

Artículos

La exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Telecomunicaciones y la Constitución

Alvaro Magaña

Resumen

El anteproyecto de Ley de Telecomunicaciones, abruptamente aprobado en la Asamblea Legislativa, se fundamenta en un constructo ideológico neoliberal y en una reforma al Art. 110 de la Carta Magna. Magaña fustiga el débil basamento constitucional del anteproyecto, planteando que, más allá de cualquier sustentación legal, el documento responde abiertamente a los intereses del gran capital salvadoreño y al de las trasnacionales.

“La función del liberalismo en el pasado era poner un límite al poder de los reyes. La función del verdadero liberalismo en el futuro será poner un límite a los poderes de los parlamentos”.

Herbert Spencer

El anteproyecto de Ley de Telecomunicaciones es uno de esos documentos que los políticos prefieren esconder de la opinión pública, evitando su discusión, sobre todo ante la proximidad de un evento electoral. Es innecesario comentar esa

práctica, desafortunadamente bastante generalizada en los últimos años, que obstaculiza el funcionamiento y la efectividad propias de un Estado de Derecho en la medida que impide a los ciudadanos participar en el sistema democrático.

Este artículo, titulado tal como el documento en mención, se contrae al examen de la primera parte del Anteproyecto, es decir, su "Justificación constitucional", por ser la única que obra en nuestro poder. Los números de página que citaremos corresponden precisamente a esa sección del documento.

La exposición de motivos consta de tres secciones: la número uno, que trata sobre la "Situación actual de las telecomunicaciones"; la número dos, sobre la "Necesidad de reforma del sector de telecomunicaciones", y la número tres, sobre el "Marco constitucional de las comunicaciones". Además, tiene doce páginas, la mitad referidas a aspectos denominados como enfoque económico-social y enfoque tecnológico. La sección tercera, que comienza al final de la página seis, es la que expone la especie que interesa particularmente a nuestro estudio.

Por razones obvias no podemos comentar las cuestiones de carácter técnico, a las que se refieren las dos primeras secciones mencionadas, aun cuando debiéramos hacerlo. Sin embargo, cabe reconocer nuestras dudas sobre las afirmaciones hechas en el apartado relativo al enfoque económico-social, cuyo único propósito sería criticar y atacar a los monopolios estatales sin sustentar tales planteamientos con un análisis objetivo e imparcial del problema, o bien apoyar esa posición recurriendo a casos concretos y datos estadísticos que, consignando la experiencia de otros países, permitan corroborar las bondades de la privatización del sector (decremento en el costo del servicio, generación de nuevas plazas, etc.) que, tenaz y dogmáticamente, se dan por descontadas en una intensa campaña publicitaria. El cariz de esa campaña se establece textualmente en el documento, en forma categórica y terminante: "es menester dar un giro y avanzar hacia un Estado fuerte y mínimo". Lo de fuerte quién sabe cómo lo entienden. Lo de mínimo es más claro.

Tampoco podemos aceptar apriorísticamente la crítica a lo que denominan "subsídios cruzados". Las telecomunicaciones, más que un servicio público por el que debe pagarse, supone, por ese mismo carácter público, una tasa para que el pago

tenga carácter equitativo —según el mandato constitucional— de modo que sea posible estimular y fomentar el uso más amplio de los servicios por todos los sectores, particularmente los menos favorecidos. En consecuencia, no estamos de acuerdo en lo que, según el documento, debería hacerse "en base a un criterio económico real". Sinceramente, tenemos serias dudas sobre el origen de estos planteamientos, aunque, en el cuerpo del Anteproyecto, se diga que permanecen "fuera de cualquier concepción ideológica".

La parte final de la sección 2, subsección 2.3, titulada "Enfoque jurídico", establece los fines y objetivos de la futura ley. En este apartado también se establecen los argumentos jurídicos con los que se pretende "sustentar" su carácter resolutivo. En otras palabras, se busca dejar por sentado que las soluciones "obligadas" al problema de las telecomunicaciones tienen naturaleza constitucional. A este respecto, creemos que las soluciones pueden ser "obligadas" y sustentadas por alguien... pero no por la Constitución.

1. La reforma de 1994 al Art. 110 de la Constitución

La tesis principal del documento descansa en la reforma al Art. 110 de la Constitución de 1983, por el Acuerdo de Reformas Constitucionales N° 2 del 29 de abril de 1991, ratificado por el Decreto N° 860 del 21 de abril de 1994. Sobre el particular, la exposición de motivos señala que después de la reforma de abril de 1994, "...el Art. 110 sufre una sustancial modificación, dejando en manos del legislador secundario, la potestad de elegir el grado de regulación —intervención del estado— en la prestación del servicio de telecomunicaciones" (p. 6). La redacción del nuevo inciso cuarto de esa disposición no tiene una jurisdicción tan amplia.

En efecto, la reforma cambió lo relativo a la intervención estatal, que dejó de ser obligatoria conforme a la cláusula de mandato anterior a 1994, según la cual el Estado debía prestar los servicios de correos y telecomunicaciones, sustituyéndola por la intervención facultativa —que no

El Anteproyecto de Ley
de Telecomunicaciones es uno de esos
documentos que los políticos prefieren
esconder de la opinión pública.

mandato— de la cláusula de habilitación establecida por la reforma de ese año.

En ese caso, se deja a los poderes públicos en toda la libertad de prestar un servicio público directamente o bien no hacerlo, que es, precisamente, lo único que significa el nuevo inciso cuarto del Art. 110 de la Constitución, cuando manda: “el Estado podrá tomar a su cargo los servicios públicos cuando los intereses sociales así lo exijan”, lo que difiere de lo afirmado en la exposición de motivos. La reforma se contrae sólo a modificar la intervención del Estado en la prestación de los servicios mencionados, en su modalidad de prestación directa, que pasa a ser optativa, pero nunca se refiere a otras formas de intervención o de regulación por el Estado.

2. Marco constitucional de las comunicaciones

La sección número tres de la exposición de motivos se compone a su vez de tres subsecciones: “libertad de empresa”, “el papel del Estado en la economía” y “las telecomunicaciones como actividad privada sometida a regulación”. Comentaremos inicialmente las dos primeras subsecciones.

2.1. La libertad de empresa

La subsección 3.1 se refiere a la libertad de empresa, entendida dentro del concepto de libertad económica. El documento confiere a la libertad de empresa el calificativo de “consagrada en la Constitución”, seguramente recurriendo al reconocimiento de la libertad económica en el artículo 101, inciso primero, de nuestra Carta Magna, y a su similar consagración en el inciso segundo del artículo 110, en el que se le confiere validez, siempre y cuando “no se oponga al interés social”.

El artículo 110 establecía limitaciones y regulaciones a la libertad económica en virtud de esa autorización genérica expresada del Constituyente, que introdujo esta consideración atendiendo a la fractura histórica de los supuestos individualistas que configuraron la democracia liberal clásica.

Paradójicamente, los cuestionamientos hechos

en las últimas dos décadas al Estado social, que se encontraría en crisis, tuvieron su caldo de cultivo en la construcción misma del Estado social de derecho, cuando se decidió montarlo sobre las bases del estado liberal burgués. Como dice Pedro de Vega García:

El Estado social de derecho aparece como el propio Estado liberal de derecho clásico en el que, en taumatúrgica operación, los derechos y libertades formales, se muestran enriquecidos con derechos y libertades naturales. Sin modificar la estructura, el significado y el ámbito de lo derechos clásicos, surgiría de este modo un nuevo sistema de derechos y libertades más amplios.

La realidad es que los derechos y libertades inicialmente concebidos como absolutos e intocables —como la libertad de empresa— confrontan colisiones con otros derechos que obligaron a establecer un sistema de limitaciones recíprocas.

Fue evidente la necesidad de establecer un orden de limitaciones recíprocas, además de superar la idea de los derechos como valores absolutos. Vega García

Las soluciones al problema de las telecomunicaciones pueden ser “obligadas” y sustentadas por alguien... pero no por la Constitución.

señala:

Si el Estado burgués abstencionista cedió el paso históricamente al Estado intervencionista, fue porque en la praxis social las libertades burguesas no se realizaban y parecían víctimas de su propia incompetencia. De lo que se trataría entonces de preguntar es: “¿hasta qué punto, con las modificaciones introducidas en la estructura estatal, y con la identificación cada vez más creciente entre Estado y sociedad, cabe pensar en una posible garantía de los derechos individuales forjada en los mismos presupuestos en que se edificó el derecho constitucional clásico?!”.

Como veremos después, debemos reflexionar para no desnaturalizar el contenido de los preceptos constitucionales, al seguir veleidades de la moda.

Volviendo a la exposición de motivos, en ella se afirma que el derecho de libertad de empresa, “es constitucionalmente concomitante al reconoci-

miento del derecho a la propiedad privada”.

Ese es un lugar común, pero es oportuno reconocer que, a diferencia de El Salvador, en otras constituciones se reconoce expresamente la libertad de empresa. Al caso, valga leer el artículo 38.1 de la Carta Magna de España, donde dice: “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. 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”².

Podemos decir respecto de nuestro ordenamiento constitucional lo mismo que se ha dicho —y ustedes inferido— sobre el sistema español: no establecemos un modelo económico específico sino un modelo económico genérico que no recoge ninguna de las dos soluciones extremas, ni la absoluta libertad económica ni la pura estatización de la economía. Pero no es una neutralidad constitucional ni se trata de dos modelos enfrentados en el propio texto de la Constitución. Lo que tenemos son los principios que configuran un orden económico, constitucionalmente establecidos, que deben interpretarse sistemáticamente, buscando su conciliación.

La Constitución española reconoce expresamente la libertad de empresa y además, “en el marco de la economía de mercado”. En consecuencia, la referencia de la exposición de motivos sobre la consagración de la libertad de empresa en la Constitución (página 7, párrafo segundo) debe ser entendida como una particular interpretación, según la cual la libertad de empresa se deriva de la libertad económica, reconocida explícitamente en el artículo 101, inciso primero de la Carta Magna. *Ergo*, en España es un mandato, a diferencia de muchos otros artículos de la Constitución que son declaraciones de principios. En España, el precepto obliga a los poderes públicos a garantizar y proteger su ejercicio y además, en un concreto y determinado marco: la economía de mercado, sujeto a los condicionamientos allí precisados. En otras palabras, el objeto o contenido de la norma es la libertad de empresa y la finalidad, su garantía y protección y, en consecuencia, el valor jerárquico

normativo del artículo 38 de la Constitución española es distinto a nuestro ordenamiento, que se refiere específicamente a dos aspectos de la libertad económica: la libre disposición de los bienes (Art. 22) y la libertad de contratar (Art. 23). La otra cuestión significativa es que la disposición constitucional española, como se ha señalado, “recoge expresamente (textualmente, lo que, no siendo habitual en el resto del constitucionalismo occidental, constituye una concesión de necesidad dudosa) la mención de la economía de mercado como típico modelo capitalista”³. Es decir, ese es el modelo económico constitucionalizado por el constituyente español de 1978, que no es el nuestro, y por eso, debemos ser cuidadosos al estudiar la doctrina de otras latitudes que descansa en ordena-

mientos distintos al nuestro.

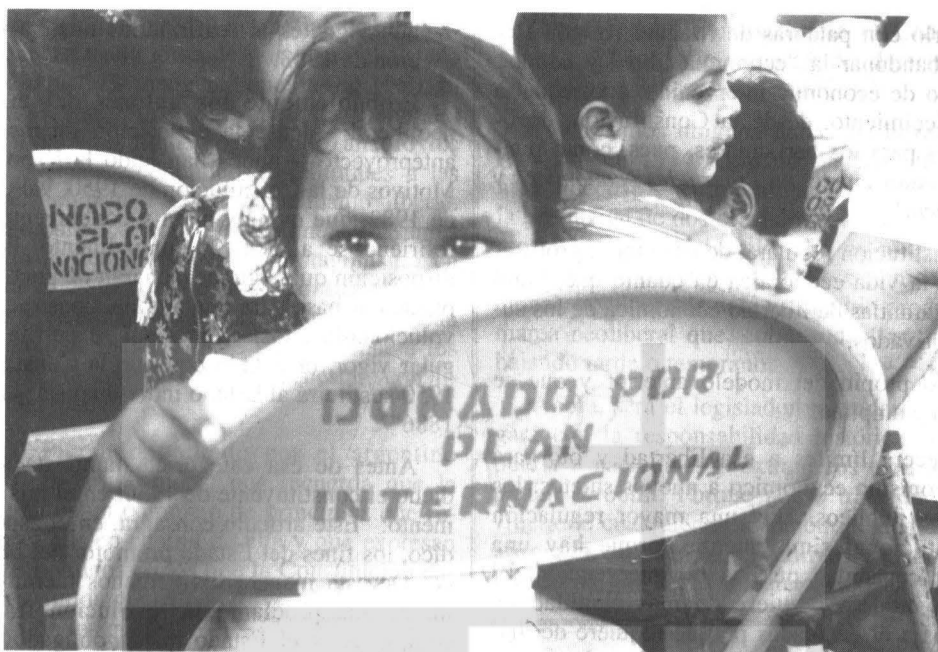
El sistema constitucional español, mucho más específico que el salvadoreño, incorpora expresamente la libertad de empresa, reconociéndola como un derecho.

