

# La constitución económica de la República Argentina: iniciativa privada

*Marta G. Pardini*<sup>1</sup>

## I. la noción de “constitución económica”

El movimiento político que se dio en el mundo occidental hacia finales del siglo XVIII luego de la Revolución Francesa, y continuó durante el siglo XIX, tuvo por finalidad organizar los Estados bajo una concepción liberal, que quedó claramente plasmada en los textos constitucionales que se dictaron en cada uno de ellos.

De ese modo, se buscó ordenar el poder político configurando las instituciones estatales y atribuyendo a éstas sus respectivas competencias, dejándose de lado todo lo concerniente a los aspectos sociales, culturales o económicos.

Así, las constituciones vinieron a regular el mundo de lo “público” (el Estado) y no el mundo de lo “privado” (la sociedad), incorporando declaraciones de derechos que se manifestaban como la regulación de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado (como modos de estar en el Estado y no en la sociedad), esto es, como derechos “políticos” (o, en términos generales, “derechos públicos”), y no como derechos sociales<sup>2</sup>.

Esto es lo que sucedió, concretamente, con la Constitución Nacional proclamada en el año 1853 por la entonces Confederación Argentina, que a partir de 1860 y luego de la reincorporación de la provincia de Buenos Aires –hasta entonces separada por conflictos políticos internos–, se convirtió en la Constitución de la Nación Argentina.

---

<sup>1</sup> Abogada. Profesora titular de la Maestría de Derecho Empresarial de la UCES. Profesora titular de la Maestría de ESEADE. Email: mp@estudiopardini.com.ar

<sup>2</sup> ARAGÓN, Manuel, “Constitución económica y libertad de empresa”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 164.

Efectivamente, luego de un Preámbulo introductorio, la Constitución argentina consta de un bloque de treinta y cinco artículos que integran el primer capítulo de la primera parte, y que contiene las “declaraciones, derechos y garantías” vigentes para todos los habitantes del país.

La Constitución argentina fue reformada bajo el gobierno del Gral. Juan Domingo Perón en el año 1949, pero, derrocado por la Revolución Libertadora en 1955, esa modificación fue derogada volviéndose al texto original. Sólo se mantuvo el artículo 14 bis que había incorporado a la Ley Suprema los derechos sociales y laborales que continúan vigentes hasta la fecha<sup>3</sup>. Desde entonces, nuestra Constitución permaneció inalterada, recibiendo una única reforma en el año 1994, que tampoco modificó, en lo sustancial, la estructura primitiva de formato y contenido “liberal”. A la primera parte, la sigue una segunda dedicada exclusivamente a la organización de los tres poderes del Estado que son el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, de los que se regula su composición, forma de designación y atribuciones. Asimismo contiene las normas atinentes a la Auditoría General de la Nación y al Defensor del Pueblo, Ministerio Público y Gobiernos de Provincia.

Esta Constitución nació, pues, dentro de la corriente liberal impulsada desde los albores de la Edad Contemporánea y mantuvo esa esencia sin perjuicio de los sucesivos derechos que brevemente se han reseñado y que se fueron incorporando a través de las escasas reformas introducidas en su texto originario.

---

<sup>3</sup> Con esta reforma se incorpora en el primer capítulo, el artículo 14 bis que consagra los derechos esenciales de los trabajadores (condiciones dignas y equitativas de trabajo, jornada limitada, descanso y vacaciones pagas, salario mínimo vital móvil, participación en las ganancias de las empresas, protección contra el despido arbitrario, estabilidad del empleado público, organización sindical libre y democrática, la concertación de convenios colectivos de trabajo, el derecho de huelga, beneficios de la seguridad social, protección integral de la familia, etc.).

<sup>4</sup> Luego de muchos años de inaplicabilidad de la Constitución Nacional, suspendida por la dictadura militar que gobernó el país entre los años 1976 y 1983 y que se había dado un Estatuto para la reorganización del Estado, la Convención Constituyente de 1994 incorporó al texto constitucional los derechos más modernos, como ser el derecho al consumidor, a la libre competencia y a la protección del medio ambiente.

En general, ese texto no es reglamentarista, y no contiene expresas cláusulas referidas a aspectos económicos, a pesar de que, como veremos, de su articulado se infieren varias de ellas, así como la posición del Estado frente a la economía.

El constitucionalismo político antes referido fue modificándose poco a poco, y transformándose junto con el traspaso del Estado liberal al “Estado Bienestar” que comienza a darse como consecuencia de la Primer Guerra Mundial. Es entonces cuando se inicia la gestación del concepto de “Constitución Económica” en contraposición con la “Constitución Política” de la centuria anterior. La revolución rusa de 1917 es un dato histórico relevante en la materia, por la influencia en la Constitución Social Demócrata de la República de Weimar de 1919.

A partir de entonces, se fueron incorporando a los textos constitucionales normas referidas a los nuevos modelos económicos, lo cual dio lugar a un nuevo constitucionalismo, fruto de también nuevas ideas políticas.

