marco de las competencias²⁵ privativas y

25 El Artículo 298 de la CPE establece las competencias privativas del nivel central del Estado, en tanto que el artículo 299, las competencias exclusivas.

exclusivas del nivel central del Estado, como así también la potestad de determinar el monopolio de las actividades denominadas como áreas estratégicas²⁶.

De ahí que el ejercicio de dicha atribución por parte del órgano legislativo debe ser cuidadosa para no vulnerar la propia libertad fundamental económica y no producir, como lo denomina la doctrina española, un “vaciamiento” del contenido esencial de la misma, excluyendo muchas áreas o industrias de la participación de los particulares.

Al respecto, Paz-Ares y Alfaro advierte que “la reserva al sector público de determinadas actividades económicas no es un *plus* respecto de la intervención regulatoria en otras actividades económicas. Es un aliud. Por tanto, no puede argumentarse la legitimidad de una limitación de la libertad de empresa afirmando que si el Estado podía haberse reservado esa actividad legítimamente, bien puede limitar su libre ejercicio”²⁷, aunque en lo que respecta a las áreas prioritarias del desarrollo, las mismas no conllevan per se una limitación a la libertad económica de los particulares, ya que el parágrafo I del artículo 351, permiten la “participación” del sector privado en el impulso y organización de las actividades consideradas como prioritarias²⁸.

26 El artículo 316.3., establece de manera categórica, como función del Estado en la economía: Ejercer la dirección y el control de los sectores estratégicos de la economía y el numeral 8 otorga al Estado la potestad de poder determinar el monopolio de las actividades productivas y comerciales que se consideran imprescindibles en caso de necesidad pública. Todos estos aspectos detallados se pueden ver en:

27 Paz-Ares, C. y Águila Real, J.A., Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa, en AAVV, Estudios Homenaje a Luis Díez Picazo, Thomson Civitas, Madrid, 2003 p. 384, citado en Gamboa Alba, Shirley, Paradigmas económicos y Sistemas constitucionales, Investigación y Desarrollo Vol. 4. N° 6. ISSN 2519 – 7975 Pág. 87-100. Mayo 2021

28 Gamboa Alba, Shirley Paradigmas económicos y Sistemas constitucionales, Investigación y Desarrollo Vol. 4. N° 6. ISSN 2519 – 7975 Pág. 87-100. Mayo 2021

4. Conclusiones

La problemática que deriva de la Constitución económica en relación a la libertad de empresa, obliga a reflexionar sobre la construcción de los principios que ofrecen directrices para la regulación del ámbito económico. Tratándose de disposiciones que no sólo profundizan en las normas constitucionales y en las leyes formales que establecen parámetros de actuación de la economía, sino también, de aquellas disposiciones que se utiliza para aplicar los principios y valores constitucionales a la realidad, a las actividades económicas llevadas a cabo entre los particulares y a la actuación de los poderes públicos.

Así mismo, se tiene una problemática que resulta de vincular las disposiciones de la Constitución económica al marco constitucional. Y cuya delimitación serán los valores y principios que hacen referencia a la forma de Estado Social, como en el caso de Bolivia, que tendrán que ser siempre parte de una Constitución que garantiza ese Estado social de Derecho Plurinacional y democrático. En ese sentido, se tiene que dicha Constitución económica establece derechos fundamentales de libertad que funcionan conectados a la democracia y al sistema plural de la economía y por consiguiente, de libertad de empresa con limitación reglada.

En ese marco constitucional y de la relación entre la constitución económica y la libertad de empresa, surge la cuestión de la intervención del Estado en la economía. Para los Estados como el caso de Bolivia que contempla en su Constitución el Estado social como eje de sus actuaciones, será siempre necesario garantizar las necesidades básicas de los particulares, asegurando la intervención, regulación y planificación de la actividad económica y social, tal como lo establece el artí-

culo 316 de la Constitución boliviana.