Curiosamente, como veremos, en la doctrina y jurisprudencia españolas no se llega a las neoliberales conclusiones modernas de la exposición de motivos, que ignora el modelo económico constitucional de El Salvador, vigente desde 1950, concibiendo a la economía de mercado como petrificación del sistema capitalista. Esas conclusiones serían quizá una impecable interpretación del modelo liberal de nuestra venerable Constitución de 1886, pero no de los constituyentes de 1950, 1962 o 19834.

2.2. Orden constitucional económico de El Salvador

Se percibe, por algunas afirmaciones de la exposición de motivos, que sus autores están conscientes del cambio que desde 1950 opera en el modelo económico constitucional, cuando puntualizan: “ya en la Constitución de 1944 aparecen los primeros esbozos de una normativa intervencionista del Estado, situación que se manifiesta definitivamente en la Constitución de 1950, sobre todo mediante dos técnicas: en primer lugar, consagración de una serie de derechos sociales y, en segundo lugar, configuración de un modelo econó-

Debemos reflexionar
para no desnaturalizar el contenido
de los preceptos constitucionales,
al seguir veleidades de la moda.



mico constitucional, mediante el establecimiento de una normativa referida a los principios que deben guiar el orden económico". Y a continuación, citan disposiciones constitucionales como los artículos 101, 110, etc., para concluir después que "la concreción de las respectivas potestades públicas de intervención no pueden nunca devenir la negación del derecho constitucional de libertad de empresa". Esto, empero, no es ninguna novedad, pues así lo establece de hecho el artículo 246, inciso primero, de la Carta Magna, que concreta la misma idea del "contenido esencial" de la Ley Fundamental de Bonn (Art. 19.2) y de la Constitución española de 1978 (Art. 53.1).

Pareciera que el problema de los autores de la exposición de motivos —que por supuesto no es ideológico como afirman y nosotros le creemos, sino más bien crematístico—, consiste en identificar la libertad de empresa con libertad jurídica total y, en consecuencia, "parecen creer" que después de la reforma de 1994 desapareció todo intervencionismo, en todos los sectores, y se eliminaron todas las restricciones a la autonomía empresarial. Pero lo único que ocurrió, desde ese año, es que el Estado no tiene, constitucionalmente, la obligación de prestar los servicios de correos y telecomunicaciones.

Sin embargo, todo lo demás, todas las normas que configuran el modelo económico, concretado

en el ordenamiento constitucional salvadoreño, no han cambiado. Ellos mismos afirman que eso se hizo "mediante el establecimiento de una normativa referida a los principios que deben guiar el orden económico", que allí está todavía, como el dinosaurio en aquel cuento surrealista —el más corto del mundo— del gran escritor guatemalteco Augusto Monterroso⁵.

Y decimos "parecen creer", porque en el mismo documento se acepta que "el reconocimiento a nivel constitucional de la libertad de empresa no significa que la misma no pueda ser sometida a un régimen normativo determinado", y de la misma manera en otras manifestaciones similares, que contrastan notoriamente con los términos dogmáticos que, en forma insistente, pertinaz y necia, se presentan en las conclusiones de la última parte de la exposición de motivos (3.3), lo cual no puede tener otra justificación o explicación que la teología neoliberal y los intereses creados.

La única forma que nos permite interpretar correctamente la Constitución es su totalidad unitaria e integral; así tenemos una interpretación "de" y "desde" la Constitución, como lo ha puntualizado la doctrina española. Para ello debemos identificar el orden constitucional económico salvadoreño.

La Constitución salvadoreña de 1950 significó un cambio de modelo económico que consistió,

para decirlo con palabras de Manuel Aragón Reyes, en abandonar la "economía libre" y adoptar un modelo de economía intervenida, que requería del establecimiento, desde la Constitución, de limitaciones para los particulares, pues, como puntualiza el autor citado, en *Libertades económicas y Estado social*:

la Constitución regulará, de ese modo, profusamente la vida económica en cuanto que, junto a las garantías de libertad económica de los sujetos privados,

que era lo propio del modelo anterior y que se conservan y amplían,

establecerá límites a esa libertad y otorgará protagonismo económico a nuevos sujetos: los poderes públicos. Hay una mayor regulación constitucional simplemente porque hay una mayor capacidad pública de intervención. El nuevo modelo requiere de más cantidad de normas a él dedicadas porque requiere de mayores limitaciones a la libertad y de mayor protagonismo del Estado,

al que sólo por el derecho pueden atribuirse competencias. A continuación, Aragón Reyes puntualiza:

a la Constitución no es ajena hoy la economía (entiéndase, ajena en cuanto a su regulación) como no le es ajena hoy cualquier otra parcela de la realidad social (salud, cultura, educación, etc.). La constitución del presente regula la organización del Estado y de la sociedad en su conjunto, por lo que en ella se encuentran las directrices no sólo del derecho público, sino también del derecho privado. De ahí que la Constitución, además de ser la norma fundamental, sea también la norma básica de todo el ordenamiento. Ya no es sólo la "constitución política" (del Estado), sino la "constitución jurídica" (de la Nación). Por ello, en el terreno de la economía, la Constitución de ahora amplía considerablemente su campo normativo estableciendo los principios rectores del sistema económico y determinando las posiciones que en ese sistema ocupan los sujetos privados y los poderes públicos. La regulación de la economía ha pasado a ser parte, pues, de la materia constitucional⁶.

Esa es precisamente la característica de la filosofía y de la orientación fundamental de la Constitución de 1950, ratificadas en 1962 y

aún vigentes al reafirmarlas nuestra Constitución de 1983.

Probablemente los autores del manifiesto neoliberal —léase la exposición de motivos del anteproyecto— nunca han leído la Exposición de Motivos de la Constitución de 1950, válida para la de 1983, que es muy clara y concluyente cuando, refiriéndose al Art. 2, puntualmente dice: "esta disposición que algunos tacharán de poco práctica, puede dar base para una amplia, constructiva y revolucionaria legislación. Aquí se perfila con singular vigor, el Estado con que la Constitución de 1950 sustituirá al Estado individualista y liberal de 1886"⁷.

Antes de esa categórica manifestación había dicho el constituyente de 1950, en el mismo documento: "Este artículo consagra, en el aspecto jurídico, los fines del Estado promotor del bien público. De esta manera los derechos meramente formales que proclamó la revolución francesa se completan, y el Estado queda obligado a actuar, no en beneficio de grupos dominantes ni de determinadas clases sociales, sino en beneficio del pueblo entero. Este artículo es indispensable para caracterizar la nueva Constitución". Cuarenta años después, todo pareciera haberse olvidado, no obstante que el mismo precepto está en la Constitución vigente desde 1983.

Y es que desde 1950, cuando se estableció un Estado social y democrático de derecho, en sustitución de "el Estado individualista y liberal de 1886", necesariamente, mientras no se modifiquen los preceptos constitucionales que concretan tales propósitos, cualquiera ley que los contrarie cuando los ignora es inconstitucional. Y nosotros pensamos que la reforma "moderna" y revolucionaria de 1994 no nos puede haber devuelto al Estado individualista de 1886, a pesar que en la exposición de motivos se asegure: "En la vigente Constitución también existen —con las modificaciones que una nueva situación social, política e histórica exigía— un conjunto"... porque me pregunto, ¿cuáles son esas modificaciones al orden económico constitucional? ¿Las reformas al Art. 110 y al Art. 120? Eso no es cambio de modelo, sólo es cumplir el orden de las transnacionales vía Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional para apoderarse de servicios esenciales que, por su naturaleza, son responsabilidad privativa del Estado.

No podemos ignorar que "en el contexto de

toda Constitución, la unidad normativa de ella, expresa y concreta una toma de posición del Estado de que se trata". Es innegable que, desde 1950, El Salvador se incorporó a la segunda etapa del constitucionalismo moderno, cuando añadió los derechos sociales, económicos y culturales a las conquistas del primer constitucionalismo liberal. De ese año para acá, constitucionalmente pasamos del Estado abstencionista a un protagonismo en que ahora el Estado tiene la responsabilidad de "remover y erradicar los obstáculos que provocan la marginalidad social y debe proporcionar a los ciudadanos una convivencia en bienestar, con libertad y con justicia".

Franco Pierandrei, citado por el argentino German J. Bidart Campos, nos recuerda que la Constitución es un complejo de principios que representan el núcleo central de ella y que expresan los valores políticos en los que la Constitución encuentra su fundamento y en virtud de los cuales se caracteriza un Estado. Y, por lo mismo, no debemos olvidar que eso significó la Constitución de 1950, no pudiendo decirse que sólo por la reforma al Art. 110 de 1994 se pueda cambiar el núcleo central del ordenamiento constitucional⁸.

Ese es el espíritu visionario que concretó el constituyente de 1950 cuando cambió el modelo anterior y estableció un Estado social y económico de derecho, lo que significó estructurar un andamiaje de derechos y prestaciones económicas, sociales y culturales que el Estado quedó obligado a cumplir. Y para hacer realidad las prioridades de esos mandatos constitucionales, es que se reformulan principios y valores en la Constitución de ese año a fin de que todos los demás preceptos sean instrumentos eficaces para el bienestar social.

En varias oportunidades hemos insistido —y es oportuno recordarlo— que no es posible en las postrimerías del siglo seguir interpretando los preceptos constitucionales como si fuesen parte de la Constitución de 1886, que es precisamente lo que hace la exposición de motivos. También alguna vez dijimos: "tampoco es posible que sigamos afe-rrados a los canones de la interpretación que para

las leyes secundarias estableció el Código Civil, cuando el desarrollo posterior del derecho público nos obliga a buscar otros caminos."

No tenemos ninguna duda que la reforma del Art. 110 de 1994 consistió únicamente —volvemos a decirlo— en modificar la obligatoriedad de la prestación de dos servicios (correos y telecomunicaciones) por el Estado. Eso en ninguna forma ha cambiado nuestro régimen económico constitucional, invulnerable ante un cambio producto de la marea neoliberal que, como todas las mareas, irá bajando tarde o temprano.

Ahora, será el legislador secundario quien cargará con la responsabilidad histórica de abrir la puerta a nacionales y extranjeros para que se repartan el botín. Porque no se trata que esto sea "fuera de cualquier concepción ideológica", según afirma la exposición de motivos cuando reza "el Estado se había ido tomando bajo el pretexto de

buscar —sin hallarla— la solución para derribar las barreras de toda índole que impiden alcanzar el bien común". En verdad no era pretexto, era un mandato constitucional. Sobran los comentarios, pero si de algo estamos seguros es que calificarán con un once esa "pensada" de los autores de la caricaturesca Exposición de Motivos.

Por eso es oportuno recordar conceptos fundamentales sacados de la experiencia histórica, incluso bastante reciente, como podría ser el caso de México y, en menor grado, en nuestro país. La economía de mercado presupone la libre competencia y la competencia que, se considera, deben asegurar la autodisciplina característica de la libertad de empresa. En la realidad, la evolución de la economía capitalista no se verifica, como lo demuestra la existencia de oligopolios y monopolios⁹, perjudicando en forma significativa a los que se encuentran en situación económica desventajosa.

Por eso se justifica el establecimiento de una acción correctora del Estado, que se concreta por medio de su intervención en diferentes grados y modalidades. Cuando se pretende desarrollar amplios programas de privatización es cuando más se justifica, porque es necesario que el Estado asuma un rol más activo regulando las actividades económicas privati-

La reforma del inciso cuarto del Art. 110 no significa que ahora tengamos un sistema constitucional afiliado al liberalismo.

zadas y manteniendo un seguimiento permanente y responsable del desarrollo de esas actividades a fin de evitar las prácticas acostumbradas.

2.3. La intervención del Estado

La verdad es que el mercado en las sociedades actuales ha tenido que ser organizado y disciplinado por los poderes públicos por muy justificadas razones de carácter económico. Los artículos 1 y 2 de la Constitución establecen un marco de referencia que concreta valores y principios básicos para fundamentar toda la normatividad salvadoreña, sea constitucional o de normas de menor rango. El artículo 101 de la Carta Magna manda “el orden económico debe responder a principios de justicia social que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano”, y el 102 garantiza la libertad económica, pero —y es un pero bien importante— “en lo que no se oponga al interés social”. Si todavía quedan dudas sobre el espíritu y orientación de nuestro sistema constitucional recordemos el inciso segundo del artículo 246, que es categórico al caracterizarlo, mandando, desde 1950, que “el interés público tiene primacía sobre el interés privado”. Es dentro de ese marco que se pretende insertar los planteamientos parcializados y dogmáticos de la revelada verdad neoliberal, misma que fundamenta las “modernas” conclusiones de la exposición de motivos.