En sentido estricto, se habla de “constitución económica” para referirse al conjunto de normas constitucionales (constitución económica en sentido formal) que consagran los principios y reglas por los que ha de regirse la actividad económica desarrollada por el Estado y los ciudadanos; o, si se quiere, al conjunto de normas que, con rango constitucional, establecen la legitimación para ejercer la actividad económica, el contenido de las libertades y de los poderes que se deriven de esta legitimación, las limitaciones que afectan a los mismos y a la responsabilidad que grava su ejercicio, así como los instrumentos y medidas con los cuales el Estado puede actuar o intervenir en el proceso económico<sup>5</sup>.

Como vimos, el intento de adecuar nuestra Constitución apenas terminada la Segunda Guerra Mundial, y en medio de esta moderna orientación social, política y económica, chocó contra la situación interna

---

<sup>5</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, “Constitución, Sistema económico y Derecho mercantil”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 52.

de nuestro país, y la reforma del año 1949 inspirada en el “Estado Bienestar” no pudo concretarse en forma integral. Hubieron de pasar casi cincuenta años para que la Constitución argentina incorporara expresamente el tipo de cláusulas que corresponden a lo que se ha denominado “Constitución Económica”.

## II. Cláusulas económicas constitucionales

Es cierto que muchas de las constituciones nacidas en la época referida en el punto anterior, carecen de cláusulas regulatorias de un sistema social y económico; pero sin duda alguna, todas ellas lo proclaman.

Y si bien la Constitución argentina de 1853-1860 no articula una norma expresa que formule una definición igualmente explícita sobre la economía, ese silencio no exime de buscar una definición implícita, o al menos unas pautas para llegar con la mayor seguridad posible a esa definición<sup>6</sup>.

La omisión constitucional, sin embargo, no debe llevarnos a intentar descubrir una identidad rígida y dogmática con una escuela o un modelo económico determinado. A decir de Bidart Campos, a pesar de que pueden desprenderse del texto afinidades o filiaciones respecto de grandes corrientes de doctrina económica conocidas por el constituyente, la interpretación debe hacerse con un enfoque elástico y sin hermetismo.

Una de las fuentes más directas de la Constitución argentina es la obra del jurista Juan Bautista Alberdi, en cuyo *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina* se han intentado buscar los orígenes de las disposiciones que en materia económica aquélla contempla. Para Alberdi, la Constitución era un sistema completo de política económica y expresión de una revolución de libertad, consagración de la revolución social de América. Alberdi reemplazó el concepto mercantilista y estatista de

---

<sup>6</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., “La economía y la Constitución de 1853-1860”, en *El Derecho*, Tomo 117, pág. 755.

creación de la riqueza por el Estado, por el principio de que a la riqueza la crean los ciudadanos, porque es “hija del trabajo, del capital y de la tierra”<sup>7</sup>.

La Constitución originalmente concebida para el Estado argentino luego de varios años de declarada su independencia como nación, nace efectivamente en época del liberalismo político. Sin embargo, y no obstante descartarse *ab initio* la teoría de la propiedad estatal del capital o de los medios de producción (solución colectivista o socialista), o el intervencionismo o dirigismo estatal, también debe desecharse la consagración de la fórmula del *laissez faire* absoluto, pues, entre otras cosas, la Constitución plasma normas sobre facultades financieras y fiscales del Estado, fija pautas para la actividad bancaria, la emisión de moneda y billetes, establece competencias aduaneras, reglamenta la navegación, dispone el dictado de códigos de comercio, minería, de trabajo y seguridad social, etc., con lo cual, puede concluirse que también se ha reservado presencia estatal en el sector económico.

Como se ha sostenido también en relación a la Constitución española del año 1978, el silencio de una constitución acerca del sistema económico no equivale ni a indiferencia ni a neutralidad. A través de la integración del conjunto de derechos individuales reconocidos por el texto constitucional se puede inducir el sistema económico<sup>8</sup>.

Ya con la reforma parcial introducida en el año 1994 a la Constitución argentina, se diseñó un nuevo “sistema económico”<sup>9</sup>. Con la incorporación de normas referidas a la defensa de la competencia, el mercado, el control de los monopolios legales y naturales, la calidad y eficiencia de los servicios públicos, la solidaridad, la equidad, el grado

---

<sup>7</sup> Según interpretación de BIDART CAMPOS, Germán, ob.cit. en nota anterior.

<sup>8</sup> ROJO, Ángel, “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española”, en *Revista de Derecho Mercantil*, número 169-170, Madrid, 1983, pág. 311.

<sup>9</sup> Según terminología acuñada por BASSOLS COMA, Martín, que reemplaza por “sistema económico de la Constitución” el concepto de “Constitución Económica”, por considerar que este último podría albergar un cierto dualismo entre la Constitución política como estatuto jurídico fundamental del poder político o de las relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos, y la Constitución económica. En “*Constitución y Sistema Económico*”, Madrid, Tecnos, 1985, págs. 16 y 17.

equivalente de desarrollo, la calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional, el progreso económico con justicia social, la productividad de la economía y el crecimiento armónico de la Nación<sup>10</sup>, podría concluirse que nuestra Ley Fundamental ha consagrado la “economía social de mercado”<sup>11</sup>. Lo han entendido de esa manera la mayoría de los estudiosos constitucionalistas, al afirmar que, si bien la Constitución argentina nacida en 1853 no contuvo definiciones en materia económica sobre la adopción del sistema de economía de mercado, el mismo resulta de la interpretación de sus distintas disposiciones y, como también dijimos, de las ideas de su principal inspirador, Juan Bautista Alberdi<sup>12</sup>.

