

# SOBRE LA ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

---

LUIS ARROYO JIMÉNEZ

*Letrado del Tribunal Constitucional*

*Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DILEMA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA. 3. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO SUBJETIVO Y COMO MANDATO OBJETIVO. 4. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO PRINCIPIO Y COMO REGLA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde la perspectiva de su régimen constitucional y, por lo tanto, de los presupuestos de corrección de su regulación normativa, la libertad de comercio representa una manifestación de la libertad de empresa, que el art. 38 CE proclama en los términos siguientes: «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y promueven su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación». La libertad de comercio es, en efecto, una manifestación de la libertad de empresa cualificada por el tipo de actividad económica en cuyo desarrollo se concreta su ejercicio, de ahí que comparta con ésta última los problemas que plantea la integración de su régimen jurídico como, por ejemplo, los relativos a su ámbito subjetivo de aplicación, a las actividades sobre las que se proyecta o al elenco de facultades que integran su contenido.

En esta contribución pretendo detenerme en la naturaleza jurídica de la libertad de empresa y, en particular, en el problema de su estructura normativa<sup>1</sup>. En primer lugar, trataré de justificar la oportunidad de replantear esta cuestión (*infra* 2). Posteriormente se estudiará la doble condición de la libertad de empresa, que constituye al tiempo un derecho subjetivo de los particulares y un mandato objetivo dirigido a los poderes públicos (*infra* 3). Por último, se analizará el modo en que la libertad de empresa se comporta respecto de otras normas del sistema que, según las circunstancias, puede ser el propio de las reglas o el de los principios (*infra* 4).

## 2. EL DILEMA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

El tratamiento que la literatura académica y la jurisprudencia han dispensado tradicionalmente al art. 38 CE y, en particular, a la cuestión de los presupuestos de constitucionalidad

---

<sup>1</sup> Para un mayor desarrollo de algunas de las cuestiones que se desarrollan a continuación, permítase la remisión a L. Arroyo Jiménez, *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid, 2004, págs. 26 y ss., y 75 y ss.

de la reglamentación de actividades económicas, conduce a una situación paradójica que podemos denominar el dilema de la libertad de empresa. Me refiero a que no parece que se hayan asumido plenamente las consecuencias del dato, verdaderamente fundamental, de que los operadores económicos, incluidos aquellos que todavía no han accedido al mercado, son sujetos titulares de una posición jurídica de libertad protegida por normas del máximo rango. Buena prueba de ello es la idea, ciertamente extendida, de que la Constitución no protege el inicio de cualquier actividad económica, sino tan solo el de aquéllas permitidas por la Ley, y en los términos que de ésta resulten. Lo cual no deja de ser sorprendente si se tiene en cuenta que el primer efecto de las normas constitucionales –especialmente de aquellas que reconocen derechos frente al poder– es el de delimitar el ámbito de la política. En definitiva, mientras que, por un lado, la libertad de empresa es un derecho constitucional cuya vocación es constreñir el espacio que la Constitución deja abierto al principio de pluralismo político, por otro lado parece que el legislador pudiera redefinir a su antojo los límites del mandato del que es destinatario.

Las razones que explican este fenómeno son diversas y han evolucionado con el paso del tiempo. Durante la dictadura, claro está, la ausencia de un régimen constitucional en España impedía tomar en serio la idea de que la libre empresa fuera una libertad fundamental. Una vez aprobada nuestra vigente Constitución, la situación no cambió sustancialmente debido a la estrategia de debilitamiento de las libertades económicas que se llevó a cabo con la finalidad de justificar la constitucionalidad de las medidas de intervención pública propias del nuevo modelo de Estado social y democrático de Derecho. El problema posiblemente resida en que para justificar estas medidas se creyó necesario debilitar la libertad de empresa desde la perspectiva de su estructura en tanto norma jurídica, sosteniendo que en ella primaba su condición de garantía institucional, cuando no negando, pura y simplemente, su condición de derecho subjetivo.