Los poderes públicos tuvieron que intervenir porque el mercado sólo refleja simples demandas, ignorando las necesidades de los trabajadores, de los consumidores y, para el caso, de los usuarios de los servicios públicos. Por eso la autonomía de la voluntad y por lo mismo la libertad de empresa, como se ha señalado, “ya no se proyectan sobre el mercado con la absoluta disponibilidad y soberanía de antaño; sus limitaciones de derecho público o privado forman parte ya del patrimonio irreversible de la cultura jurídica contemporánea”¹⁰.

No podemos aceptar que un cambio de actitud flexibilizando las decisiones en un caso aislado de alcances limitados y mínimos, como la modificación de 1994 al Art. 110, pueda interpretarse como el desmantelamiento de todo un sistema y la desaparición de restricciones y limitaciones, de tal forma que implique la restauración de los principios liberales puros del siglo pasado.

Y es que una toma de posiciones extremas, como las que caracterizan la sección tres de la ex-

posición de motivos (particularmente el numeral 3.3), ignora totalmente las características fundamentales del modelo económico establecido por nuestro ordenamiento constitucional desde hace casi medio siglo. Los vientos neoliberales generados por las presiones foráneas, a través de las condiciones obligatorias de los financiamientos del Banco Mundial y de los programas de reajuste del Fondo Monetario Internacional, por muy justificados que pudiesen estar desde el punto de vista económico (que no lo están), no podrían armonizarse con el sistema económico constitucionalizado en El Salvador, que se caracteriza por un acentuado intervencionismo conforme la Exposición de Motivos de la Constitución de 1950, válida, repito, para la de 1983.

Si tanto resienten los autores de ese adfesio la “desmesurable cantidad de atribuciones” del Estado (p. 5) y de igual modo resuelven su preocupación concluyendo que a los problemas “hay que darles solución volviendo la vista al mundo actual, en el que resalta el fenómeno de la liberalización” (p. 4), y, si quieren equivocadamente creer que “la iniciativa privada goza de preferencia frente al Estado” (p. 10), la solución es bien simple: para mantenernos en un Estado de Derecho —expresión que, por cierto, no se emplea una sola vez en el documento—, lo único que necesariamente deben hacer es reformar o en algunos casos derogar los artículos constitucionales 1, 2, 3, 23, 37, 38 y demás disposiciones de la sección segunda del capítulo II del título II, 69, 101, 102, 103, 106, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 120 y 246. En el caso de que algunos preceptos no puedan reformarse sería aconsejable derogar el artículo 73 N° 2 y el artículo 235 de la Constitución, para asegurarse que ningún ciudadano o funcionario, en obediencia a los mandatos constitucionales de estas dos disposiciones, tenga la ocurrencia de exigir el cumplimiento de algunos artículos de la Carta Magna y, en consecuencia, pueda enturbiar el mundo idílico, el parnaso neoliberal, trastornando al omnipotente e infalible mercado.

3. Conclusiones de la exposición de motivos

Si los conceptos a los que nos hemos referido realmente impresionan a las trasnacionales, por supuesto la última sección supera la idea del orden espontáneo de Hayek, como veremos a continuación.

Aún no satisfechos, los autores del documento,

con sobrada suficiencia y muy poca justificación, sustentan en la exposición de motivos la "despublicación" con su "original" forma de interpretar la situación tras la reforma de 1994: "hoy en día es obligación del legislador secundario establecer un nuevo régimen legal de las telecomunicaciones que venga a sustituir al vigente dando cumplimiento a la norma constitucional".

Más adelante, los autores, que no pudiendo obviar lo prescrito en la Constitución, reconocen la libertad económica siempre y cuando no vaya en detrimento del interés social, se contradicen aduciendo que "la intervención debe limitarse a lo estrictamente necesario" para evitar "un desequilibrio de las condiciones normales del mercado" (p. 9).

Pero, cómo determinar el grado y el momento oportuno para intervenir. La respuesta, en este párrafo de antología: "la definición del específico nivel de intervención estatal en el sector de telecomunicaciones es decisión del legislador secundario", y continúa "pero lo que no es constitucionalmente aceptable es conservar indefinitamente el régimen actual pues si así se hiciera, constituiría una burla al constituyente". Como si no fuera bastante obnubilación, afirman que la reforma de 1994 "reclama del legislador secundario la inmediata modificación del actual régimen legal de las telecomunicaciones". Y, no contentos, insisten tozudamente: "Si se conserva indefinidamente el régimen vigente de monopolio estatal la reforma constitucional carecería totalmente de sentido, y significaría dejar en manos del legislador secundario la decisión de respetar (ajustarse y potenciar) la decisión del legislador constituyente y admitir esa posibilidad es sencillamente invertir todo el sistema constitucional salvadoreño".

Lo único cierto que puede decirse de las citas anteriores es que el papel aguanta con todo¹¹. Veamos.

↪ Repitiendo por enésima vez, es necesario reiterar que la reforma de 1994 al Art. 110 sólo cambió la cláusula de mandato para el Estado de prestar directamente los servicios de correos y telecomunicaciones, es decir, se sustituyó una intervención obligatoria por una facultativa mediante una cláusula de habilitación por lo que la prestación de esos servicios es opción del Estado. Ese es el significado del verbo "poder" en la frase. "El Estado podrá tomar a su cargo los servicios públicos



cuando los intereses sociales así lo exijan¹²... En consecuencia, ¿cuál es el fundamento de expresiones como las que leímos en las citas anteriores cuando se trata, como primera aproximación, de una simple interpretación literal y gramatical del nuevo texto del precepto reformado?

Ahora bien, es innecesario inventar una cosa distinta cuando quiere invocarse a un "cambio de orientación" y a una supuesta "toma de postura política", cuando se trata simplemente de plegarse a las presiones de conocidas transnacionales en base a una pequeña modificación. Pero si esa es la pretensión, ignorando el texto de la reforma, habrá que hacer una interpretación histórica de la Constitución conforme al modelo económico, que en El Salvador no es neutral ni es el de una economía libre de mercado, como era el caso de la Carta Magna de 1886. Nuestro modelo actual es de economía mixta, es decir, dualista, con una acentuada orientación intervencionista que pretende anularse por medio de la privatización pero que no excluye la posibilidad de que, en un futuro tal vez no lejano, la prestación de algunos servicios vuelva al

ámbito del Estado porque no sólo lo autoriza nuestro ordenamiento constitucional económico vigente sino porque lo ordena en varios preceptos. Pero, una vez en manos de particulares, nacionales o de determinadas trasnacionales, el retorno será difícil, si no imposible, por lo oneroso que resultaría debido al monto de las indemnizaciones, que entonces se calcularían sobre el valor real.

Si es cierto que el intervencionismo, particularmente después de la gran depresión de los años treinta y constitucionalizado formalmente en la segunda posguerra, pudo haber llevado a exageraciones por la amplitud de actividades incluso de producción asumidas por el Estado —que no es el caso de El Salvador—, mientras tengamos la misma Constitución económica de 1950 debe respetarse la existencia de la iniciativa económica pública, que además no está restringida por el criterio de subsidiariedad. No puede ignorarse que muchas disposiciones, como los artículos 1, 2, 101, 102, 103 y 246, por ejemplo, configuran una estructura de derechos económicos que tiene límites conforme a la Constitución y, en consecuencia, el Estado puede intervenir al asumir el sector público —por decisión del legislador ordinario de conformidad al Art. 110 actual— la prestación directa de servicios públicos “cuando los intereses sociales así lo exigen”, lo cual no sólo es una habilitación o autorización para hacerlo sino, en su caso, un mandato.

En suma, nuestro ordenamiento constitucional recoge una amplia gama de preceptos, como los señalados en este artículo, que tienen la función de habilitar, orientar y limitar la acción económica del Estado, que simplemente no pueden ignorarse, aún cuando, como aseguran los autores del apológico¹³ documento, en el mundo actual “resalta el fenómeno de la liberalización”; ello no afecta nuestro orden constitucional económico y lo más que pueden decir los neoliberales es que nuestra Constitución está desfasada y, por supuesto, los que creemos que debe respetarse y cumplirse estas normas también desfasados.

4. Nuestras propias conclusiones

Como consecuencia de nuestra exposición, los señores diputados, a quienes corresponde tomar las decisiones relativas a la intervención estatal, deben tener presente que los términos conminatorios de la exposición de motivos no tienen base, porque no hay ningún sustento constitucional para

ello, y de ello se deriva: primero, que no están obligados a ninguna modificación, y menos aún un cambio inmediato del actual régimen legal de las telecomunicaciones; segundo, en el caso de optar por el mantenimiento del régimen vigente, eso no puede significar en modo alguno “invertir todo el sistema constitucional salvadoreño”; tercero, que indudablemente el legislador secundario no tiene ninguna obligación para establecer un nuevo régimen legal de las telecomunicaciones, pues no es cierto que así se estará “dando cumplimiento a la norma constitucional” que, más bien, está siendo cumplida en la actualidad y siempre, aunque no se haga nada y se continúe con el ordenamiento normativo actual; y cuarto, que no es ninguna burla al constituyente, como afirma la exposición de motivos, “conservar indefinitivamente el régimen actual”, pues el constituyente no ha mandado que se cambie y únicamente ha establecido la posibilidad de hacerlo.

Burla es la que nos quieren hacer los legos en derecho a los que leemos la Constitución. Sinceramente, no sabemos qué concepto tienen estos señores de los ciudadanos salvadoreños cuando se atreven a plantear esta serie de sandeces, a las que se refieren los ordinales que hemos presentado, y, por último, nos preguntamos: ¿cuál es el fundamento —fuera de los deseos del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional y las trasnacionales— para afirmar que “el Estado debe asumir otro papel”?

Nos queda otra interrogante. ¿Cómo queda la Constitución, que asigna al Estado el papel que desempeña actualmente? Todo para agradar a las trasnacionales que seguramente pagaron esas disonantes inferencias de que está plagado retoricadamente¹⁴ el documento. Por último, no podemos ignorar que, al legislar, la Asamblea está interpretando la Constitución.

Hemos interpretado el actual Art. 110 de la Carta Magna de acuerdo a la letra del texto reformado que además guarda coherencia y se armoniza con el modelo económico de nuestro ordenamiento constitucional y también, obviamente, en el marco de valores y principios constitucionales que configuran lo que Pablo Lucas Verdú denominó “el techo ideológico de la Constitución”.

La amañada y parcial interpretación que la tantas veces citada exposición de motivos pretendió hacer del Art. 110 no tiene ni fundamento en su texto y menos en la interpretación sistemática de

una serie de disposiciones que caracterizan al Estado social y económico de derecho, que se organizó desde 1950, y que allí está todavía cuando los únicos cambios han sido la reforma limitada del Art. 110 y la relativa a la reversión de instalaciones en las concesiones del Estado del Art. 120, que antes no podían exceder de 50 años, y en el que las instalaciones pasaban al Estado sin indemnización alguna al vencerse el plazo y además “en perfectas condiciones de servicio”.

Dijimos también que todo el resto de preceptos constitucionales enmarcados en los principios, valores y propósitos concretados en el Preámbulo, en los artículos 1 y 2, así como en muchas disposiciones diseminadas en distintos títulos del texto constitucional, conforman la unidad normativa de la Constitución, que es el marco obligado de referencia en que descansa toda interpretación del ordenamiento jurídico. La Constitución se presenta así como conjunto normativo que además de fundamentar la validez de otras normas tiene la función de articular la aplicación de esas otras normas¹⁵.

En el documento se menciona —no hay de otra, es la propia letra de la Constitución— que la libertad fundamental no sólo podrá sino que deberá ser objeto de limitaciones, aunque sus autores únicamente se refieren a la libertad de empresa y así hacen la concesión en la exposición de motivos que “el reconocimiento a nivel constitucional de la libertad de empresa no significa que la misma no puede ser sometida —claro, sin afectar su contenido esencial—” (p. 7). Después, con un afán reiterativo, para vender su postura, puntualizan que “se insiste” en que “la intervención en la economía no puede nunca devenir la negación del derecho constitucional de libertad de empresa” (p. 8). Curiosamente no se cita al Art. 246, inciso primero de la Constitución, que establece que las leyes no pueden alterar los principios, derechos y obligaciones constitucionales, que es el problema del contenido esencial indisponible al que nos referiremos adelante¹⁶.

4.1. De las limitaciones a la libertad de empresa

Oscar de Juan Asenjo concreta lo esencial del problema general de la intervención, así

la libertad de empresa, al igual que cualquier otra libertad —tal vez más que ninguna—, puede ser limitada en la medida que incida en

la esfera de la libertad de otras personas o afecte negativamente el interés general.