Y es que, al igual que la Constitución de los Estados Unidos que en muchos temas le sirvió de modelo, la Constitución argentina no definió un modelo económico explícito, pero el mismo surge implícito de las distintas normas que consagran no sólo el derecho de propiedad, de comercio, trabajo e industria, sino también de todas aquellas referidas a la libre circulación de personas, bienes y mercancías, y a la libre participación, como derivación de la libre iniciativa individual que surge del principio fundamentalísimo en nuestro ordenamiento que es la última parte del artículo 19, cuando establece que ningún habitante de la Nación estará obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que la ley no prohíbe<sup>13</sup>.

Ahora bien, resumida brevemente la historia del nacimiento de nuestra Constitución, podemos determinar cuáles son las cláusulas económicas en las que sustenta su “sistema”.

En tal sentido, reiteramos que ya desde su origen se destacan las ideas liberales del siglo XIX. La Constitución Argentina estableció en su nómina de derechos y garantías, como derechos de primera generación, el derecho a la libertad (artículo 15), el derecho a la igualdad (artículo 16) y el

---

<sup>10</sup> Artículos 41 y 42, introducidos por la reforma del año 1994.

<sup>11</sup> SCHAFRIK, Fabiana Haydeé, “El sistema económico de la Constitución Nacional. Un acercamiento a la interpretación de algunas de las normas que lo configuran”, en *El Derecho*, Tomo 180, pág. 1259.

<sup>12</sup> DALLA VÍA, Alberto R., “El Mercado en la Constitución”, en *El Derecho*, Tomo 183, pág. 1129.

<sup>13</sup> DALLA VÍA, Alberto R., *id. ob. cit.*, pág. 1137.

derecho a la propiedad privada (artículo 17), asegurando además la seguridad, el derecho a la justicia y a la instrucción. En la misma línea se inscriben los derechos consagrados por el artículo 14, a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita, de navegar y comerciar, de entrar, permanecer y salir del territorio argentino, de libertad de prensa, y de asociarse con fines útiles.

Es decir, las amplias libertades políticas dispuestas en la Constitución, contuvieron desde siempre las libertades económicas.

### III. El principio de iniciativa económica

#### III.1. Iniciativa privada e iniciativa pública

Dado el tema al que se ha de circunscribir este breve trabajo, trataré exclusivamente la iniciativa privada en la Constitución argentina.

Antes de analizar el texto nacional, diré en forma sucinta que al hablar de iniciativa privada se hará referencia especialmente a una categoría próxima aunque ligeramente distinta, que es la libertad de empresa.

Casi todos los cuerpos normativos constitucionales que contemplan la iniciativa privada, se refieren a ella con la consagración del derecho a la libertad de empresa. Una de las pocas constituciones que concretamente se refieren a la “libertad de iniciativa económica privada” con este determinado nombre, es la Constitución italiana, que la plasma en su artículo 41. Pero la iniciativa privada ha estado presente en todos los debates constituyentes de la posguerra de manera inequívoca, aunque no siempre explícita<sup>14</sup>, previéndosela bajo la forma de la libertad de empresa.

Se entiende que cuando la actividad de una persona excede la obtención de sus medios de vida, y entra en el terreno de la creación y

---

<sup>14</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco, “La libertad de empresa en la Constitución”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 431.

dirección de grandes empresas, se está ante el ámbito de lo que ha dado en llamarse *iniciativa económica privada*.

La libertad de empresa alcanzó relevancia constitucional luego de que en el siglo XIX nadie considerase la necesidad de “constitucionalizarla”, porque era sin duda una libertad mayor, sin cuestionamientos. La libertad de empresa, como elemento esencial -aunque no único- de la economía de mercado, se asegura constitucionalmente porque existen fuerzas políticas que proponen un sistema económico distinto. Y no sólo un sistema económico, sino todo un sistema social, en cuanto a que la sociedad toda resulta determinada por la forma de su sistema económico. La consagración de la libertad de empresa es la consagración de un “modelo de sociedad”, para decirlo con los términos que hace unos pocos años todavía se utilizaban entre nosotros; la afirmación del capitalismo frente al socialismo<sup>15</sup>.

En cuanto a la Constitución argentina, ya se dijo que existen dos reglas negativas para interpretarla correctamente: la primera se refiere al rechazo de la propiedad estatal del capital o de los medios de producción; la segunda a la desestimación del principio absoluto del *laissez faire*. Porque de la prohibición constitucional de sustituir la iniciativa privada de la sociedad libre por la actividad económica del Estado, no se pasa directa ni necesariamente al Estado totalmente abstencionista en la economía.