En mi opinión, esta estrategia resultó ser tan tosca como innecesaria. Es cierto que, junto a la libertad de empresa, hay otras normas constitucionales que imponen a los poderes públicos obligaciones de hacer, justificando –y eventualmente exigiendo– ciertas medidas de intervención positiva sobre los mercados que pueden concretarse en la restricción de la posición de libertad y autonomía de los sujetos que intervienen en ellos. Sin embargo, es perfectamente viable justificar la posibilidad de restringir la libertad de empresa, incluso de hacerlo muy intensamente, sin negar o relativizar al tiempo su condición de derecho subjetivo de autonomía, puesto que ambas cuestiones se plantean en escenarios diferentes: la de la estructura normativa lo hace en el plano de la naturaleza jurídica de la norma y la de los límites en el de su contenido. Lo que ocurre es que, probablemente ello requiera un replanteamiento del análisis tradicional de la naturaleza y del contenido de la libertad de empresa, cuestión ésta a la que se refieren las líneas que siguen a continuación.

### **3. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO SUBJETIVO Y COMO MANDATO OBJETIVO**

La libertad de empresa, al igual que otros derechos constitucionales, presenta una doble naturaleza: es simultáneamente un derecho subjetivo de sus titulares y un mandato objetivo

dirigido a los poderes públicos. En cuanto derecho subjetivo, la norma contenida en el art. 38 CE atribuye a los individuos un derecho de libertad, que, a su vez, se concreta en una triple posición jurídica<sup>2</sup>. En primer lugar, el individuo es titular de un derecho de libertad positiva, consistente en emprender o no una actividad económica, y que incluye las facultades de iniciarla, desarrollarla y abandonarla libremente. En segundo lugar, la norma otorga a los titulares del derecho un espacio de inmunidad o autonomía frente a las injerencias de los poderes públicos respecto del ejercicio de esas facultades. Por último, el particular detenta un derecho instrumental a obtener la tutela de las posiciones señaladas a través de pretensiones ejercitables ante los tribunales. La norma del art. 38 CE, sin embargo, no incorpora al sistema derechos individuales de tipo prestacional, puesto que, más allá de estos tres elementos, los contenidos objetivos del derecho fundamental a los que haré referencia a continuación no se articulan jurídicamente a través de la figura del derecho subjetivo (STC 84/1993, de 8 de marzo, FJ 2). En definitiva, la dimensión individual de la libertad de empresa está integrada por el conjunto de posiciones iusfundamentales características de los derechos de libertad o autonomía.

El contenido que se deriva de un derecho constitucional en cuanto mandato objetivo está integrado por lo que la doctrina alemana denomina contenidos objetivos de los derechos fundamentales<sup>3</sup>, que, sustancialmente, pueden reconducirse a un mandato –entendido en sentido amplio– dirigido a los poderes públicos, consistente en garantizar la integridad y promover la efectiva actualización de los intereses o bienes jurídico-constitucionales contenidos en las normas de derecho fundamental. La dimensión objetiva de un derecho fundamental se encuentra integrada por toda aquella prescripción dirigida a los poderes públicos desde la norma que lo reconoce, con independencia de que constituya o no la posición jurídica refleja de un derecho subjetivo. De este planteamiento se derivan dos consecuencias importantes: la primera es que la diferencia entre las dimensiones objetiva y subjetiva no descansa en la presencia o no de un derecho subjetivo, sino en que se adopte como criterio la vinculación de la prescripción a un sujeto –su titular– o a otro –el Estado–; y la segunda es que el contenido objetivo del derecho es siempre más amplio, por comprenderlo, que el que presenta en tanto derecho subjetivo. En el caso de los derechos de libertad o autonomía, el contenido objetivo está integrado por un mandato de garantía, que constituye la posición jurídica refleja del derecho subjetivo, y por un mandato de promoción, que puede a su vez concretarse en obligaciones positivas de realizar prestaciones, crear normas, diseñar tipos de organización o de procedimiento, etc.

A la vista de todo ello, el contenido objetivo de la libertad de empresa puede definirse como un mandato dirigido a los poderes públicos consistente en garantizar y promover el ejercicio de la dimensión individual de la libre empresa, y que resulta además explicitado en el enunciado normativo incorporado al art. 38 CE a través de la fórmula «*los poderes públicos protegen y garantizan su ejercicio*». Por una parte, en cuanto mandato de garantía el precep-

<sup>2</sup> Vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, págs. 224 y ss., y 240 y ss.