Esa salvedad de hecho consta en los artículos de nuestra Constitución que sustentan la libertad de empresa, a saber, los artículos 102 y 103. Igual pasa en otros cuerpos constitucionales, como el español, que reza “considerada en su dimensión real y concreta, la libertad de empresa se mueve dentro de un marco limitado y sometida a unos condicionamientos más o menos rigurosos”, y resumiendo concluye “la libertad de empresa es susceptible de restricciones en atención al interés general siempre que aquellas vengan impuestas por ley (límite formal) y respeten el contenido esencial de la libertad de empresa (límite material)”¹⁷.

Esta opinión es bastante generalizada, y así López Guerra, en su *Derecho constitucional*, se refiere a la iniciativa económica pública, que la Constitución española menciona en el Art. 128.2¹⁸ Nosotros no la tenemos mencionada expresamente en nuestra Carta Magna, pero se desprende de preceptos como el inciso cuarto del Art. 110 reformado, que autoriza al Estado a reservarse la prestación directa o delegada en otras instituciones de cualquier servicio público cuando los intereses sociales lo demanden. De igual modo el Art. 112 habilita al Estado para “administrar las empresas que presten servicios esenciales a la comunidad... cuando los propietarios o empresarios se resistan a acatar las disposiciones legales sobre organización económica y social”. Entonces, al menos en el caso de estos preceptos bastante generales, no se puede afirmar, como dice la exposición de motivos, que “la iniciativa privada goza de preferencia frente al Estado” (p. 10) y tampoco se trata de que “el Estado únicamente puede actuar en el ámbito de la economía cuando la iniciativa privada no logra responder ágil y suficientemente a las exigencias del interés general” (p. 9), que es el caso de la actuación subsidiaria del Estado, pues al menos en las dos disposiciones citadas (artículos 110 y 112) la iniciativa pública del Estado no está sometida a esos supuestos condicionamientos, característicos, por cierto, del sistema franquista.

El problema de esas conclusiones, orientadas a excluir al Estado de cumplir la orden constitucional que lo habilita para reservarse la prestación de servicios por medio del mandato de la ley, es que ignoran en su interpretación los principios constitucionales que deben orientar las actuaciones de

los poderes públicos que, como considera Pérez Luño, “quedarían englobados en una serie de principios encaminados a orientar la acción de los poderes públicos y delimitar el marco político, social y económico que va a determinar las modalidades del ejercicio de todos los derechos fundamentales”. Tal es el caso del Art. 1, inciso segundo, cuando manda que “es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”¹⁹.

4.2. De la interpretación constitucional

Estos principios, sumados a los valores superiores del ordenamiento jurídico-político constitucional, como “el espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista” del Preámbulo de la Constitución de 1983, constituyen una síntesis de los valores básicos de igual modo que el Art. 1, inciso primero, cuando establece que el Estado “está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y el bien común”.

Aquellos primeros y estos valores decíamos, configuran la “fórmula política” de Pablo Lucas Verdú que, como bien dice el profesor español, es la expresión ideológica, jurídicamente organizada en una estructura social²⁰. En este orden, lo que también ha sido llamado “el techo ideológico”, “configura y determina el marco que precisa los alcances de cada uno de los preceptos de la Constitución” ... “y de igual modo es cierto respecto a los derechos fundamentales, cuyo alcance y contenido debemos entender como parte de un sistema constitucional orientado al logro, en la actualidad, de objetivos y fines entre nosotros determinados desde 1950, cuando el Estado se organiza como un Estado social y democrático de derecho”²¹. Hoy agregaríamos “que todavía está allí, en la Constitución de 1983”.

Ahora bien, los principios y valores tienen una importancia fundamental en todo ordenamiento constitucional y no sólo no pueden ignorarse en el proceso de interpretación, sino que debe asignárseles una destacada y decisiva función en el proceso. Así, Peces Barba —en *Los valores superiores* y en su reciente *Derecho y deberes fundamentales*— cita a Carrió y sostiene, respecto de los principios generales del derecho, que “proporcionan una guía acerca de cómo y cuándo deben

usarse las reglas sobre las que versan, qué alcance darles, cómo combinarlas, cuándo otorgar precedencia a algunas de ellas, etc.” En cambio, “los valores superiores tienen carácter normativo. No son un consejo, un ideal, una orientación, sino que son obligatorios para todos los destinatarios de las normas”. También señala que representan los ideales de una comunidad, es decir, son sus

máximos objetivos a desarrollar por el ordenamiento jurídico. Por otra parte, el fundamento de esos valores es un fundamento racional e histórico que representa el juicio del legislador constituyente... que se convierte en un acuerdo social, en un consenso básico de que esos valores superiores y su inserción profunda son el cauce para la realización de los objetivos básicos del Estado.

Son esas características las que identifican al sistema organizado desde 1950 y es lo que distingue al sistema de los esquemas liberales decimonónicos. Esos valores son guías para la interpretación y desarrollo del ordenamiento y, a la vez, su límite. Ello significa introducir elementos materiales para su entendimiento y su formación. En consecuencia, ni el legislador ordinario ni el juez pueden sustituir el modelo constitucional con otro sino que, al contrario, deben mantenerlo porque es elemento imprescindible de la seguridad jurídica²².

Ahora bien, al considerar los conceptos que hemos presentado en las páginas anteriores, cuesta creer que alguien sustente conclusiones como las señaladas —pueriles, mal intencionadas y estériles— en una simple y limitada reforma que convirtió en potestativo la que era una obligación de prestar dos servicios.

Sin esperar, por supuesto, que conozcan las normas más recientes de la teoría de la interpretación constitucional, cabe preguntarse ¿habrán leído los autores de la exposición de motivos siquiera el Art. 19 de nuestro añejo Código Civil? Nos lo preguntamos porque el sentido del nuevo inciso cuarto del Art. 110 de la Constitución es claro, como dijimos; en él no hay vaguedades ni generalidades y no consultar su espíritu o hacerlo sólo para interpretarlo de forma amañada, parcial y torcida, es una pifia intrascendente. La verdad es que, cuando no hay duda sobre el significado de una expresión —para el caso el Art. 110—, es obligatorio recordar aquel viejo principio jurídico *in claris non fit interpretatio*²³.

Ahora bien, si es necesaria una verdadera in-

interpretación existen muchas maneras de hacerla, pues hay una serie de reglas que guían la tarea interpretativa así como distintos criterios, desde los tradicionales, establecidos por el Código Civil cuando no había derecho público, hasta el gramatical, que exige que las normas se interpreten atendiendo al sentido propio de las palabras. Recuérdese nuestra referencia al significado del verbo "poder" que en el tiempo futuro "podrá" empleó el constituyente al reformar el Art. 110 en 1994. En este caso, la voluntad del autor de la norma está concretada en el tenor literal de su enunciado. Otro criterio es el contextual o sistemático, en que el sentido de las normas se identifica con el ordenamiento que las contiene, que puede ser la adecuación lógica o teleológica de la norma en cuestión a las restantes normas. También existe un criterio estructural, generalizado en la interpretación sistemática del texto constitucional, en el cual el significado de una norma es sacado de las estructuras y relaciones creadas por la Constitución. Finalmente, el criterio intencional y teleológico, por el que la interpretación debe atender al espíritu y finalidad de las normas.

Pareciera que en la exposición de motivos se pretende identificar la intencionalidad de la reforma, pero en verdad este criterio, el de la finalidad, se apoya en otros, esto es, que la finalidad puede encontrarse en otras normas, por ejemplo en el criterio sistemático, que se menciona en el documento aun cuando no se entienda cómo es posible que un criterio sistemático los puede llevar a conclusiones contradictorias a esas otras disposiciones; también se puede apoyar en los antecedentes de la norma o bien en el contexto socio-económico. En suma, la interpretación debe tener como punto de partida y marco obligado y necesario, las normas básicas materiales del ordenamiento constitucional, que son los valores superiores. En este marco de referencia operan los criterios mencionados.

Cuestión esencial en la orientación y los resultados de la interpretación es el nexo necesario entre la teoría y la interpretación de los derechos fundamentales, pues debemos estar conscientes que las teorías de los derechos influyen en forma significativa en la interpretación de esos derechos, como quizá sea buen ejemplo —mejor, un mal ejemplo—, la exposición de motivos. La única salvedad que es obligado hacer, como lo plantea Böckenförde, es

hay que preguntarse en qué medida son libremente elegibles, en el marco del orden

constitucional de la LF, las teorías de los derechos fundamentales como planteamientos de interpretación de los derechos fundamentales, si ya se han tomado decisiones previas por la propia Constitución²⁴.

La interrogante que plantea el profesor de Friburgo es crucial dentro de la problemática de la interpretación en general, y de la constitucional en particular. Se piensa que todas las teorías están a la opción del intérprete y, en consecuencia, para la interpretación de los derechos fundamentales, ya sea en general o en un caso particular, puede tomarse como base una u otra. "Es precisamente ese presupuesto lo que hay que cuestionar de manera crítica" señala Böckenförde, acertadamente. Como él puntualiza, esas teorías no son meros puntos de vista interpretativos que pretenden introducir adecuadas soluciones en el caso de que se trata, y agrega que eso sería pensable en un marco de referencia jurídico-civil pero no en uno jurídico-constitucional. Concluyendo, el alemán dice que

las teorías de los derechos fundamentales son más bien expresión de determinadas concepciones del Estado e ideas básicas sobre la relación de dependencia del individuo con la comunidad estatal, por cuanto tras de ello está una determinada idea de Constitución, en tanto que esta representa el ordenamiento jurídico fundamental de las relaciones del individuo y de la sociedad con el Estado.

Y agrega puntualmente "esto explica las trascendentales consecuencias de la aplicación de una determinada teoría para la interpretación de los derechos fundamentales, que pueden llevar incluso a una mutación constitucional". Y eso es precisamente lo que ocurre en el caso de la exposición de motivos, y por eso no podemos considerar esas teorías como planteamientos interpretativos que tenemos a nuestra disposición. En suma, la cuestión fundamental para una correcta interpretación del texto constitucional es encontrar e identificar la teoría de los derechos fundamentales constitucionalmente adecuados, que no es otra que aquella expresamente sancionada o "reconociblemente presupuesta" en la Constitución.

Indudablemente nuestro sistema constitucional de derechos fundamentales arranca manteniendo los clásicos derechos de libertad del Estado de derecho liberal tratando de salvaguardar lo que es esencial en ellos cuando establece que las leyes

secundarias no deben alterarlos (Art. 246).

Por otra parte, desde 1950 no se ha ignorado la "relativa ceguera frente a los presupuestos sociales de la realización de la libertad de derechos fundamentales", superando un problema grave del Estado liberal, al darle una solución positiva, cuando nuestro constituyente incorporó ese año los principios del Estado social y económico con carácter vinculante, coordinados con el Estado de derecho. Para el cumplimiento de esas obligaciones constitucionales el Estado debe intervenir asumiendo la dirección del desarrollo y bienestar sociales como bases de la libertad para todos²⁵.

Y es que debemos tener presente la acertada observación que parece olvidarse por el mareo, fruto de la exultación de los neoliberales:

la nota que caracteriza los sistemas económicos de occidente es, no tanto la opción por una economía de mercado, como la fatigosa búsqueda del punto de equilibrio justo entre liberalismo y dirigismo, entre dos visiones opuestas: una economía gobernada nada más que por leyes de naturaleza como son las leyes de la economía, inmune a toda coerción jurídica, según la visión dominante en los siglos XVIII y XIX, de una parte; y la contraria, de una economía guiada por la voluntad política, minuciosamente regulada a través de normas jurídicas según la visión de la economía en el siglo XVII y, antes aún, en la sociedad municipal²⁶.

4.3. De la interpretación ideológica de la exposición de motivos

Es oportuno hacer consideraciones específicas o mejor dicho, algunas precisiones sobre la interpretación que hace la exposición de motivos. El punto inicial de la cuestión que estudiamos es la aprobación de la reforma constitucional de 1994 al inciso cuarto del Art. 110 de la Constitución de 1993.

Al referirnos a esta reforma y su espíritu, manifestamos que no había problema de interpretación y que se trataba de un claro caso del dogma *in claris non fit interpretatio*. Efectivamente, a partir del código de Napoleón Bonaparte, cuando la ley, en el 1800, se convierte en la forma exclusiva de producción del derecho, el viejo principio reduce la interpretación a una labor de descubrir el único sentido correcto de la norma y si el signifi-

cado no ofrecía dudas cesaba la búsqueda. Hesse, por ejemplo, modernamente ha dicho "allí donde no se suscitan dudas no se interpreta" y luego distingue entre interpretaciones y actualización, coincidiendo con lo que otros autores denominan casos difíciles y casos fáciles²⁷.

No es inoficioso recordar con Hesse que

la teoría tradicional persigue, por lo común, revelar la voluntad —objetiva— de la norma o la voluntad —subjetiva— del legislador mediante el análisis del texto, de su proceso de creación, de sus conexiones sistemáticas, de sus antecedentes, así como, finalmente, del sentido y de la finalidad ("la *ratio* y el *telos* de la norma").

Y, a continuación, apunta "sin embargo, ya un somero análisis revela cuanto de problemático tiene esta teoría".