Los analistas de nuestra Ley Fundamental intentaron dar razón del principio primario de la libertad económica suficiente en el área de la sociedad, recurriendo al Preámbulo que ordena “asegurar los beneficios de la libertad”. Si esto es así, se dijo, no hay por qué presumir –a falta de textos en contrario en el articulado constitucional- que esa misma libertad y sus beneficios no deban asegurarse en el campo de la economía. La Constitución no da pie para postular que la actividad económica haya de ser estatal en

---

<sup>15</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco, *íd. ob. cit.*, pág. 432.

vez de privada, o haya de estar centralizada en el poder político en vez de descentralizada en una sociedad libre<sup>16</sup>.

Sostenía Alberdi que se pueden llamar económicas todas las libertades que la Constitución consagra, como libertad de comercio y de navegación, el derecho al trabajo, la libertad de locomoción y de tránsito, la de usar y disponer de la propiedad, la de asociarse, etc.; a lo cual debe agregarse la de ejercer industria, la de testar y la de contratar.

Si todos estos derechos y libertades se hacen evidentes en el plexo constitucional, hay que admitir que su goce y ejercicio quedan expeditos cuando se refieren a la actividad económica. Esta libertad económica es para todos los habitantes, nacionales y extranjeros, y surgen de la letra y el espíritu de la propia Constitución<sup>17</sup>.

### III.2. Del principio de subsidiaridad al principio de iniciativa. El principio de paridad de trato

No obstante la superación que se ha dado respecto del principio de la subsidiaridad en el campo de la intervención estatal en la economía, la Constitución argentina mantiene ese principio, pues, a pesar de la reforma parcial introducida en el año 1994, no se ha llegado a alcanzar el grado de modernización que registran otras constituciones, como sucede con la Constitución española del año 1978.

En efecto, una de las pocas constituciones que reconocen expresamente la “libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”<sup>18</sup> es la española. Este precepto es el núcleo de las cláusulas económicas de esa Constitución, que comprenden la libertad de empresa, el derecho a trabajar y a elegir libremente la profesión u oficio (artículo 35 CE), el derecho a la propiedad privada y la herencia (artículo 33 CE) y la

---

<sup>16</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *id. ob. cit.* en nota 5, pág. 757.

<sup>17</sup> BIDART CAMPOS, Germán J. *id. nota anterior.*

<sup>18</sup> El artículo 38 CE establece que “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”, y que “los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

libertad contractual (artículo 10 CE), estrechamente vinculados al derecho de asociación (artículo 22 CE) y a la libertad de expresión y comunicación (artículo 20 CE).

La libertad de empresa presenta en la Constitución española una estrecha conexión con las normas que configuran constitucionalmente la intervención del Estado en la actividad económica, cuando el artículo 128 CE reconoce en forma expresa “la iniciativa pública en la actividad económica”, que se enfrenta con el tema de la iniciativa privada, respecto de la cual habrá de determinar si la actuación pública es subsidiaria o puede ser paralela a la de los particulares (“co-iniciativa”).

Ante este planteo, puede decirse que en la Constitución española no hay una subordinación de la iniciativa pública a la privada (artículo 128.1 CE), sino que hay “coexistencia”. El artículo 128.2 CE contempla la iniciativa pública en la actividad económica, en un régimen de mercado.

Por tanto, se afirma que el modelo constitucional español no prevé el principio de “subsidiaridad”, sino la co-iniciativa. Esto significa que todos los participantes del mercado están sometidos a las mismas reglas, en condición de igualdad. No hay, pues, privilegios para el Estado, que no puede colocarse en una situación de prerrogativa; y así lo garantizan, por ejemplo, las normas que integran la ley de defensa de la competencia.

Debe agregarse que, a pesar de su reconocimiento, esa co-iniciativa no implica que el Estado español pueda llevar adelante cualquier emprendimiento económico: para esto debe haber siempre delante un *interés general*. Es el interés general el que actúa como *límite negativo* de la iniciativa económica: ésta, sea pública o sea privada, no puede desarrollarse en contradicción con el interés general, tal como aparece configurado por los principios rectores de la política social y económica propios del Estado social. Ejemplifica Rojo que la iniciativa económica no podrá desarrollarse con violación al derecho al medio ambiente (artículo 45 CE), ni atentando a la

salud ni a los legítimos intereses económicos de los consumidores (artículo 51 CE)<sup>19</sup>.

Esa situación no es la que se corresponde con la Constitución argentina. A partir de la década del '70 y en los primeros años '80, se advierten en este país los inconvenientes resultantes de la intensa intervención del Estado en diversas áreas de la economía, comenzando a surgir entonces, una suerte de intervención *subsidiaria* del Estado. Esta etapa constituye una síntesis de lo que fue el Estado gendarme y el Estado intervencionista. En el año 1989, con la privatización de los servicios públicos, comienza la transformación estatal, que necesitó un replanteamiento del régimen jurídico aplicable, en especial, en lo concerniente a la titularidad de esos servicios y el rol del Estado, una vez operada la transferencia de los mismos al sector privado<sup>20</sup>.

La reforma del texto constitucional argentino de 1994 recogió esas transformaciones económicas y sociales operadas en el país, a partir de la crisis del Estado Bienestar y de la adecuación del Estado al nuevo modelo económico. En ese marco, la noción de *bienestar general* adquirió una nueva dimensión, y la participación del Estado en materia económica se transformó en algo “subsidiario” a la iniciativa privada, aunque aquél mantuviera una posición garantista respecto de los derechos sociales.