<sup>3</sup> Vid. K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1, C. H. Beck, München, 1988.

to representa un criterio de delimitación de competencias estatales que se concreta en una obligación de abstención y no injerencia respecto del ejercicio de la dimensión positiva de la libertad de empresa. Este primer elemento se corresponde con la consideración negativa del derecho individual a la libre iniciativa económica, de la cual constituye su reflejo: el objeto del derecho subjetivo a acciones negativas representa, desde esta perspectiva objetiva, un criterio de delimitación negativa de las competencias estatales. Por otra parte, el art. 38 CE incorpora la obligación de promover el ejercicio del derecho a la libertad de empresa por parte de los sujetos que, en ejercicio de su dimensión de libertad positiva, pretendan desarrollar una actividad empresarial. El precepto obliga así a los poderes públicos a remover los obstáculos que impidan que esa libertad sea real y efectiva, en los términos del art. 9.2 CE. Desde este punto de vista, el art. 38 CE contiene otro criterio de delimitación de las competencias del poder público. Si el primero se concretaba en una prohibición, este segundo criterio lo hace en un mandato de acción positiva y, a través suyo, en una habilitación para actuar.

A pesar de que el citado mandato se vincula a todas las facultades que la norma reconoce al titular del derecho a la libertad de empresa, puede convenirse en que del mismo se derivan, fundamentalmente, dos consecuencias: en primer lugar, la existencia de una obligación de intervenir para facilitar el ejercicio del derecho a acceder al mercado, esto es, a iniciar una actividad empresarial, removiendo, en su caso, los obstáculos que impiden que esta libertad sea real y efectiva; y, en segundo lugar, la existencia de otra obligación de promover, facilitándolo, el ejercicio de la facultad de organizar y configurar libremente la actividad empresarial en cuestión, una vez que ésta ha sido ya iniciada. Desde esta perspectiva, y sin perjuicio de que existan otros fundamentos concurrentes, la dimensión objetiva del derecho a la libertad de empresa se revela como uno de los fundamentos constitucionales de la actuación pública de defensa de la competencia, que constituye una manifestación del cumplimiento por parte de los poderes públicos del mandato consistente en promover el ejercicio real y efectivo del derecho a la libertad de empresa –de los que ya han accedido al mercado y de los que todavía no lo han hecho–, actualizado en este caso a través de la configuración positiva del ordenamiento jurídico –público y privado– en tal sentido.

La doctrina constitucional ha reconocido en alguna ocasión que, en el art. 38 CE, la dimensión objetiva, y, literalmente, *«el carácter de garantía institucional»*, predomina frente a su vertiente de derecho individual (SSTC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3; 225/1993, de 8 de julio, FJ 3; 112/2006, de 5 de abril, FJ 8). Esta jurisprudencia merece dos comentarios. En primer lugar, es probable que no se utilice aquí la expresión “garantía institucional” en sentido técnico o estricto, sino más bien como un recurso dialéctico dirigido a justificar el debilitamiento de la dimensión subjetiva de la libertad de empresa o, de manera más precisa, su menor resistencia frente a los límites derivados de la acción del Estado. La expresión se emplea, en efecto, en alusión a una cierta comprensión institucional u objetiva del derecho, con el objeto de fundamentar una especial debilidad de la libertad de empresa respecto de la intervención del poder público. Y ello por más que, estrictamente, no exista una relación inmediata entre ambas cuestiones.

En segundo término, es cuestionable incluso que el art. 38 CE contenga una garantía institucional. La teoría de la garantía institucional responde en su origen a la voluntad de limitar la actividad del legislador en relación con complejos normativos ajenos a los derechos fundamentales –autonomía local, matrimonio, función pública, etc.–. Un sector de la doctrina entiende que su proyección sobre ciertas instituciones localizadas en el ámbito de los derechos fundamentales –así, por ejemplo, la opinión pública libre en el caso de la libertad de expresión e información–, responde a la interpretación de los derechos fundamentales como instituciones<sup>4</sup>. No obstante, este planteamiento debe acogerse con cautela<sup>5</sup>, toda vez que la protección de las instituciones localizadas en el ámbito de ejercicio de un derecho fundamental puede hacerse derivar normalmente de los denominados contenidos objetivos del derecho, sin necesidad de recurrir a la técnica de la garantía institucional.