Ahora bien, la reforma del Art. 110 autoriza al Estado para asumir la prestación de un servicio público "cuando los intereses sociales así lo exijan", es decir, esencialmente la finalidad o espíritu del precepto, desde 1994, radica en su apertura a diferentes opciones alternativas y a la decisión, que sólo compete al legislador secundario. La exposición de motivos señala en la página 10 que corresponde al legislador secundario determinar el nivel de intervención estatal, y reconoce que "si bien posee un amplio margen de decisión", nos recuerda que "está obligado a respetar la normativa constitucional", lo cual significa que el legislador debe determinar en qué momento "los intereses sociales así lo exigen", que no es lo mismo que "sólo ante la incapacidad de la iniciativa privada" como dicen los autores de la exposición de motivos en la misma página 10.

Por otra parte, no olvidemos que es práctica bastante generalizada en muchas constituciones condicionar el reconocimiento de derechos como el de libertad de empresa, el derecho de propiedad, la libertad económica, etc., precisando la subordinación de su ejercicio al "interés general", que ha sido calificado de concepto "mítico, de contenido indeterminado, que hace posible múltiples utilidades". Pero lo fundamental es que corresponde sólo al propio Estado, a través de los órganos a quienes compete la función legislativa, calificar el interés social. En otras palabras, el Estado es el único competente para interpretar en qué caso los intereses

sociales exijan aplicar los preceptos constitucionales relativos a la libertad económica, nacionalización y reserva de la prestación de un servicio público, que son los contrapesos al libre juego de la iniciativa privada y de la libertad de empresa, y que constituyen una categórica negación del llamado principio de subsidiariedad, al que la exposición de motivos dedica la sección 3.2.2 (pp. 8-10), en la más pura tradición franquista²⁸.

Pues bien, el sentido del inciso cuarto del Art. 110 es claro, pero la exposición de motivos pretende la “despublicación” de las telecomunicaciones y para tal despropósito pretende “interpretar” (?) o más bien presionar al Organismo Legislativo para la “inmediata modificación del régimen legal vigente”, concluyendo que “es obligación del legislador secundario establecer un nuevo régimen legal de las telecomunicaciones que venga a sustituir al vigente”, teniendo la audacia para ejercer presión, de afirmar que así se estaría “dando cumplimiento a la norma vigente”, lo cual refuerza con otra afirmación subjetiva: “pero lo que no es constitucionalmente aceptable es conservar indefinitivamente el régimen actual, pues si así se hiciera, constituiría una burla al constituyente”. Al leerlo, nos surge la duda si esta parte tercera de la exposición de motivos —“Marco constitucional de las telecomunicaciones”— la escribieron técnicos o expertos en telecomunicación.

Si los autores de la exposición de motivos —de la profesión u oficio que sea—, consideran seriamente sus planteamientos, deberían tener presente como “iluminados adivinos” del pensamiento del constituyente que, como ha sido señalado, “el objetivo de la interpretación sólo relativamente puede consistir en el descubrimiento de una voluntad objetiva o subjetiva, preexistente en la Constitución”. Esto, en aquellos casos que la norma constitucional no contiene un criterio inequívoco, pero la cuestión es que el Art. 110, inciso cuarto, como se interpreta en la exposición de motivos, implica un encubrimiento de la situación real y auténtica, pues el constituyente de la reforma no



ha tomado ninguna decisión respecto a quién debe prestar los servicios cuando ha dejado al Estado tal decisión. Y si la Constitución ha tomado una decisión al concretar el ordenamiento económico constitucional vigente, por ello mismo, seguramente, podemos afirmar que es lo contrario de lo que pretende la interpretación de la exposición de motivos.

Es importante recordar que, acertadamente, Hesse dice

allí donde no se ha querido nada de modo inequívoco, resulta imposible descubrir una voluntad auténtica sino todo lo más una voluntad supuesta o ficticia y a este respecto tampoco sirve para sacarnos del apuro cualesquiera recursos semánticos, como por ejemplo, el de la obediencia reflexiva del intérprete.

Y a continuación puntualiza

identificar como objetivo de la interpretación constitucional el descubrimiento de la previa voluntad objetiva de la Constitución o del constituyente equivale a pretender dar cumplimiento a algo que no preexiste realmente y, por lo tanto, a equivocarse desde el punto de partida respecto de la problemática de la interpretación constitucional²⁹.

En suma, la interpretación de la exposición de motivos no puede menos que calificarse como una interpretación política. Es risible, después de examinar cómo debe ser un proceso interpretativo y, a continuación, leer las conclusiones, que pretendan hacernos creer, como se afirma en la página 4, "que los problemas atribuidos a los monopolios estatales, fuera de cualquier concepción ideológica, son reales y pragmáticamente hay que darles solución volviendo la vista al mundo actual, en el que resalta el fenómeno de la liberalización"³⁰.

Es decir, la solución propuesta no puede ser menos que ideológica aun cuando se haga "pragmáticamente" y allí reside el problema fundamental de la exposición de motivos, que si pretendiera seriamente buscar la finalidad de la reforma, debería reconocer y aceptar que la decisión de tomar a cargo servicios públicos corresponde a la legislación secundaria y, en consecuencia, no hacer señalamientos pretendiendo obligar el rumbo de esa decisión. Ese procedimiento sí es ideológico. No tiene nada de malo hacerlo así y, en verdad, lo malo es interpretar erróneamente la ideología que sustenta la Constitución económica de El Salvador desde 1950, cuando se estableció un sistema que permite una amplia acción estatal y se dictaminó que la libertad de empresa es un principio residual cuando comprende únicamente aquellos ámbitos no cubiertos especialmente por la iniciativa pública. Para más detalles, podemos referirnos a la Exposición de Motivos de la Constitución de 1950, que trascribimos antes, respecto a un precepto de esa Carta Magna, es decir, el Art. 2, que es el mismo Art. 1 de 1983³¹.

4.4. De la orientación política de la Constitución

Debe quedar claro que no tienen sentido expresiones como "fuera de cualquier concepción ideológica" porque toda interpretación de la Constitución debe indagar sobre la orientación política o *indirizzo*, como dicen los tratadistas italianos, que

subyace en cada disposición general de todo ordenamiento jurídico. Sin llegar a compartir la afirmación de Piero Calamandrei cuando dice que *diritto e politica sono spesso una sola cosa*, no se puede dejar de advertir y tomar en consideración la gran influencia de lo político en el derecho. Por eso, aun cuando debe quedar sentado, como lo plantea Mauro Cappelletti, el carácter *lato sensu* político de toda interpretación jurídica, no puede ignorarse que la actividad hermenéutica es, en parte, valorativa y, por ende, política. Así, toda Constitución —para el caso las de 1950 y 1983— aspiran a imponer su propia orientación política y también es la politicidad del intérprete la que explica su deseo de tomar en cuenta al mundo donde se aplicará la norma. De ahí, que las conclusiones de la exposición de motivos sobre el Estado intervencionista y la libertad de empresa que deseaban sus autores fueran absoluta y totalmente sustentadas en posiciones políticas, en planteamientos ideológicos.

En ese orden de ideas, es válido recordar lo que decía sobre la Constitución de España un profesor ibero:

paradójico por demás que la Constitución no sea ideológica y que lo sea la sociedad que pretende reflejar en su normativa. Si esto fuera así nos encontraríamos ante una nueva versión de la mentalidad de los juristas: creer que el derecho —la constitución como paradigma— es políticamente neutro. Realmente el carácter político de todo derecho ha sido puesto de manifiesto por una crítica ideológica en versión marxista, pero no es patrimonio de ella.

Finaliza el profesor con un importante señalamiento:

parece una exigencia de cordura percatarse de los condicionamientos políticos que afectan al derecho en su elaboración y aplicación. Una constitución política neutra se asemeja a la imposible cuadratura del círculo³².

Ahora bien, el problema consiste, para resumirlo en forma simple, en que la Constitución de 1950 al igual que las de 1962 y 1983 concreta y es expresión de lo que Pablo Lucas Verdú llamó "la fórmula política". Caetano Mosca decía que cuando un sistema de ideas políticas dejaba sentir su influencia sobre el ordenamiento, eso significaba que había impreso en él su fórmula política. He-

mos tratado de caracterizar el orden constitucional económico de El Salvador, vigente desde 1950, que es la configuración de una fórmula política concreta que también intentamos identificar. Resulta entonces que las conclusiones de la exposición de motivos descansan en una fórmula política no sólo distinta sino opuesta a la establecida por nuestro ordenamiento constitucional desde hace casi medio siglo. La reforma del inciso cuarto del Art. 110 no ha modificado esa fórmula política.

Lo curioso, como señalamos antes, es que en la exposición de motivos se mencionan distintas posiciones constitucionales claves en la configuración de la fórmula política del ordenamiento vigente, pero al presentar las conclusiones obviamente descansan en una fórmula política distinta, pues lo que Hesse llamó "voluntad de la Constitución" no ha cambiado y la ideología que influyó en la elaboración de la Carta Magna de 1950 respecto de la concepción de las estructuras económicas es la misma que prevalece en 1996. Es importante recordar que en 1983 la voluntad de las fuerzas políticas concurrentes, al aprobar la Constitución de ese año, ratificó la materialización legislativa de los objetivos políticos fundamentales, es decir, el techo ideológico.

4.5. Del contenido esencial indisponible de un derecho

Böckenförde, en uno de los trabajos incluidos en sus *Escritos*, puntualiza que "desde el momento en que los derechos fundamentales ya no están con carácter general a disposición del legislador, la cuestión acerca de la medida y la extensión de su limitabilidad por el legislador se convierte en un problema decisivo". De ahí que encontrar parámetros y límites para las leyes que regulen el ejercicio de esos derechos —para emplear la terminología del texto del Art. 246 de la Constitución— es fundamental³³.

Es decir, si bien los derechos están sujetos a limitaciones y restricciones por mandato constitucional, hay un problema cuando se trata de determinar el contenido y el alcance de esas limitaciones, y al momento de distinguir entre restricciones y regulaciones³⁴. Ahora, como señala Alexy, por ser derechos de rango constitucional, los derechos fundamentales pueden ser restringidos únicamente por medio o sobre la base de normas con rango constitucional; así, las restricciones de jerarquía constitucional son directamente constitucionales y

las restricciones de rango inferior a la Constitución, indirectamente constitucionales. La necesidad de compatibilizar los derechos de diferentes individuos así como también los derechos y los bienes colectivos es lo que determina que surjan las restricciones³⁵.

La consideración anterior es importante para entender límites y restricciones a la libertad económica o, para el caso, a la libertad de empresa como la nacionalización vía expropiación (Art. 106), la reserva de prestación directa de servicios públicos (Art. 110, incisos primero y cuarto), la intervención de empresas que prestan servicios esenciales (Art. 112), y la regulación y vigilancia de los servicios públicos prestados por empresas privadas y la aprobación de sus tarifas (Art. 110, inciso cuarto), todos ellos casos de incuestionable constitucionalidad en la medida que son establecidos por la propia Carta Magna.

En todos esos casos, se limita de forma significativa: primero, la libertad de inversión, es decir, la libertad objetiva y subjetiva de acceder al mercado; segundo, la libertad de organización, y tercero, la libertad de contratación.

Empero, esas regulaciones, de claridad meridiana, serían difíciles de entender atendiendo a los términos empleados por los autores de la exposición de motivos en el numeral 3.1, relativo a la libertad de empresa, cuando dicen que "todo Estado constitucional tiene como pilar ideológico, político y iusfilosófico el reconocimiento de un derecho derivado de la naturaleza del ser humano: la libertad. Nuestra Constitución en el Art. 1, inciso segundo, reconoce y garantiza dicho derecho imponiendo al Estado la obligación de asegurarlo a todos los habitantes; noción que se complementa con lo dispuesto en el Art. 8 de la Constitución, al consignar que nadie está obligado a hacer, ni a privarse, de lo que la ley manda, o no prohíbe" (p. 6). Pero es el caso que el Art. 1 se refiere a la persona humana y, como las empresas no son habitantes, en consecuencia el artículo no tiene nada que ver con la libertad de empresa, como tampoco tiene nada que ver el citado Art. 8, y por ende no puede sostenerse —más que como producto de la imaginación— que una empresa no puede privarse de lo que la ley no manda o no prohíbe, pues únicamente puede hacer lo que la ley autoriza. Pretender atribuirle a una empresa el derecho de libertad en los términos del Art. 1 es tan absurdo como aseverar que el Estado debe asegurar a las

empresas el derecho a la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

También es importante consignar lo que, con extraordinaria agudeza, nos recordaba Ignacio de Otto y Pardo cuando, respecto de la sentencia 11\1981 del Tribunal Constitucional español, precisó: "la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones"; en otras, "el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos". Es decir, el derecho de libertad de empresa no está sometido únicamente a los límites que expresamente establecen las normas constitucionales, "sino también a los que resulten justificados por la protección de los derechos y bienes a que se alude, esto es, están sujetos a una limitación genérica establecida de modo tácito para todo derecho". Puntualmente precisa de Otto:

Cuando la Constitución habilita al legislador para limitar un derecho fundamental deberá entenderse que no lo hace sólo para proteger el bien a que se alude —por ejemplo el orden público frente a la libertad ideológica, religiosa y de cultos— sino que le habilita también para imponer otras limitaciones en cuanto resulten justificadas por la protección de los demás derechos fundamentales y de los bienes constitucionalmente reconocidos³⁶.