La doctrina explicó muy bien la nueva función del Estado en la economía nacional. En tal sentido, Cassagne denominó al nuevo modelo como un “Estado subsidiario”, síntesis del Estado liberal y el Estado benefactor, que mantuvo solamente las funciones básicas indelegables, como ser la seguridad, defensa, justicia, relaciones exteriores y legislación, y asumió una función supletoria de la salud, la educación y servicios públicos, brindados en mayor medida por los particulares<sup>21</sup>. Asimismo, y en relación

---

<sup>19</sup> ROJO, Ángel, *id. ob. cit.* en nota 7, pág. 320.

<sup>20</sup> En esa época, se dictaron en la Argentina –entre otras- las leyes números 23.696 (de emergencia administrativa), 23.697 (de emergencia económica) y 24.629 (conocida como Reforma del Estado II de “normas para la ejecución del Presupuesto y la Reorganización Administrativa”).

<sup>21</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.

al principio de regulación estatal introducido en el artículo 42 de la Constitución argentina por la reforma del año 1994, se dijo que el rol del Estado en la vida socioeconómica quedó sometido al principio de subsidiaridad, inspirado el mismo en la idea de que el Estado no debe poner obstáculos al impulso de la dinámica social espontánea y eficaz, sino articularla y hacerla coherente con el bien común, interviniendo o regulando sólo cuando la actividad privada resulta insuficiente o inepta<sup>22</sup>.

Si bien es cierto que la construcción de este principio de subsidiaridad es cronológicamente posterior al dictado de nuestra Constitución originaria, sirva el mismo como método aclaratorio e interpretativo de la Ley Suprema, en donde, desde el inicio y aún después de la incorporación de los derechos sociales consagrados tanto en el artículo 14 bis como en los artículos 41 y 42, se ha considerado que para la Constitución argentina la economía no es una actividad del Estado, sino de la libre iniciativa privada, lo que obliga a tomar precaución ante todas las interferencias estatales que la sustituyen o la sofocan<sup>23</sup>.

De lo expuesto se concluye que, al menos desde el punto de vista constitucional, nuestra Ley Fundamental no ha superado la etapa de la subsidiaridad y no ha avanzado hacia la regulación de la participación del Estado en la economía, como si fuera uno más de sus protagonistas.

Ahora bien, desde la óptica política, debe señalarse que bajo el mandato de los dos últimos presidentes argentinos, se ha venido desarrollando una intervención cada vez mayor del Estado en la economía nacional. Y así como en la década de los años '90 se produjo una gran reforma pública, durante el período 2003-2015, el péndulo claramente se ubicó en el camino de retorno. El Estado argentino ha ido recuperando el terreno del pasado intervencionismo que había perdido, y se ha procurado retomar el control de buena parte de los servicios públicos, del transporte

---

<sup>22</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *En busca de una interpretación constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1997, pág. 345.

<sup>23</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *id. ob. cit.* en nota 5, pág. 759.

aéreo y de los recursos naturales, sin que esto haya afectado o modificado las normas constitucionales vigentes.

Así como hemos señalado que la Constitución argentina no podía encasillarse en el marco de ninguna escuela económica, esto ha servido, como sucedió también en España, para que pudieran adecuarse perfectamente a ella los cambios históricos, sociales y políticos del país.

En definitiva, con un texto mucho menos reglamentarista y explícito que el de la Constitución española de 1978, el texto argentino también se ha adaptado al paso del tiempo y ha mantenido su vigencia sin necesidad de tantas modificaciones.

Lo que no podemos decir, sin embargo, es que exista la posibilidad de una co-iniciativa estatal en igualdad de condiciones con la actividad económica privada. En ese sentido, y -se reitera- al menos desde el punto de vista constitucional, la Ley Fundamental sólo puede ser interpretada a través del principio de la subsidiaridad.

Esta situación nos inhabilita para analizar en el texto constitucional argentino el principio de paridad de trato entre el Estado y los particulares, en la medida que éstos no son competidores asimilados, no actúan en un plano de igualdad ni tienen las mismas posibilidades en el mercado.

## IV. La libertad de empresa

### IV.1. La tutela de la libertad de empresa

Hemos de comparar en este apartado, los puntos de conexión que puedan existir entre la Constitución española vigente y la Constitución argentina luego de la incorporación de su última reforma.

Ya se destacó que el artículo 38 de la Constitución española, compuesto por un único párrafo, contiene en su primer inciso una declaración fundamental: el reconocimiento de la libertad de empresa en el mercado. Con esta consagración, el texto citado prohíbe dos sistemas

extremos, pero deja un amplísimo margen al poder político para configurar el *modelo económico* de esa nación<sup>24</sup>. Efectivamente, al no establecer un modelo económico específico sino genérico, la Constitución española rechaza dos soluciones enfrentadas: tanto la absoluta libertad económica, como la pura estatización de la economía<sup>25</sup>.

Dentro del modelo dispuesto por este texto legal, la libertad de empresa se considera un derecho fundamental, dado lo establecido por el artículo 53.1 CE, es decir, por la existencia de un contenido esencial garantizado frente al legislador por el Tribunal Constitucional y frente a los demás poderes públicos y particulares por los jueces y tribunales ordinarios<sup>26</sup>.