Es cierto que, en el caso que nos ocupa, la conclusión podría ser otra si se entendiera que el art. 38 CE garantiza constitucionalmente una institución conceptualmente distinta de la libre empresa, esto es, que la norma en cuestión, además de un derecho fundamental –entendido en su doble dimensión, individual y objetiva–, incorpora un objeto de protección diverso y añadido. Y lo cierto es que el tenor literal de la norma parece proporcionar elementos que apoyan esta alternativa. En particular, podría pensarse que la expresión «*se reconoce el derecho a la libertad de empresa*» se vincularía con los contenidos objetivos descritos, mientras que el inciso «*en el marco de una economía de mercado*» incorporaría una garantía institucional suplementaria. Sin embargo, un análisis más detenido conduce a la conclusión contraria. La respuesta a este interrogante pasa por determinar si el precepto despliega su eficacia respecto de alguna institución distinta de la realidad que constituye el producto o resultado del ejercicio del derecho a la libertad de empresa, protegiéndola así mediante la técnica de la garantía institucional. Pues bien, parece que, más que una institución conceptualmente distinta de la libertad de empresa, el significado de la expresión remite al cumplimiento del mandato de garantía y promoción anteriormente descrito: la economía de mercado no es sino la realidad que se deriva de la protección constitucional de la libertad de empresa, de modo que lo que el art. 38 CE prescribe a través de la expresión «*en el marco de una economía de mercado*» es el cumplimiento del mandato que se deriva de la dimensión objetiva de la libertad de empresa.

#### 4. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO PRINCIPIO Y COMO REGLA

Además de la referencia a la doble dimensión la libertad de empresa, la cuestión de su naturaleza pone sobre la mesa otra propiedad característica de este derecho. La norma reconocida en el art. 38 CE admite diversos grados de satisfacción o cumplimiento, o, desde la perspectiva opuesta, de restricción o limitación. Es ésta una propiedad de ciertas normas a las que la doctrina científica reserva –en una de sus diversas acepciones– la etiqueta de

<sup>4</sup> Cfr. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, 1988, págs. 112 y s.

<sup>5</sup> Cfr. K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1, op. cit., pág. 833.

“principios” y que permite diferenciarlas de aquellas otras normas que se aplican a la manera de disyuntivas y que son denominadas “reglas”<sup>6</sup>. La libertad de empresa, en efecto, no es una norma que en todo caso se aplica o no se aplica, sino que admite un cumplimiento gradual<sup>7</sup>. La gradualidad puede concretarse de dos maneras: de un lado, por referencia a la intensidad con la que se cumple el mandato que expresa la norma –gradualidad como intensidad en la aplicación–, y de otro lado, por referencia a la frecuencia con la que se impone frente a otras normas con las que entra en conflicto –gradualidad como frecuencia en la aplicación–<sup>8</sup>. Es decir, la libertad de empresa admite un cumplimiento gradual porque se aplica en mayor o menor medida o porque se aplica con mayor o menor frecuencia.

La consideración de la libertad de empresa como un principio supone aludir al modo en el que se comporta al entrar en conflicto, puesto que los principios son normas cuyos conflictos se resuelven mediante el establecimiento de un juicio ponderativo. Así mismo, afirmar que la libertad de empresa es un principio conduce a distinguir entre el contenido que protege *prima facie*, es decir, considerado en abstracto, y el contenido que recibe una protección definitiva, esto es, una vez resueltos los diversos conflictos que la norma plantea con otras normas del mismo rango a través de la ponderación. En el caso de los derechos constitucionales, este planteamiento se articula mediante la aplicación de la llamada teoría amplia del supuesto de hecho de las normas que los reconocen<sup>9</sup>. Considerado en abstracto, el derecho reconocido en el art. 38 CE protege el inicio, el desarrollo y el cese en libertad de cualquier actividad susceptible de aprovechamiento económico. Lo que ocurre es que el legislador puede –y en ocasiones debe– restringir el alcance del contenido definitivamente protegido por la libertad de empresa, debido a la necesidad de atender a las exigencias que se derivan de otros principios constitucionales. El propio tenor literal del art. 38 CE reconoce esta posibilidad mediante la referencia a las «*exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*», que, sin embargo, no agota ni los fines a los que puede servir ni las técnicas mediante las que se puede articular la restricción del contenido *a priori* protegido por la libertad de empresa.

Dentro de este marco metodológico, las decisiones en las que se concreta la regulación de las actividades económicas pueden ser explicadas como el resultado de operaciones de ponderación realizadas por las autoridades materialmente competentes –fundamentalmente,

<sup>6</sup> Vid. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, págs. 72 y ss.; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 81 y ss.