Es precisamente el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa, el que permite su delimitación y que esté abierta a la posibilidad y necesidad de que los poderes públicos establezcan las condiciones de ejercicio de este derecho. Las facultades y posibilidades de actuación de la libertad de empresa en cada sector económico están a expensas de la decisión del legislador, por lo que se configura como un derecho de permisivo legal. Los límites que los principios rectores de la política social y económica imponen al ejercicio de la actividad empresarial necesitan ser desarrolladas por el mismo legislador.

La idea de límite es inherente a la existencia misma del derecho a la libertad de empresa. Por tanto, se puede afirmar que la libertad de empresa no resulta garantizada de modo suficiente si únicamente nos centramos en los límites de intervención pública en el mercado, sino que es igualmente necesario proteger la iniciativa privada. La limitación que de las facultades individuales de la libertad de empresa resultan en el estado social, no es directa, ya que no consiste en la acción directa de limitar un derecho subjetivo, sino que es un reflejo del mandato de controlar y limitar el funcionamiento libre del mercado. Dichos límites se derivan de la misma Constitución, es decir, de otros derechos fundamentales y de los principios rectores de la política social y económica.

5. Referencias bibliográficas

- (1) R. Aguilera Portales y D.R. Espino Tapia, Fundamentos, garantías y naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del estado social de derecho, en: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N°10, 2006/2007, pp. 134-135.

- ❏ (2) (11) (21) (22) (25) (26) Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009. Gaceta Oficial
- ❏ (3) Doumbia-Henry y E. Gravel, Acuerdos de libre comercio y derechos laborales: Evolución reciente, en: Revista internacional del trabajo, Vol. 125, N°3, 2006, pp. 207-232.
- ❏ (4) Silvio Gambino, Estado social y crisis económica. Los nuevos desafíos del constitucionalismo, en ReDCE núm, 28. Junio-Diciembre de 2017.
- ❏ (5) Maestro Buelga, G., “Constitución económica e integración europea”, en: Revista de Derecho Político, No. 54, 2002, pp. 33-111.
- ❏ (6) García Herrera, M. A., Derechos sociales y Tratados comunitarios: evolución normativa, en: La protección de los derechos fundamentales en la UA, Concurera Atienza, J. (Coord), Dykinson, Madrid, 2002.
- ❏ (8) Entrena Cuesta, R., “El Principio de la Libertad de Empresa”, en: F. Garrido Falla (coord.): El Modelo Económico en la Constitución Española, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pp. 106-165.
- ❏ (9) Juan Asenjo, O. de, La Constitución Económica Española, iniciativa económica pública versus iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- ❏ (10) (13) Pérez Luño, A. E., Los Derechos Fundamentales, Madrid, Tecnos, 2004.
- ❏ (12) Sánchez Calero F. y Sánchez Calero Guilarte J., Instituciones de Derecho Mercantil, Navarra, Thomson Aranzandi, 2007.
- ❏ (14) Díez-Picazo, L., Sistema de Derechos Fundamentales, Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- ❏ (16) Martínez-Pujalte, A.-L., La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- ❏ (17) Ariño Ortiz, G., Principios del Derecho Público Económico, (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica), Comares, Granada, 1999, p.217
- ❏ (18) Ossenbühl, F., Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año n° 11, N° 32, 1991, pp. 9-44 y Rojo Fernández – Río, Á. J., Actividad económica pública y privada, Revista Española de Derecho Mercantil, No. 169-170, 1983, pp. 309-344.
- ❏ (19) (Plan de Desarrollo Económico y Social en el marco de Desarrollo Integral para Vivir Bien 2016-2020.<http://www.planificacion.gob.bo/pdes/pdes2016-2020.pdf>)

- 🔖 (20) Grimm, D. *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006. p. 156.
- 🔖 (23) (24) Correa Henao, M., *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
- 🔖 (27) Paz-Ares, C. y Águila Real, J.A., *Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, en AAVV, *Estudios Homenaje a Luís Díez Picazo*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- 🔖 (28) Gamboa Alba, Shirley *Paradigmas económicos y Sistemas constitucionales*, *Investigación y Desarrollo* Vol. 4. N° 6. ISSN 2519 – 7975 Pág. 87-100. Mayo 2021.