La libertad de empresa comprende el concepto de libertad de iniciativa económica privada, siendo su más alta expresión en el tráfico mercantil dentro de un Estado de Derecho<sup>27</sup>.

Por otro lado, la empresa trasciende la consideración puramente individual y alude a una actividad económica organizada, por lo que el derecho que la protege se relaciona directamente con otros derechos y libertades que son su necesario acompañamiento: propiedad privada, derecho de asociación, libertad de residencia y circulación, derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio, libertad de expresión, y libertad general de contratación.

Se trata, en definitiva, de una libertad que la Constitución española reconoce a los ciudadanos para acometer y desarrollar actividades económicas, sea cual fuere la forma jurídica –individual o societaria- que se emplee, y sea cual sea el modo patrimonial o laboral que se adopte.

En la Constitución argentina, y ya desde el texto original de 1853, el legislador reconoce la libertad de empresa, aunque no expresamente con esa

---

<sup>24</sup> ROJO, Ángel, *id. ob. cit.* en nota 7, pág.316.

<sup>25</sup> ARAGÓN, Manuel, *id. ob. cit.* en nota 1, pág. 169.

<sup>26</sup> ARAGÓN, Manuel, *id. nota anterior*, pág. 170.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 21-II-1984

denominación, a través del aseguramiento del derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, de comerciar, de publicar ideas en la prensa sin censura previa, de usar y disponer de la propiedad, y de asociarse con fines útiles; derechos todos reconocidos en el artículo 14, que obviamente se complementan con el derecho a la propiedad privada amparado por el artículo 17, el derecho a la igualdad (artículo 16) y el derecho a la libertad establecido en el artículo 19 que prohíbe que los habitantes de la Nación sean obligados a hacer lo que no manda la ley, o privados de hacer lo que ella no prohíbe.

Y si bien el texto nacional no menciona expresamente al mercado ni declara la adscripción al sistema de economía de mercado en donde la libertad de empresa alcanza su máxima expresión, y como lo hacen otros textos constitucionales (como el español), el mercado surge sin embargo del juego armónico de otros principios, como los de derechos y garantías ya reseñados, de los artículos 14 a 20, o los artículos 9 a 12 (libertad de circulación y navegación) o 75 inciso 12 (que dispone el dictado de los códigos de fondo), entre otros.

Asimismo, cuando el legislador del año 1994 introdujo el artículo 42 de protección a consumidores y usuarios, definió prácticamente el modelo económico constitucional de mercado, al consagrar la protección o defensa de la “competencia contra toda forma de distorsión de los mercados”<sup>28</sup>. De ese modo, consagró también de manera implícita pero contundente la libertad de empresa.

#### IV.2. El contenido esencial de la libertad de empresa

Ya se dijo que la libertad de empresa es considerada por el constitucionalismo español como un derecho fundamental porque goza de un contenido esencial que es indisponible por el legislador. Pero la dificultad radica siempre en determinar cuál es el contenido esencial de cualquier

---

<sup>28</sup> DALLA VÍA, Alberto R., *id. ob. cit.* en nota 10, pág. 1134 y ss.

derecho fundamental, y en este caso trataremos de definir los elementos que configuran la esencialidad de la libertad de empresa.

La definición del contenido esencial de la libertad de empresa es igual al de los demás derechos fundamentales. Una concepción absoluta respecto del contenido esencial de un derecho indica que éste actúa como un “límite de los límites” de los derechos fundamentales. Si se traspasa, se viola la Constitución. El contenido esencial actúa así como un límite propio y distinto del principio de proporcionalidad.

Por el contrario, una concepción relativa considera que el contenido esencial y el principio de proporcionalidad son lo mismo. El contenido esencial sería, entonces, lo que queda después de haber ponderado los bienes constitucionales en conflicto. De restringirse la libertad de empresa, debería aplicarse el juicio de proporcionalidad para determinar si esa restricción es o no constitucional, en tanto sea o no adecuada, necesaria y proporcionada<sup>29</sup>.

Una medida es adecuada cuando es idónea para alcanzar el fin perseguido. No es necesaria cuando está disponible otra menos restrictiva que permite lograr el fin perseguido con la misma eficacia. Es proporcionada cuando la relación entre la restricción de la libertad que la norma provoca y la protección del fin perseguido resulta aceptable de forma que en cuanto más intensa sea la restricción mayor tendrá que ser el valor del interés que se pretende proteger y más intensa la necesidad y adecuación de la norma.

El contenido esencial de una libertad no es una libertad “condicionada”, sino una libertad absoluta, es decir el mínimo completamente irreductible de esa libertad que prevalece frente a cualquier otro valor, sencillamente porque si ese mínimo ni se preservara la libertad literalmente desaparecería<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> PAZ ARES, Cándido y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “Un ensayo sobre la libertad de empresa”, en *Estudios en Homenaje a Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs.5971 y ss.

<sup>30</sup> ARAGÓN, Manuel, *íd. ob. cit.* en nota 1, pág. 173.