El presunto carácter absoluto de la libertad de empresa que rezuma la exposición de motivos es una más en la larga lista de falacias de que está repleto el curioso documento en el que se olvida, pues no se discute, debiendo reconocerse, que los derechos son por naturaleza limitados o, si se prefiere, como decía Prieto Sanchís, "presentan unos límites inmanentes que derivan de la propia necesidad de preservar no sólo los demás derechos sino también otros bienes constitucionalmente valiosos"³⁷.

Lo esencial es que, "dada la regulación del ejercicio se concibe como actividad que engloba también la limitación, la garantía del contenido esencial que se formula para aquella se entiende también establecida como límite para la actividad limitadora de los derechos, como límite de los límites"... "la garantía del contenido esencial es lí-

mite de los límites, porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y las libertades públicas"³⁸.

En otras palabras una limitación que desconozca el derecho nunca puede estar justificada y en eso estamos claros. En verdad el derecho comienza donde acaba la posibilidad de limitarlo; de lo que se trata es que el legislador secundario, al regular el ejercicio, no afecte el contenido esencial indisponible. Pero, por otra parte, sostener que el derecho de libertad de empresa como todo derecho sea ilimitado —como parecen propugnar los autores de la exposición de motivos—, es un error de principio. Pensar que el derecho sea ilimitado es una tesis "en sí misma absurda". Como dice de Otto:

Un derecho ilimitado es un no derecho pues para cualquier derecho o libertad, fundamental o no, ampara aquello que ampara y nada más.

Al respecto, para reflexión de los autores del famoso documento, vale recalcar lo señalado por Luis María Cazorla. El español dijo, respecto del Art. 38 de la Constitución española, que

La libertad de empresa es derecho que convive con otros muchos dentro del texto constitucional. Todos ellos penetran en el ámbito de actuación de la libertad empresarial. Esta, en todo caso, tiene que convivir con tales derechos, de lo que puede resultar matizada y limitada. Limitaciones proceden de igual modo de las exigencias de la economía general³⁹.

Claro, el concepto de libertad económica o de empresa, para el caso, plantea dificultades merced, entre otras cosas, a la indeterminación de los textos constitucionales. Pero es claro que, siendo una actividad normativa, la regulación de su ejercicio corresponde al legislador, mientras que la tarea de determinar su contenido puede ser realizada por la jurisprudencia, cuya función es exactamente la de precisar el significado de la norma constitucional, no la de añadirle, como parece hacer la exposición de motivos.

En última instancia, el derecho de libertad de empresa no puede, por el necesario cumplimiento del Art. 246, ser llevado a los extremos, ya que nuestro ordenamiento constitucional reconoce la intervención y otros derechos, como los del consu-



midor, de los trabajadores, etc., que igual deben ser respetados en lo que no se oponga al interés social. No se trata pues, como dice la exposición de motivos, de una interpretación acorde a la voluntad del constituyente; esa voluntad, en la reforma al Art. 110 de 1994 fue prácticamente transaccional, dejando al legislador secundario la decisión de tomar a su cargo la prestación de servicios públicos.

Valga recordar que nuestro modelo económico constitucional, si bien no es neutro, tampoco es cerrado e inmutable, sino más bien abierto y flexible, de modo que puede evolucionar y transformarse de acuerdo a las exigencias de un orden más justo, en el cual el Estado tenga el papel de director de la economía y promotor del bienestar social, como lo mandan múltiples disposiciones constitucionales. Esa es una condición inherente a la flexibilidad del sistema, que, según se le vea, podría limitarla.

Ahora, el problema crucial es qué grado de transformación del modelo económico permite la Constitución, independientemente de la posición ideológica de los intérpretes. Para el caso que nos ocupa, la pregunta sería ¿hasta dónde llega esa transformación y cambio como consecuencia de la reforma del Art. 110? ¿Son jurídica y satisfactoriamente sustentadas las conclusiones de la expo-

sición de motivos, en particular respecto a la amplia libertad empresarial que se derivaría del cambio?

Como ya hemos señalado, a menos que se proceda con una reforma constitucional no hay espacio, dentro de los límites antes referidos, para ignorar los aspectos de interés público y carácter social que caracterizan al modelo constitucionalizado en El Salvador. De él quedan excluidos planteamientos como los de la exposición de motivos que pretenden dogmatizar la validez de un sistema de economía liberal cuyas relaciones de producción estuvieran siempre autorreguladas por las fuerzas del mercado.

La realidad es que, como dice Manuel Aragón:

Se rechazan la economía enteramente libre y la economía enteramente dirigida... sea cual sea la ideología que acceda al poder en cada momento determinado, hay libertades constitucionales que deben preservarse, pero también hay mandatos constitucionales que deben cumplirse⁴⁰.

5. Consideraciones finales

Al inicio de esta última sección deseamos consignar nuestra preocupación por el peligro de las reformas constitucionales que puedan aprobarse en este período de transición, confusión y poca

representatividad de los institutos políticos.

No le concedemos importancia a las interpretaciones intencionadas de las reformas, pues eso ocurrirá siempre. El problema es que nuestra Constitución, como muchas otras, arranca de una concepción liberal originaria y aun cuando 1950 significó un cambio fundamental de orientación, no puede ignorarse que buena cantidad de los preceptos sobre la materia económica reflejan ambigüedades y contradicciones, como consecuencia de la incorporación de nuevos derechos económicos, sociales y culturales, que se agregaron a los tradicionales derechos individuales.

En esas circunstancias, de continuarse con las reformas inspiradas por el neoliberalismo, la Constitución reflejará una confusa presencia de elementos ideológicos en equilibrio inestable, cuando su incorporación al texto constitucional es el resultado de un proceso constituyente determinado por el consenso de intereses partidarios y no por el consenso ideológico, como debería ser.

Para resumir las cuestiones más relevantes del problema, señalamos que la reforma de 1994 en nada afecta las habilitaciones constitucionales para establecer monopolios en favor del Estado por motivos de interés social, administrar por el Estado empresas que presten servicios esenciales y regular y vigilar servicios públicos prestados por empresas privadas. Estas y otras autorizaciones configuran una vigorosa iniciativa pública, no sólo en el caso de "incapacidad de la iniciativa privada", sino dentro de la interpretación amplia que puede hacerse de la expresión "interés social"; por eso, no es muy conveniente la idea que "la iniciativa privada goza de preferencia frente al Estado" (exposición de motivos, p. 10).

Sustentamos nuestros planteamientos apoyados en preceptos constitucionales y en la orientación que el constituyente dio, desde 1950, al modelo económico que sustituyó al de las constituciones del siglo pasado, claramente manifiesta en la Exposición de Motivos de la Carta Magna de ese año. Además, ese modelo intervencionista es la concreción obligada de los valores y principios que configuran lo que la doctrina llamada "fórmula política" de la Constitución, que descansa en el "espíritu de libertad y justicia" del Preámbulo de la Constitución de 1983 y en los valores del Art. 1: justicia, seguridad jurídica y el bien común. De ahí la obligación del Estado de "asegurar a los ha-

bitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social". Ahora nos preguntamos, aun cuando no haga falta hacerlo o el cuestionamiento sea tonto ¿podrá la reforma de 1994 cambiar toda la filosofía y orientación que caracteriza desde 1950 a nuestro ordenamiento constitucional?

Considerando que la limitada reforma no consiste más que en convertir en optativa la antes obligatoria y mandatoria prestación estatal de dos servicios, llegar a las conclusiones conminatorias de la exposición de motivos sólo puede tener dos justificaciones: una completa ignorancia de la interpretación constitucional, aun con los principios de interpretación de nuestro añejo Código Civil, o una evidente mala fe.

Sólo así nos explicamos: primero, que se pretenda "la *inmediata modificación* del actual régimen legal de telecomunicaciones", cuando la reforma no dispone eso, sino sólo autorice la posibilidad de hacerlo; segundo, que se llegue a decir que "si se conserva indefinidamente el régimen vigente de monopolio estatal *la reforma constitucional carecería totalmente de sentido*", ya que el único sentido del cual carece la reforma es del que le quiere insuflar la exposición de motivos, ajeno al original del constituyente; tercero, que ello significaría "dejar en manos del legislador secundario la decisión de respetar la decisión del legislador constituyente y admitir esa posibilidad *es sencillamente invertir todo el sistema constitucional salvadoreño*" porque, la verdad, el legislador secundario la estará respetando si no hace nada, que es una de las opciones que a su criterio dejó el constituyente; cuarto, respecto a que "es obligación del legislador secundario establecer un nuevo régimen legal de telecomunicaciones que venga a sustituir al vigente *dando cumplimiento a la norma constitucional*", señalamos que, cuando el legislador secundario está habilitado constitucionalmente, como es el caso, para no hacer nada, lo que hace precisamente es cumplir la norma constitucional; y quinto, sobre la afirmación "lo que no es constitucionalmente aceptable es conservar indefinidamente el régimen actual pues si así lo hiciera *constituiría una burla al constituyente*", corresponde decir, remitiéndonos a lo que señalamos respecto a las elucubraciones 3 y 4, fruto de la obnubilación neoliberal, ¿cómo es posible que puede ser una burla al constituyente cuando se está haciendo lo que él dispuso?

En consecuencia, los diputados no están obligados a cambiar ningún régimen legal si consideran que los intereses sociales están mejor servidos con el sistema actual.

En relación a la libertad de empresa que, como señalamos, es una de las tres libertades económicas reconocidas, queda sujeta a limitaciones y regulaciones en virtud del mismo precepto cuando establece su reconocimiento “en lo que no se oponga al interés social”, pero sin olvidar los términos del Art. 246, inciso primero, cuando dice que “los principios, derechos y obligaciones establecidos en esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulan su ejercicio”.

También debemos considerar la soberbia afirmación de la exposición de motivos: “aun en el caso de aquellas actividades que se califican de servicio público, la iniciativa privada goza de preferencia frente al Estado”. Tal aserto representa un notorio olvido de la iniciativa pública a que nos referimos antes, establecida en nuestro ordenamiento constitucional en varios preceptos, y por ello deseamos recordar que el Estado está habilitado, por ejemplo, para asumir la prestación directa de los servicios públicos, conforme al Art. 110, inciso cuarto, aun después de la reforma, y también para el establecimiento de monopolios a su favor, según dispone el Art. 110, inciso primero. El Estado tiene igualmente la obligación de regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas, correspondiéndole, por mandato constitucional, la aprobación de sus tarifas. Es decir, la iniciativa pública para prestar servicios públicos, regularlos y vigilarlos es reconocida constitucionalmente, siendo legítimas todas las limitaciones impuestas por la ley con la única condición de mantener lo esencial de la libertad de empresa, que debe ser respetada por el legislador secundario⁴¹.

Así, no cabe duda que la legislación secundaria, al regular el ejercicio de los derechos, puede establecer límites, restricciones y regulaciones en el ejercicio, para el caso, del derecho de libre empresa, en primer lugar como consecuencia de que los derechos en nuestra Constitución no son absolutos sino relativos, es decir, sujetos a limitaciones

y, además, de que todo derecho supone la existencia de los deberes correspondientes, como bien decía en su *Glosario* el desaparecido Salvador Navarrete Azurdia⁴², amén que, en el caso que nos ocupa, el legislador constituyente reconoce la libertad económica “en lo que no se oponga al interés social”.

Como acertadamente se precisa “la libertad de empresa, al igual que cualquier otra libertad —tal vez más que ninguna— puede ser limitada en la medida que incida en la esfera de libertad de otras personas o afecte negativamente el interés general”⁴³. La libertad de empresa es susceptible de restricciones en atención al interés social.

No podemos olvidar una cuestión especialmente importante que mencionamos al referirnos al

Los diputados no están obligados a cambiar ningún régimen legal si consideran que los intereses sociales están mejor servidos con el actual.

problema de la interpretación, cuando señalamos que, para tener una perspectiva más completa de la interpretación constitucional, es necesario un marco constitucional de referencia. En consecuencia, cuando se trata de preceptos de naturaleza económica debe tomarse en consideración las características del modelo recogido en la Constitución. La idea es manejada como “constitución económica” por, al caso, García Pelayo, que la define como “las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y el proceso económico”⁴⁴.

No puede pasarse por alto la necesidad de identificar la Constitución económica salvadoreña, adoptada desde 1950. Ese es el problema de los autores de la exposición de motivos que, a través de sus expresiones, parecieran creer anacrónicamente que el orden estatal y el orden económico funcionan independientemente, cada uno orientado por sus propios fines y realizándose por la operación de leyes de distinta naturaleza. Esa manera de pensar está anclada en el concepto decimonónico de la economía de libre mercado.