<sup>7</sup> Han explorado también este planteamiento en el caso de la libertad de empresa C. Paz-Ares y J. Alfaro Aguila-Real, «Ensayo sobre la libertad de empresa», en VV. AA., *Estudios homenaje a Luis Díez-Picazo*, vol. IV, Civitas, Madrid, 2003, págs. 5971 y ss.; «Artículo 38», en VV. AA., *Comentarios a la Constitución Española, La Ley*, Madrid, 2008, págs. 980 y ss.; I. García Vitoria, *Prohibiciones ambientales y libertad de empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2004; *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, CEPC, Madrid, 2008; A. Cidoncha, *La libertad de empresa*, Civitas, Madrid, 2006.

<sup>8</sup> Vid. A. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, CEPC, Madrid, 1989, págs. 189 y ss.; L. Arroyo Jiménez, «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», en L. Ortega y S. de la Sierra (coords.), *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 19 y ss.

<sup>9</sup> Vid. L. Prieto Sanchís, «El constitucionalismo de los derechos», *REDC* 71, 2004, págs. 47 y ss.

debido a la reserva de Ley, por el legislador-, a través de las cuales se configura el contenido definitivamente protegido de la libertad de empresa. La expulsión del contenido protegido con carácter definitivo de facultades *prima facie* pertenecientes al mismo puede reflejar las dos manifestaciones de la gradualidad de la libertad de empresa a las que se ha hecho referencia.

En primer lugar, la regulación puede limitar o condicionar el ejercicio del espacio de autonomía que protege la libertad de empresa en relación con un determinado mercado o actividad, lo cual determina que el mandato que incorpora la libertad de empresa se cumpla con una intensidad variable. Así, por ejemplo, el establecimiento de la necesidad de obtener un título habilitante para poder iniciar una actividad empresarial debido a razones ambientales constituye el resultado de una ponderación entre principios constitucionales, en virtud de la cual se otorga preferencia a uno de ellos –la protección del medio ambiente– frente al otro –la libertad de empresa–, en relación con un determinado supuesto –el acometimiento de la concreta actividad que se somete a la carga de obtener el título habilitante–. La consecuencia es que una posición jurídica protegida *a priori* por el principio desplazado –el inicio de esa actividad libremente y sin injerencias del Estado– es expulsada del contenido protegido con carácter definitivo. Este mismo esquema es aplicable a las normas que condicionan el ejercicio de la facultad de abandonar libremente el mercado y, de manera más clara aún, a las normas, horizontales y sectoriales, que ordenan el modo en el que los operadores económicos han de desarrollar cada concreta actividad empresarial una vez que han accedido al mercado correspondiente.

En segundo lugar, el legislador también puede prohibir con carácter absoluto el desarrollo de una actividad en principio susceptible de aprovechamiento económico, lo cual no determina ya una restricción de intensidad variable del espacio de autonomía con el que cuenta el empresario a la hora de configurar su actividad, sino la expulsión de esa concreta actividad, globalmente considerada, del posible ámbito de ejercicio del derecho. Son dos los supuestos en los que el legislador realiza una operación de este tipo sobre el contenido protegido *prima facie* por la libertad de empresa: el primero es el de las prohibiciones represivas, esto es, las actividades susceptibles de aprovechamiento económico que se prohíben porque el legislador las considera socialmente indeseables, y el segundo es el de las prohibiciones indirectas, que son consecuencia de la reserva al sector público de una actividad económica en los términos del art. 128.2 CE. En ambos casos la limitación del derecho respecto de esa actividad es absoluta y la gradualidad de la libertad de empresa no remite por ello a la intensidad con la que se restringen las facultades que protege, sino a la frecuencia con la que el derecho termina cediendo frente a otros derechos y principios constitucionales.

Conforme a su teoría general, el resultado de una ponderación de principios no es ya un principio, sino una regla<sup>10</sup>. Así ocurre también en nuestro caso: la norma que somete el inicio de una actividad empresarial a la previa obtención de una autorización administrativa, o

<sup>10</sup> Cfr. R. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, op. cit., págs. 90 y ss.

aquella otra que realiza una operación de signo contrario sustituyendo una autorización por un régimen puramente represivo, o, en fin, la norma que prohíbe la distribución de determinados productos por razones vinculadas a la protección de intereses públicos son ejemplos de ponderaciones normativas que contribuyen a delimitar el contenido definitivamente protegido por la libertad de empresa. A partir de ese momento, la libertad de empresa ya no opera como un principio, sino como una regla, esto es, como una norma cuyos conflictos no se resuelven mediante la ponderación, sino conforme a los criterios generales de resolución de antinomias –jerarquía, competencia, especialidad, etc.–, de tal manera que si el caso resulta subsumible en su presupuesto de hecho –el proyecto de actividad cumple los requisitos previstos por la norma que regula la autorización reglada–, la consecuencia jurídica prevista por ella –el otorgamiento de la autorización– habrá de aplicarse con carácter pleno y constante, y no, por tanto, de forma gradual en ninguna de las posibles manifestaciones de esta propiedad.