Puede considerarse el contenido esencial de la libertad de empresa lo irreductible a la incidencia de otros derechos o libertades y a las exigencias de la economía general y de la planificación<sup>31</sup>.

Para determinar el contenido esencial de la libertad de empresa, se ha dicho, además, que esa libertad debe existir mínimamente en todas las etapas de su expresión.

En primer lugar, debe haber libertad en la creación de la empresa y debe haber libertad de acceso al mercado. Así, la primera faceta de la libertad de empresa es la libertad de emprender actividades económicas lícitas. Como sucesora de la histórica libertad de industria y comercio, la libertad de empresa no se reduce a la libertad de ejercicio sino a la protección de la creación de empresas.

En cuanto a la libertad de acceso al mercado, ésta significa libertad de sector económico, es decir, la posibilidad de cualquier persona de crear empresas en cualquier sector de la economía. En este caso, el reducto de libertad infranqueable probablemente deba ser mínimo: no prohibición absoluta y no imposición forzosa.

Por su parte, esa libertad debe mantenerse durante todo el ejercicio del emprendimiento de que se trate; en ese aspecto, la libertad de empresa se traduce en la libertad para organizar y dirigir la empresa. Y aquí la libertad debe ser mayor: el empresario debe gozar de un mínimo pero suficiente reducto infranqueable de autonomía en la dirección de su empresa, sin la cual no sería empresa privada sino empresa pública. Los únicos límites que la Constitución española impone a esta libertad de decisión son las “exigencias de la economía general” y la eventual “planificación”. Pero la libertad de ejercicio de la empresa debe implicar siempre la libertad de competencia.

---

<sup>31</sup> CAZORLA PRIETO, Luis M., “Artículo 38”, en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 740 y ss.

Por último, la libertad de empresa debe darse cuando de cesación en el mercado se trate, y acá esa libertad debe estar representada por la no imposición u obligación de continuar en la actividad. El empresario tiene este derecho, en primer término, en casos de insuficiencia patrimonial. Pero también cuenta con el mismo derecho aún cuando tenga medios suficientes para continuar, si su voluntad es el cese. En todo caso, deberá hacer frente a las contingencias de la finalización de su actividad (por ejemplo, abonando las indemnizaciones laborales correspondientes), aunque nunca podrá ser obligado a permanecer en el mercado al que ingresó también libremente.

En cuanto al constitucionalismo argentino, ni la doctrina ni la jurisprudencia han desarrollado teorías análogas a las reflejadas precedentemente, en la medida que la libertad de empresa no se halla expresamente dispuesta en la Constitución Nacional.

Simplemente diremos que, al igual que los restantes derechos y garantías enumerados en la primera parte del capítulo primero de la Constitución, esto es, las libertades contenidas en los artículos 14, 16, 17 y 19, entre otros, así como los derechos consagrados en el artículo 42 por la reforma de 1994, gozan de un *status* superior reconocido por nuestros tribunales, y cualquier afectación que de los mismos se haga dan lugar a que las personas físicas o jurídicas perjudicadas acudan al órgano jurisdiccional, en cualquiera de sus instancias, para reclamar el cese de la alteración o conculcación de tales derechos. El artículo 28 inserto en esta misma sección asegura que los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Por vía del recurso extraordinario, y agotadas las instancias inferiores, cualquiera puede acceder hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cabeza del Poder Judicial Nacional, para hacer valer los derechos que la Constitución reconoce<sup>32</sup>. En definitiva, la importancia y

---

<sup>32</sup> De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 48.

fundamentalismo de esos derechos radica en su consagración constitucional y no en la posibilidad de defenderlos por medio del recurso de amparo, ya que el artículo 31 dispone que la Constitución misma, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la “ley suprema de la Nación”.

## V. Límites a la libertad de empresa

Cada una de las manifestaciones del principio de libertad de empresa que se reseñaron en el punto anterior, está sujeta a concretos límites, expresos o implícitos en la Constitución española. El conjunto de derechos en que se descompone la libertad de empresa tiene en el propio texto de la misma tres límites absolutos que, de mayor o menor intensidad, son la reserva al sector público, la expropiación y la intervención.

La posibilidad de reserva al sector público de la actividad económica se encuentra reconocida en el artículo 128.2, cuya redacción reconoce la influencia del artículo 43 de la Constitución italiana. Después de reconocer la iniciativa pública en la actividad económica, la Constitución permite que mediante ley se reserven al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio.

Las dos inconveniencias que plantea el texto legal son, en primer lugar, la extensión de esa reserva; y, por otro lado, su esencialidad. En relación a la cuantificación de la reserva, la misma no puede extenderse a la mayor parte de los recursos o de los servicios sino sólo a aquellos que merezcan el calificativo de esenciales. Y sólo se consideran esenciales, los recursos o servicios indispensables al sector público para el cumplimiento de las exigencias del Estado social. Esta esencialidad debe ser permanentemente controlada desde el punto de vista constitucional.

En cuanto a la expropiación de empresas, la Constitución española permite la privación de bienes y derechos por causa justificada de utilidad

pública o de interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes (artículo 33.3 CE).

Por último, sobre la intervención, la Constitución bajo análisis prevé expresamente la intervención pública de empresas privadas, pudiendo mediante ley acordar esa intervención cuando así lo exija el interés general (artículo 128.2 CE).