Cada quien es libre de pensar en lo anterior como correcto, verdad revelada o cuestión mítica, pero lo fundamental en nuestro caso es que la

Constitución de El Salvador cambió de modelo en 1950 y por eso, si los autores del proyecto piensan que a los problemas "hay que darles solución volviendo la vista al mundo actual en el que resalta el fenómeno de la liberalización", la solución, la única, es simple: reformen la Constitución. Pero debemos considerar, y es pertinente recordarlo a los "bien intencionados intérpretes" de la Carta Magna, que mientras no se reforme el texto constitucional por mandato de preceptos de ese mismo texto, el Estado puede reservarse actividades económicas excluyendo a la iniciativa privada por medio de la nacionalización y asumiendo la prestación de servicios públicos.

Además, no olvidemos que en cuanto a la naturaleza de la actividad y los productos, la normación de las limitaciones y la regulación del Estado son amplias y nadie las cuestiona. Así, van desde prohibiciones absolutas por razones de seguridad, protección de la salud, medio ambiente o el orden público, hasta prohibiciones bajo la forma de autorizaciones o licencias, previa comprobación de su compatibilidad con los intereses generales, como cuestiones de urbanismo, idoneidad técnica o garantías financieras. Las leyes disciplinan múltiples actividades sin que a nadie se le haya ocurrido que ello implique menoscabo a las libertades económicas. De igual modo para la protección de los consumidores, como manda el Art. 101, inciso segundo, parte final, se autoriza el establecimiento de controles y sólo la tosudez de creer ciegamente en el mercado puede explicar, por ejemplo, que la libra de frijoles llegara a doce colones sin que se hiciera nada. En suma, la iniciativa privada puede desarrollar libremente sus actividades mientras no entre en contradicción con el interés social, pero además, sujeta a las consecuencias de las reservas, habilitaciones, intervenciones y vigilancia del Estado.

Luis López Guerra resume certeramente los conceptos anteriores en una forma clara y terminante:

En primer lugar, hay que afirmar que la vigencia de la libertad de empresa no exige una actitud pasiva de los poderes públicos, sino un compromiso activo de estos, encaminado a defender y asegurar el funcionamiento del mercado, que es la condición ambiental indispensable para este derecho. Por consiguiente, la legislación para la defensa de la competencia o

la legislación para la defensa de los consumidores, no tienen en principio un alcance restrictivo de la libertad de empresa. En segundo lugar, tampoco cabe considerar restrictivas de esta libertad aquellas limitaciones en la explotación de los bienes económicos impuestos en virtud de su función social⁴⁵.

Para terminar, no hace falta decir, cuando no tratamos de disimularlo, que compartimos la orientación del constituyente de 1950. El destino me deparó haber pertenecido a la generación de quienes así pensamos y creímos. Sin embargo, en este trabajo no planteamos nuestros puntos de vista, sólo hemos tratado de interpretar jurídicamente una reforma constitucional y porque parecía necesario debimos llegar hasta el significado que caracteriza la "fórmula política" de nuestro ordenamiento constitucional, que viene desde 1950, concreción jurídica de una determinada orientación.

Escribimos este trabajo porque teníamos que hacerlo, y así como hay tiempos de vinos y de rosas, hay tiempos de hablar y tiempos de silencio. Al hacerlo, nos queda la seguridad de que hemos ganado más del doble de lo que ganaron quienes escribieron la exposición de motivos porque cumplimos con un deber con nuestra conciencia al decir algo en lo que creemos, avalado por el desinterés y la ausencia del egoísmo material que, probablemente, pueda hacer mejor la convivencia y el bienestar de todos.

Notas

1. Pedro de Vega García, "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social", en *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, 1988, p. 123 y ss.
2. Para ampliar la interpretación de los conceptos concretados en el precepto citado véase, por ejemplo, Alfredo Sanches-Bella Carswell, "El principio de libertad de empresa" en *La Constitución Española. Lecturas para después de una década*, Madrid, 1989, p. 217. Oscar de Juan Asenjo en *La Constitución económica española* (Madrid, 1984) señala puntualmente el alcance propio de los conceptos cuando dice: "la libertad de empresa no llena todo el contenido de una economía de mercado, ni siquiera es la parte más valiosa" y después agrega: "la mención particularizada de la libertad de empresa en el artículo 38 se explica por ser la más controvertida de la trilogía de libertades económicas que confor-

man un orden de economía de mercado". Según Ajenjo "las razones son fáciles de comprender. La libertad de consumo y trabajo son atributos de la libertad personal, elementos necesarios para el libre desarrollo de la personalidad. Están al alcance de cualquier hombre y su ejercicio apenas incide sobre las decisiones ajenas. Son libertades que se encuentran implícitas en el valor superior de la libertad". Después, Ajenjo precisa: "todo lo contrario ocurre con la libertad de empresa. No forma parte de la estructura de la personalidad humana, pues, si así fuera, resultaría que sólo una ínfima proporción de los habitantes del país estarían gozando de las condiciones para el desarrollo de su personalidad. Y no sólo se trata de una libertad cimentada en unas pocas personas, sino que además posee una trascendencia social enorme. Cuando un empresario opta por cerrar la empresa o reinvertir en ella los beneficios obtenidos, cambiar el sistema de producción o subir los precios, su decisión incide fuertemente en la vida de muchos trabajadores y consumidores".

Lo anterior explica la necesidad de las intervenciones y coloca la libertad de empresa en su perspectiva correcta respecto al derecho de libertad un poco diferente de lo que afirma el primer párrafo de la sección 3 -es decir, 3.1-, que afirma "todo Estado constitucional tiene como pilar ideológico, político y iusfilosófico el reconocimiento de un derecho derivado de la naturaleza del ser humano: la libertad" (p. 6 de exposición de motivos. El subrayado es mío).

3. Angel Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, 1984, p. 89.
4. Es oportuno recordar, como explica Ariño Ortiz, que "la economía de mercado es un modelo de orden económico según el cual el protagonismo de la acción económica corresponde a la sociedad, a la iniciativa privada y no al Estado; este no entra más que en aquellos casos en los que la iniciativa privada no puede hacerlo o no lo hace con la intención y alcance que la sociedad necesita, véase Gaspar Ariño Ortiz, "La iniciativa pública en la Constitución", en *Revista de Administración Pública*, número 88, 1979, p. 88, citado por José María Martínez Val en sus comentarios al Art. 38 de la Constitución Española, Comentarios a las leyes políticas, dirigidos por O. Alzaga Villamil, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1983, tomo III, p. 652. Nosotros pensamos que podría considerarse sobreentendida en nuestro modelo económico constitucional con las limitaciones que el mismo ordenamiento constitucional autoriza. Esto, porque en 1950, al incorporarse los derechos sociales y económicos, no se modifica el significado de los derechos individuales clásicos a los que se superpusieron los nuevos derechos, que en buena medida limitan la libertad de empresa.

5. El cuento, comentado mundialmente en las reseñas del libro en el que se incluye, es: "Cuando desperté el dinosaurio todavía estaba allí". Fin.
6. Manuel Aragón Reyes, *Libertades económicas y Estado social*, Madrid, 1995, pp. 6-7. Nuestro trabajo en el que hacemos las citas anteriores es "Los principios constitucionales presupuestarios", actualmente en prensa.
7. *Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962*, Organo Judicial: San Salvador, 1993, Tomo II-B, p. 533. El Art. 2 de la Constitución de 1950 estableció: "Es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social" y el Art. 1, inciso segundo, de la Carta Magna de 1983, manda: "En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social".
8. German J. Bidart Campos, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires, 1994, p. 52.
9. Como ha sido señalado: "La sociedad ha perdido su fe optimista en la mecánica autoregulación de la economía en virtud de las leyes económicas del mercado casi equiparadas a las leyes naturales que regulan los fenómenos de la naturaleza". La verdad es que el libre mercado, y esto es fácilmente comprobable por múltiples experiencias, no ha evitado que se produzcan crisis, desequilibrios, desigualdades, concentración del poder económico con el resultado preocupante de inestabilidad generada por las injusticias sociales. Por eso es que la iniciativa económica ha debido ser, encuadrada, controlada, rectificada y en algunos casos compartida o sustituida por la actividad económica del Estado; eso explica los propósitos del Art. 110, del Art. 112 y de otros preceptos constitucionales. En conclusión, como ha sido puntualizado: "el Estado ha dejado de cumplir exclusivamente una tarea de encuadramiento normativo, estableciendo las normas que delimitan el marco formal en que se desarrolla libremente la acción económica de los particulares. La actitud abstencionista del Estado se ha convertido en una actitud activa -del Estado y de las instituciones públicas- en el proceso económico, mediante la actividad directa como empresario". Eso es precisamente lo que han establecido en nuestro país tres ordenamientos constitucionales sucesivos y que no ha sido afectado por la reforma trasnacional del Art. 110 en 1994. Las referencias son de D. Justino F. Duque Domínguez, "Iniciativa privada y empresa", en Constitución y Economía, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1977, p. 59.
10. Martín Bassols Coma, *Constitución y sistema eco-*

nómico, Madrid, 1985, p. 138 y ss.

11. Cuando leía las increíbles conclusiones que hemos transcrito pensamos que la tesis del documento llegaba hasta considerar que la reforma constitucional del Art. 110 de 1994 significaba que la mendaz posición de los autores de la exposición de motivos consistiría en sostener que el régimen legal vigente de ANTEL, por ser contrario a la Constitución en consecuencia, sería un caso de inconstitucionalidad sobrevenida.
12. El verbo transitivo "poder" es para el *Diccionario de la Real Academia* (vigésima primera edición de 1992), "tener expedita la facultad o potencia de hacer alguna cosa".
13. Apológico es el término que empleamos (relativo a fábula) y no apologético.
14. También aquí la palabra que empleamos es retoricadamente, que es usar una retórica impropia. Distíngase del adverbio "retóricamente".
15. Véase Juan Luis Requejo Pagés, *Sistema normativo, Constitución y ordenamiento*, Madrid, 1995, p. 3. También es oportuno recordar en relación a lo que señalamos que el profesor García de Enterría certeramente decía: "no existen en la Constitución declaraciones (sean inoportunas u oportunas, felices o desafortunadas, precisas o indeterminadas) a las que no haya que dar valor normativo y sólo su contenido concreto podía precisar en cada caso el alcance específico de dicho valor en cuanto a sus efectos", ello, como consecuencia de como bien dice, "lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo". Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, p. 63 y ss. Incluso hay jurisprudencia salvadoreña que comienza a señalar por ejemplo que en la Constitución "no debe interpretarse aisladamente cada artículo, sino que hay que buscar en la interpretación de un artículo su conformidad con el resto del articulado constitucional" (Amparo N° 8 C-86 Sentencia 1987) Véase también *Revista Judicial* de 1974, p. 422 y de 1975, p. 235. Es interesante que en la exposición de motivos no se ignora y, por el contrario, se habla de intervención del Estado citando las áreas respectivas de varios artículos como el 102, 103, 110 y 112 (p. 9) y así, se transcribe específicamente el Art. 101, que menciona "justicia social" (p. 8), y el Art. 102, sobre la libertad económica, "en lo que no se oponga al interés social" (p. 7). Sin embargo, la exposición de motivos, cuando llega a las conclusiones de su "interpretación", se olvida de disposiciones como esas, de los valores y principios rectores de todo el sistema y parece estar señalando los alcances conforme a una Constitución del siglo pasado. Extraña y curiosa forma de razonar que debe ser el método moderno, que descansa en mitos sustitutivos de la religión, desconocidos por nosotros.
16. Nos ilustran los autores del "manifiesto", respecto a la circunstancia de que, por tratarse de un derecho constitucional, la intervención estatal debe reunir tres características que supuestamente se deducen de todo el sistema constitucional: 1) justificada; 2) excepcional y 3) proporcional, y allí sacan otro principio, el de subsidiariedad. No sabemos de cuál comentarista —no tratadista—, de cuál Constitución extranjera es a la que se refieren esos conceptos pero, como veremos, lo de excepcional y lo de subsidiariedad no tiene nada que ver con el ordenamiento constitucional salvadoreño.
17. *Ibidem*, op. cit. p. 155.
18. Luis López Guerra y otros, *Derecho constitucional*, Valencia, 1991, p. 356.
19. Véase Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, Madrid, 1986, p. 284 y ss.
20. Pablo Lucas Verdú, "El título I del anteproyecto constitucional. La fórmula política de la Constitución". Estudios sobre el proyecto de Constitución, referencia de Jorge Mario García Laguardia en *La Constitución guatemalteca de 1985*, Universidad Nacional Autónoma de México-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 1992, p. 12 y ss.
21. *Derechos fundamentales y Constitución*, actualmente en prensa.
22. Gregorio Peces Barba, *Los valores superiores*, Madrid, 1986, pp. 39-42 y, del mismo autor, *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, 1993, particularmente "La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho" (pp. 261-279). También en su último libro *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, 1995, se refiere a la última cuestión en "Las dimensiones de la seguridad jurídica", p. 248 y ss. Particularmente interesante es la sección titulada "La seguridad jurídica y la sociedad", donde consigna los siguientes conceptos: "el Estado social y los derechos fundamentales propios del mismo, la gran mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales, tienen, en parte, su fundamento en este tipo de seguridad, que sería, en este caso, no sólo ausencia de temor o certeza, sino tranquilidad y esperanza porque los más débiles no son abandonados ante los más fuertes y que uno pueda afrontar su realización como persona con necesidades básicas resueltas. Es la seguridad frente a la desesperanza" (p. 257). En el mismo *Curso* citado, de 1995, se refiere a la interpretación de los derechos en el capítulo XX (p. 569 y ss.) en el que, por cierto, presenta una interesante distinción entre particularidades de la acción de interpretar y particularidades del resultado de la interpretación.
23. Para una excelente relación de las tendencias más