Si las medidas en las que se concreta la regulación del ejercicio de la libertad de empresa constituyen el resultado de ponderaciones legislativas, entonces su constitucionalidad pasa por que satisfagan, entre otros, los presupuestos de corrección aplicables a esta forma de discurso jurídico. Ha de partirse de que la regulación del inicio, desarrollo y cese de actividades empresariales por parte de los ciudadanos es una operación que corresponde principalmente a los poderes públicos con competencias en materia de política económica, que cuentan al efecto con un amplio margen de libre configuración política en la medida en que el «*legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea derecho con libertad dentro del marco que ésta ofrece*» (STC 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; en el mismo sentido, STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7). Sin embargo, ese margen está constreñido por una serie de límites entre los que se encuentran, junto a otros en los que aquí no se va a entrar –singularmente la reserva de Ley–, los presupuestos de corrección de los juicios ponderativos.

En primer lugar, la decisión a través de la cual se regula el acceso al mercado o el comportamiento del empresario una vez ha accedido al mismo, restringiendo el contenido protegido *prima facie* por la libertad de empresa, ha de poder justificarse en base a otro principio constitucional. En una versión débil, este presupuesto queda satisfecho si el legislador persigue un interés público constitucionalmente admisible, de tal manera que el principio constitucional que legitimaría la restricción de la libertad de empresa sería el principio de democracia y el valor superior relativo al pluralismo político (art. 1.1 CE). En una versión más exigente, este primer requisito conduciría a la necesidad de construir relaciones de adscripción entre el concreto fin de la medida y un principio constitucional sustantivo en el que aquél se ampararía. Así, por ejemplo, el establecimiento de una autorización ambiental podría justificarse apelando al mandato de protección eficaz del medio ambiente (art. 45 CE). De igual modo, la prohibición absoluta de comercializar ciertas drogas se fundamentaría en la obligación de proteger la salud pública (art. 43 CE).

En segundo lugar, la decisión regulatoria debe satisfacer las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad. La aplicación de este principio en los ejemplos anteriores



solo tiene sentido si se acepta que la medida tiene relevancia iusfundamental, por restringir o incidir negativamente en el contenido protegido *prima facie* por la libertad de empresa. En caso contrario, esto es, si el art. 38 CE no llegara a proteger el inicio de la actividad potencialmente contaminante o perjudicial para la salud pública, no habría razones para demandar que fuera proporcionada la actuación del poder público que la somete a la previa obtención de un título habilitante, en el primer caso, o a una prohibición represiva de carácter absoluto, en el segundo. Este argumento es un obstáculo para la comprensión tradicional del contenido de la libertad de empresa, conforme a la cual ésta no protegería el desarrollo de cualquier actividad económica ni tampoco la facultad del empresario de decidir cuándo ha de llevarla a cabo (STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3), puesto que si la regulación de las autorizaciones o de los horarios comerciales no llega a ser constitucionalmente relevante desde la perspectiva del derecho a la libertad de empresa, esto es, si no llega a afectar al contenido constitucionalmente protegido por ésta, no alcanza a comprenderse por qué habría de satisfacer el principio de proporcionalidad que, como es conocido, opera en la teoría general de los derechos fundamentales como un límite de sus límites<sup>11</sup>, y no, por tanto, frente a medidas iusfundamentalmente inocuas.