De otro lado, en la Constitución argentina existe una norma genérica contenida en el artículo 28 que admite la reglamentación del ejercicio de los derechos consagrados en este texto legal, sin que se permita la alteración de su contenido. Ello significa que los derechos constitucionales no son absolutos, y están sujetos a reglamentación, según las circunstancias y momento histórico, social y cultural, que permite la adaptación de las normas pertinentes.

En lo que hace al derecho a la propiedad privada, sobre el que descansa prácticamente el principio del liberalismo político y económico plasmado en la Constitución de 1853-1860, y en el que se apoyó desde siempre el derecho a ejercer industria lícita y comercio, el artículo 17 también dispone la posibilidad de que el Estado disponga la expropiación de los bienes privados, siempre y cuando se lleve adelante por “causa de utilidad pública”, se califique por ley y previamente se indemnice.

## Conclusiones

Se ha tratado en este breve trabajo de hacer una reseña de la materia, comparando en algunos pasajes los lineamientos de la Constitución española de 1978 con el texto de la Constitución argentina que data de 1853 y que, como se ha dicho, ha sido escasamente reformada en lo que a su sustancia económica se refiere, durante los largos años que lleva vigente. Ello, en virtud de la temática abordada y de la importancia que en la misma reviste esa Constitución europea

En ese orden, se han tratado de manera abreviada los ítems más importantes, intentándose aportar claridad a algunos aspectos que no resultan tan explícitos en nuestra Ley Fundamental.

En síntesis, podemos concluir que la Constitución argentina, dictada en época del más puro liberalismo político, recoge esa libertad en las cláusulas referidas a la economía, plasma indudablemente el principio rector de la propiedad privada, pero excluye la aplicación terminante y absoluta de un liberalismo total (*laissez faire*).

La reforma introducida por la Convención Constituyente en el año 1994 ha prácticamente sentado en forma expresa la adhesión del texto constitucional a la economía de mercado (nuevo artículo 42), pero no ha llegado a igualar en ese ámbito a los particulares a cargo de la empresa privada (iniciativa económica privada) con el Estado.

En relación a ello, y si bien se mantiene vigente desde el punto de vista estrictamente constitucional el principio de la subsidiaridad, en la última década se dio en el país un resurgimiento del intervencionismo estatal, que dejó de lado la marginación que el Estado había hecho de su participación en la economía durante muchos años –incluso en lo que respecta a la prestación de servicios públicos esenciales-, y recuperó el rol que tuvo cuando con su intervención pretendió asegurar la promoción del bienestar general dispuesta en el corazón de nuestra Constitución. El último gobierno asumido a finales de 2015 no ha significado una alteración sustancial de esa situación, en la medida que –no obstante ser de diferente signo político- se ha propuesto realizar algunos cambios en materia económica y una mayor apertura al mercado, pero en forma gradual.

## Bibliografía consultada

- Constitución Nacional de la República Argentina, 1853-1860-1949-1994.
- Constitución de España, 1978.
- ALBERDI, Juan Bautista
- Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina*, Imprenta de Mercurio, Valparaíso, Chile, 1852.
- Sistema Económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, en *Obras Escogidas*, T. IV, Luz del Día, Buenos Aires, 1954.
- ARAGÓN, Manuel, “Constitución económica y libertad de empresa”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996.
- BASSOLS COMA, Martín, “Constitución y Sistema Económico”, Tecnos, Madrid, 1985.
- BIDART CAMPOS, Germán J.
- El Constitucionalismo social (Esbozo del modelo socioeconómico de la Constitución reformada en 1994)*, en Germán J. Bidart Campos (coordinador), “Economía, Constitución y derechos sociales”, Editar, Buenos Aires, 1997.
- La economía y la Constitución de 1853-1860*, en *El Derecho*, Tomo 117-755.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- CAZORLA PRIETO, Luis M., “Artículo 38”, en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.
- DALLA VÍA, Alberto R., *Derecho Constitucional Económico*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.
- DALLA VÍA, Alberto R., “El Mercado en la Constitución”, en *El Derecho*, Tomo 183-1129.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio, “Legitimación constitucional del Derecho Mercantil y desafío ético del ordenamiento del mercado competitivo”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *En busca de una interpretación constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1997.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, “Constitución, Sistema económico y Derecho mercantil”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996.
- PAZ ARES, Cándido y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “Un ensayo sobre la libertad de empresa”, en *Estudios en Homenaje a Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs.5971 y ss.
- ROJO, Ángel, “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española”, en *Revista de Derecho Mercantil*, número 169-170, Madrid, 1983.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “La libertad de empresa en la Constitución”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996.
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, “La libertad de empresa en la Constitución Económica Española: especial referencia al principio de la libre competencia”, en *Revista de Derecho Mercantil*, número 216, Madrid, 1995.

SCHAFRIK, Fabiana Haydeé, “El sistema económico de la Constitución Nacional. Un acercamiento a la interpretación de algunas de las normas que lo configuran”, en *El Derecho*, Tomo 180-1259.

SOLÁ, Juan Vicente, *Constitución y Economía*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.