- recientes de la interpretación véase “Los métodos de interpretación constitucional - Inventario y crítica” (pp. 13-43) y “Teoría de interpretación de los derechos fundamentales” (pp. 44-71) en Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, 1993. Particularmente ilustrativa es la sección “La teoría liberal” (del Estado de derecho burgués) de los derechos fundamentales (pp. 48-52).
24. Böckenförde puntualiza: “Las principales teorías de los derechos fundamentales desde las que se determina hoy, de forma alternativa o combinada, la interpretación de los derechos fundamentales son las siguientes: la teoría liberal o del Estado de derecho burgués de los derechos fundamentales; la teoría institucional de los derechos fundamentales; la teoría axiológica de los derechos fundamentales; la teoría democrática funcional de los derechos fundamentales, y la teoría del Estado social”, *op. cit.*, pp. 47-48). La referencia LF de la cita es a la Ley fundamental de Bonn de 1949.
 25. E. W. Böckenförde, *Escritos.. op. cit.* pp. 67-71. En un reciente trabajo nuestro, ahora en prensa, (*Derechos fundamentales y Constitución*), decíamos sobre este particular “desde 1950 nosotros, al mismo tiempo que continuamos la tradición de constituciones anteriores en el sentido de mantener los clásicos derechos de libertad, esta concepción tradicional, a partir de ese año, resulta modificada por la incorporación de los principios sociales. Lo anterior significa que se amplía la posibilidad de intervención y regulación del Estado especialmente, como se ha señalado -precisamente por Böckenförde- para poner medida y límite a las libertades de los socialmente poderosos a fin de asegurar la realización de la libertad efectiva para todos”. Es decir, agregamos, “los cambios introducidos al sistema liberal del siglo XIX han reducido las soluciones extremas de ese sistema que ahora estará limitado y regulado por la modulación a que está obligado el Estado”. Eso es precisamente lo que no se ha considerado en la exposición de motivos, y eso es lo que sólo puede tener dos explicaciones: o lo desconocen o pretenden ignorarlo.
 26. Francesco Galgano, “Gobierno de la economía y la empresa pública” en *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, 1988, p. 159. Es interesante sobre este particular el planteamiento de Javier Pérez Royo cuando señala que el Estado social “ha entrado en crisis, porque pretendía conciliar lo inconciliable y operar una especie de cuadratura del círculo consistente en compatibilizar dos tipos de racionalidad totalmente diferentes: la lógica del mercado y la lógica del Estado en cuanto instrumentos de asignación de recursos” (“Crisis del Estado social: un falso debate”, *op. cit.*, p. 47) que es un excelente análisis del proceso histórico de los setentas que llevó al poder a gobiernos conservadores en los países más importantes del mundo capitalista generando una situación a la que tendrían que alinearse inevitablemente todos los demás, independientemente de su signo político. Galgano dice luego que bajo la supuesta “crisis” del Estado social se están encubriendo otras cuestiones como la pérdida de confianza en la acción política como instrumento para enfrentar a la crisis, es decir, quiebra de confianza en el Estado, en su capacidad para no generar dilapidación y corrupción. Quiebra que puede tener consecuencias no desdeñables como consignan las palabras, recordadas por el español, de J. K. Galbraith: “hay cosas que no hace el mercado, productos y servicios que no provee. Y en el desarrollo libre del mercado hay injusticia, pena y privación, lo que ninguna sociedad por compasión o por sabiduría puede tolerar”... “en esos asuntos y en otros parecidos vemos la acción e intervención del Estado como necesaria y positiva”. La segunda cuestión encubierta es que “el aumento considerable del desempleo combinado con un estancamiento o un crecimiento modesto conduce a un tipo de sociedad que tiene una tendencia a escoriarse a la derecha, en la medida que se margina a un sector cuantitativamente importante, el más desfavorecido, y lo hace además a través de la aplicación de una lógica estrictamente democrática”. Finalmente, la tercera cuestión es la crisis ideológica de los partidos socialistas, evidenciada claramente desde los setentas cuando aparece la crisis económica que puso de manifiesto “la inexistencia de respuestas practicables por parte de la izquierda; primero, por parte de la izquierda comunista, y después, por parte de la izquierda social-demócrata”, pp. 45-47.
 27. Véase Luis Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, 1987, p. 82 y ss. Konrad Hesse, “La interpretación constitucional”, incluido en *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, 1983, pp. 33-57. Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, 1988, p. 81 y ss. y, específicamente, Roberto J. Vernengo, *La interpretación literal de la ley*, Buenos Aires, 1971, que, por cierto, dice al comienzo del capítulo II, refiriéndose a esta clase de interpretación: “se trata de asunto que, por lo general, ni siquiera es tenido como cuestión de interpretación del derecho en sentido estricto” (p. 13).
 28. El Fuero del Trabajo, primera ley fundamental del 9 de marzo de 1938, en su principio XII.4 estableció: “en general, el Estado no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada o así lo exijan los intereses superiores de la Nación”. Véase Enrique Linde Paniagua, *Introducción al sistema económico en la Constitución española*, Valencia, 1987, pp. 66-69.

29. Konrad Hesse, *La interpretación constitucional*, *op. cit.*, pp. 39-40.
30. No sabemos el sentido del término "ideológico" en la cita, que es ambiguo pero, si entendemos ideología como "concepción del hombre y de la vida que intenta no sólo ser descriptiva, sino prescriptiva y normativa", debe reconocerse que nuestra Constitución de 1950 y las dos siguientes concretan un alto contenido de ideología porque, como señalamos, desde 1950 ocurrió un cambio de modelo económico. Cuando el Art. 1, inciso segundo, de la Constitución de 1983 (Art. 2 de la de 1950) estableció que "es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social", como dijo la Exposición de Motivos de la Carta Magna de 1950 sobre el precepto transcrito "puede dar base para una amplia, constructiva y revolucionaria legislación". Aquí se perfila con singular vigor el Estado con que la Constitución de 1950 sustituirá al Estado individualista y liberal de 1886. Como bien dice Silvio Basile, refiriéndose al precepto constitucional español, similar al nuestro, "es una declaración que abriendo la Constitución marca el tono de la misma". Y no puede ignorarse que eso es necesariamente un planteamiento ideológico y, por ello, al interpretar disposiciones constitucionales como el Art. 110, necesariamente hacemos una valoración, una interpretación de la orientación política e ideológica. Es decir, el intérprete y el legislador secundario deben identificar esa orientación política para que en sus actuaciones el fin político materializado a través de la orientación política se ajuste al espíritu y a la letra de la Constitución.
31. Por otra parte, como señala Prieto Sanchís, "decir que existen elementos ideológicos en el trabajo hermenéutico equivale sencillamente a sostener la presencia de un insuprimible momento de valoración moral o política no muy distinto del que se produce en las tareas legislativas o de gobierno, de ahí que en el primer capítulo de aproximación histórica haya intentado relativizar el problema, mostrando como la concepción de las distintas operaciones jurídicas, incluida la legislación, ha fluctuado a lo largo de los siglos entre la lógica, la retórica y la política". (Nota preliminar de *Ideología e interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 10).
32. Juan José Gil Cremades, "Las ideologías en la Constitución española de 1978", en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, *op. cit.*, p. 75.
33. Nos referimos al trabajo de Böckenförde "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental", incluido en *Escritos sobre derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 101-104, particularmente la sección de ese trabajo titulada "Limitación de la limitabilidad de los derechos fundamentales".
34. Pero debe quedar claro como puntualiza de Otto: "no es lógico suponer, ciertamente, que ningún derecho se afirme contradictoriamente frente a otros o frente a bienes constitucionalmente protegidos, y de ahí la necesidad de admitir su carácter limitable. Pero precisamente porque es necesario llevar a concordancia todas las normas constitucionales, ningún derecho puede sacrificarse enteramente a los demás derechos o bienes y las limitaciones que estos fundamenten están a su vez limitadas por la necesidad de respetar el derecho constitucionalmente reconocido", *op. cit.*, pp. 126-127.
35. Son interesantes los conceptos de "teoría externa" y "teoría interna" de Robert Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1983, p. 276 y ss. Pedro Haberle plantea la inconveniencia respecto al significado del contenido esencial, "de poner en relación la denominada teoría absoluta -lo importante es el mínimo intangible de la libertad jurídico-fundamental- con la teoría relativa -indagación de existencia de otros bienes y valores constitucionales que justifican limitar derechos fundamentales- en el sentido de pragmática integración de elementos teóricos". Y nos recuerda que recientes textos constitucionales han venido a reforzar esta propuesta armonizadora. Así la Comarca de Basilea estableció en 1984 que "únicamente se podrá limitar los derechos fundamentales, cuando y en la medida en que los justifique un interés público predominante. Su núcleo es intangible". El artículo 18.2 de la Constitución de Portugal requiere de las leyes que limiten derechos, libertades y garantías, que "deberán ceñirse a lo que sea indispensable para garantía de otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos" lo que viene a ser realmente una reelaboración del conocido principio constitucional conocido como de interdicción de desproporción, exceso o desmesura. (intervención de Haberle sobre el tema "El legislador de los derechos fundamentales" en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 120-121).
36. El excelente trabajo de de Otto se titula "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del contenido esencial en el Art. 53.1 de la Constitución", incluido en Lorenzo Martín Retortillo, Ignacio de Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, p. 107 y ss.
37. Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990. La doctrina de los límites fundamentales fue elaborada en Alemania a partir del Art. 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn, que dice: "todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otros ni atenten al orden cons-

- titucional o a la ley moral". De Otto señala que "los derechos y libertades, por reconocerse en el interior del ordenamiento jurídico, han de conciliarse con otros bienes que el ordenamiento protege y no pueden hacerse valer de modo absoluto frente a estos", y añade "la teoría de los límites inmanentes pretende ante todo hacer frente a lo que califica como ejercicio arbitrario, pero ejercicio, de los derechos y libertades públicas", *op. cit.*, pp. 110-111.
38. Pero debe quedar claro, como puntualiza de Otto, que "no es lógico suponer, ciertamente, que ningún derecho se afirme contradictoriamente frente a otros o frente a bienes constitucionalmente protegidos, y de ahí la necesidad de admitir su carácter limitable. Pero precisamente porque es necesario llevar a concordancia todas las normas constitucionales, ningún derecho puede sacrificarse enteramente a los demás derechos o bienes y las limitaciones que estos fundamenten están a su vez limitadas por la necesidad de respetar el derecho constitucionalmente reconocido", *op. cit.*, pp. 126-127.
39. Comentario de Cazorla en Fernando Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, pp. 744 y 745. Cazorla continúa diciendo "no hay razón alguna para que los empresarios se encuentren en situación privilegiada respecto al resto de los ciudadanos a quienes se reconocen ámbitos de libertad concreta pero no un ámbito de libertad total".
40. Véase los *Comentarios a la Constitución* española de F. Garrido Falla y otros, *op. cit.*, p. 749, n. 11; V. Santos en *El desarrollo de la Constitución española*, *op. cit.*, p. 382, n.46 y Manuel Aragón Reyes, *Libertades económicas y Estado social*, *op. cit.*, p. 11
41. Véase los puntos de vista de Pedro Haberle, una de las primeras figuras del derecho público europeo, en su aporte sobre el tema "El legislador de los derechos fundamentales", cuando examina esta cuestión y que se incluye en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Madrid, 1991, p. 120 y ss.
42. *El glosario constitucional salvadoreño* del Dr. Salvador Navarrete Azurdia, en la parte relativa a los "Derechos constitucionales (límites)", San Salvador, año II, número 5, 1993, p. 115 y ss.
43. Véase Oscar de Juan Asenjo, *La Constitución económica española*, *op. cit.*, p. 155.
44. Manuel García Pelayo, *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución*, Zaragoza, 1979, p. 31.
45. Luis López Guerra, *Derecho constitucional*, *op. cit.*, pp. 357 y 358.