Por último, la medida no puede afectar al núcleo intangible de ninguno de los principios en conflicto, y, por lo que aquí interesa, no puede lesionar el contenido esencial de la libertad de empresa. En caso de rechazarse que éste sea relativo<sup>12</sup>, o que termine vinculándose a posiciones jurídicas de igualdad<sup>13</sup>, el contenido esencial de la libertad de empresa no puede interpretarse como un conjunto de facultades abstractas ejercitables con independencia del tipo de actividad económica –así, por ejemplo, las de iniciar, desarrollar y abandonar el mercado libremente, que, como se ha comprobado, integran más bien el contenido protegido *prima facie* del derecho–<sup>14</sup>. Y no puede hacerlo porque una construcción satisfactoria del contenido esencial de la libertad de empresa debe explicar por qué es constitucionalmente aceptable, no ya solo restringir estas facultades, sino incluso anular por completo la posibilidad de acometer una concreta actividad económica, ya sea mediante el establecimiento de una prohibición de naturaleza represiva sobre una actividad considerada socialmente dañosa por el legislador, o como consecuencia de la decisión de crear un servicio público reservado y, en su caso, de gestionarlo directamente.

En mi opinión, la única forma de resolver este complejo problema es replantearse los términos en los que opera la garantía del contenido esencial de la libertad de empresa. Según se ha comprobado, la gradualidad propia de ésta se concreta en que su contenido protegido *prima facie* puede restringirse, bien con mayor o menor intensidad, o bien con mayor o menor

<sup>11</sup> Vid. por ejemplo L. M<sup>a</sup>. Díez-Picazo Giménez, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2005, págs. 99 y ss.

<sup>12</sup> Vid., sin embargo, S. Muñoz Machado y J. M. Baño León, «Libertad de empresa y unidad de mercado», en VV. AA., *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Pamplona, 1989, págs. 211 y ss.

<sup>13</sup> Vid., en este sentido, F. Rubio Llorente, «La libertad de empresa en la Constitución», en VV. AA., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. I, Civitas, Madrid, 1996, págs. 431 y ss.

<sup>14</sup> Vid., sin embargo, M. Aragón Reyes, *Libertades económicas y Estado social*, McGraw-Hill, Madrid, 1994, págs. 29 y ss.

frecuencia. A partir de esta constatación, es probable que la garantía del contenido esencial de la libertad de empresa no aluda tanto a que este derecho no se limite mucho, un tipo de restricción del alcance del derecho que queda cubierto con el funcionamiento normal del principio de proporcionalidad, sino que no se limite siempre. Dicho de otro modo: si frente a la gradualidad como intensidad en la aplicación opera el principio de proporcionalidad, frente a la gradualidad como frecuencia entra en juego el contenido esencial de la libertad de empresa.

Desde esta perspectiva, el contenido esencial del derecho –subjetivo– a la libertad de empresa coincide con el contenido esencial del derecho en tanto mandato –objetivo– dirigido a los poderes públicos, y se concreta en el derecho individual a afrontar libremente aquellas actividades económicas cuya configuración como actividades de titularidad o de estricta regulación públicas, por implicar una transformación del modelo económico constitucional, conducirían a que el derecho constitucional en cuestión no fuera reconocible como libre empresa. El contenido es, pues, el mismo en ambos casos; lo que cambia es el tipo de posición jurídica –derecho y mandato– y el titular de la misma –individuo y Estado–. Así, por ejemplo, una hipotética norma mediante la cual el Estado se reservara la actividad comercial en términos absolutos sería inconstitucional porque, al suponer una transformación del modelo económico constitucional, lesionaría el contenido esencial de la libertad de empresa, no solo en tanto principio objetivo sino también en su condición de derecho subjetivo. De igual modo, una prohibición semejante en relación con la actividad de producción industrial sería contraria a la Constitución por lesionar el derecho subjetivo a afrontar aquellas actividades económicas cuya titularidad privada constituya un requisito esencial para poder calificar el sistema económico como una economía social de mercado. Por el contrario, la reserva al sector público de otras actividades concretas –así, la recogida de residuos urbanos–, o el establecimiento de otro tipo de límites al derecho del art. 38 CE –por ejemplo, la exigencia de una autorización administrativa previa, la prohibición de modos concretos de ejercicio del derecho en un determinado mercado o la imposición de estándares vinculantes durante el desarrollo de la actividad– no se proyectarían así sobre su contenido esencial, sino sobre su contenido no esencial pero constitucionalmente protegido, de forma que entre los presupuestos de corrección que aquí se han analizado tan solo se aplicarían los dos primeros: que la medida se justifique a partir de otro principio constitucional y que la restricción operada en el contenido de la libertad de empresa soporte la aplicación del principio de proporcionalidad.